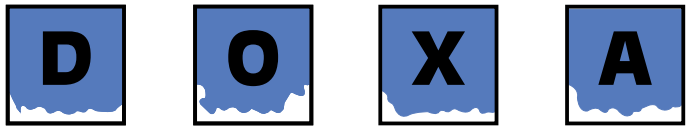

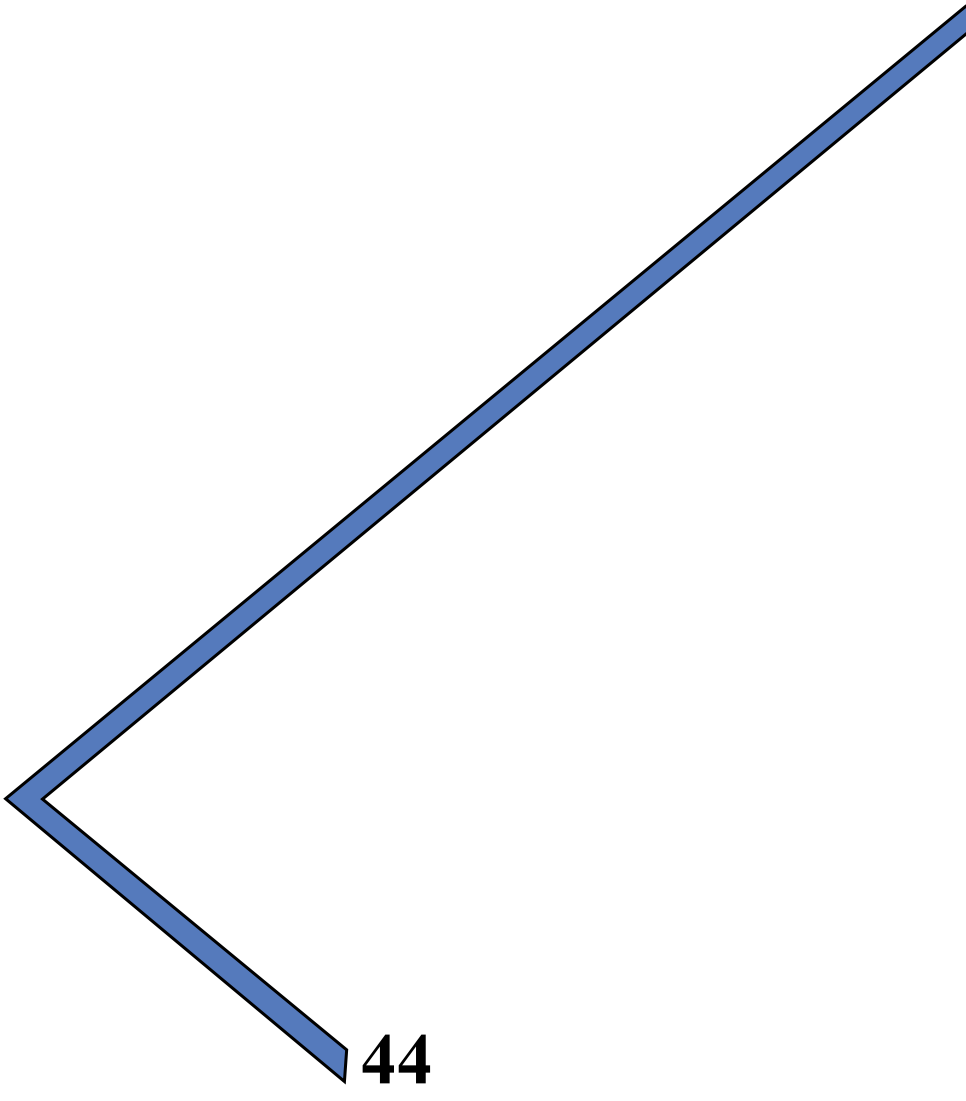

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

https://doxa.ua.es

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.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Universitat d'Alacant
03690 Sant Vicent del Raspeig
Web Doxa: https://doxa.ua.es
Web Revistas UA: https://revistes.ua.es
Teléfono: 965 903 480

© los autores, 2021
© de esta edición: Universitat d'Alacant

ISSN: 0214-8676
e-ISSN: 2386-4702
Depósito legal: M-27.661-1989

Diseño de cubierta: María Chana
Composición: Marten Kwinkelenberg

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 CARHUS PLUS+, Dialnet, ÍnDICEs-CSIC, DOAJ, ESCI (*Web of Science*), Google Scholar, Latindex, MIAR, Dimensions, CIRC, Periodical Index Online (PIO), REDIB y Scopus.

Los contenidos están bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. Esta licencia permite que los contenidos de los artículos de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* se puedan copiar y redistribuir en cualquier medio y formato, así como su adaptación (remezclando, transformando o construyendo a partir del material) para cualquier propósito, incluso para un uso comercial. En cualquier caso, el usuario que utilice sus contenidos debe citar de forma adecuada, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Los términos de la licencia se encuentran disponibles en: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2021

Índice

Michele Taruffo, *in memoriam*

Michele Taruffo
El juez y el historiador: consideraciones metodológicas 13
The Judge and the Historian: Methodological Remarks

Perfecto Andrés Ibáñez
Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista «todoterreno» 41
Michele Taruffo: The Exemplary Teaching and Work of an Outstanding, «All-Purposes» Procedural Law Scholar

Maximiliano A. Aramburo C.
Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción 63
Taruffo's Glasses: a Conception of Jurisdiction

Artículos

Owen M. Fiss
La acumulación de desventajas 95
The Accumulation of Disadvantages

Mauro Barberis
Populismo mediático. Definición, explicación, remedios 131
Media Populism. A Definition, an Explanation, some Remedies

Luka Burazin
Funciones jurídicas 145
Legal Offices

Francisco J. Campos Zamora
De la muerte del autor a la muerte del legislador. La interpretación constitucional desde el derecho como literatura 159
From the Death of the Autor to the Death of the Lawmaker: Constitutional Interpretation from Law as Literature

Alejandro González Monzón
La ideologización de los principios jurídicos en la teoría soviética del derecho. Entre el legalismo y la teoría estatalista de las fuentes formales del derecho 189
The Ideologization of Legal Principles in the Soviet Theory of Law. Between Legalism and the Statist Theory of the Formal Sources of Law

Sebastián Reyes Molina
Escepticismo ante las reglas y *pedigree* democrático de la dificultad contramayoritaria 219
Rule-skepticism and the Democratic Pedigree of the Countermajoritarian Difficulty

Tomás Agustín Céspedes
Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal 233
On the Legitimacy of the Standard of Proof in Criminal Proccedings

Hugo Omar Seleme
Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba 263
Duty of Candor, Rule of Silence and Standard of Proof

El Derecho entre la moral y la política

Antonio Enrique Pérez Luño
El posthumanismo no es un humanismo 291
Posthumanism is not a Humanism

Miguel Ángel Alarcón Cañuta
El principio del *Fresh Start* como exigencia normativa derivada de la dignidad humana 313
The Fresh Start Principle as a Normative Requirement derived from Human Dignity

Guillermo Vicente y Guerrero
Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016) 345
Towards the Ethical Legitimacy of the Legal Decision: the Principles of Judicial Ethics (CGPJ, 2016)

Gabriel Encinas
La teoría alexiana de los principios y dos concepciones de la democracia . . . 377
Alexian Principles Theory and Two Conceptions of Democracy

Emilio José Rojas Molina
Equilibrio reflexivo y justificación: ¿intuicionismo o coherentismo? (en el 50º aniversario de la publicación de *A Theory of Justice*) 409
Reflective Equilibrium and Justification: Intuitionism or Coherentism? (*On the 50th Anniversary of the Publication of* A Theory of Justice)

Juan Iosa
Autonomía moral, autonomía personal y derechos humanos en Carlos Nino 443
Moral Autonomy, Personal Autonomy and Human Rights in Carlos Nino

Notas

Alfonso Ruiz Miguel
Laicidad liberal y laicismo 475
Liberal Laicité *and Laicism*

Humberto Luis Cuno Cruz
Estado Laico: ni libertad religiosa, ni superioridad de un saber secular 483
Lay State: neither Religious Freedom, nor Superiority of a Secular Knowledge

Nicolás Jorge Negri
Giuliani: Proceso y racionalidad. La relación jurídica procesal «dialéctica» . . 499
Giuliani: Process and Rationality. The «Dialectical» Procedural Legal Relationship

Sebastián Figueroa Rubio
Objetividad de los deberes y razones para la acción. Notas desde el externalismo 521
Objectivity of Duties and Reasons for Action. Notes from Externalism

Alejandro Berrotarán
Incentivos, desigualdad y herencia 543
Incentives, Inequalities and Inheritance

Silvina Álvarez Medina
Algunas discrepancias sobre el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi 557
Discrepancies on the Concept of Gender, Gender Violence and its Relevance for Law. Comments to Francesca Poggi

Entrevista

Nicoletta Ladavac
Entrevista a Vincenzo Ferrari 589
Interview to Vincenzo Ferrari

MICHELE TARUFFO,
IN MEMORIAM

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

El juez y el historiador: consideraciones metodológicas*

The Judge and the Historian: Methodological Remarks

Michele Taruffo

Autor:
Michele Taruffo
Universidad de Pavía, Italia

Recibido: 25-2-2021
Aceptado: 10-3-2021

Citar como:
Taruffo, Michele, (2021). El juez y el historiador: consideraciones metodológicas Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 13-39. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.01

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Michele Taruffo

Resumen

En este artículo el autor se plantea cuál es la naturaleza y la estructura del «juicio de hecho», que –en su opinión– no pueden ser establecidas a partir del estudio de las normas referidas a esa parte de la labor judicial, sino que requieren un estudio filosófico y metodológico. Por ello, parte de la comparación entre la tarea cognoscitiva del juez y la del historiador (recordando sus semejanzas y diferencias) y, asumiendo el paralelismo entre el «juicio de hecho» y la «explicación histórica», revisa las reconstrucciones de filósofos como Hume, Hempel o Carnap. Ello le lleva a proponer un modelo de juicio de hecho en el que las generalizaciones empíricas y máximas de experiencia cumplen una función semejante a las «leyes de cobertura» en el modelo nomológico-deductivo de la explicación científica, pero dándole al razonamiento del juez una naturaleza inductiva. No obstante, considera que este modelo es suficiente para aceptar que las Cortes Supremas pueden realizar una revisión de la corrección del juicio de hecho sin necesidad de un nuevo examen de la fiabilidad de los datos de los que parte.

Palabras clave: Juicio de hecho; explicación científica; explicación histórica; juez; historiador; inducción.

Abstract

In this article, the author brings up the question of what is the nature and structure of the «factual judgement», which -in his opinion- cannot be established from the study of the norms referring to that part of the judicial work, but the answer requires a philosophical and methodological study. For this reason, he begins with the comparison between the cognitive task of the judge and that of the historian (highlighting their similarities and

* Traducción de Maximiliano A. Aramburo C. Título original: *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche.* Publicado por primera vez en la *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII (II serie), 1967, pp. 439-465. Se trata de la primera publicación del autor, hasta ahora no traducida al español.

differences) and, by assuming the parallelism between the «factual judgement» and the «historical explanation», he reviews the reconstructions of philosophers such as Hume, Hempel or Carnap. This leads him to propose a model of factual judgement in which the empirical generalisations and the maxims of experience fulfil a similar function to the «covering laws» in the nomological-deductive model of scientific explanation, but giving an inductive nature to the reasoning of the judge. However, he considers that this model is sufficient to accept that the Supreme Courts can carry out a review of the correctness of the factual judgement without the need for a new examination of the reliability of the data from which it arises.

Keywords: Factual judgement; scientific explanation; historical explanation; judge; historian; induction.

1—. El principio de derecho procesal según el cual el juez debe fundamentar la decisión en su convencimiento racional, que se deriva del examen y valoración de los elementos que le permiten reconstruir la situación de hecho que subyace a la controversia, plantea el problema relativo al procedimiento cognoscitivo que ese juez debe afrontar, con el objeto de formular el llamado «juicio de hecho».

Tal juicio puede estudiarse según diversas perspectivas, no reconducibles a una simple exégesis de las normas que se refieren a esta parte de la labor judicial. Así, puede decirse que tales normas son necesariamente genéricas, porque el problema no se plantea tanto en términos identificables a través de la literalidad normativa, cuanto en términos filosóficos, lógicos o metodológicos, que presuponen una indagación llevada a cabo con instrumentos diferentes de los que el jurista suele usar. En otros términos, aunque las normas de derecho probatorio establecen los límites de legitimidad dentro de los cuales debe desarrollarse la investigación del juez en torno al hecho, para que se respeten los criterios de justicia procesal, no es posible extraer de ellas una definición de la naturaleza del juicio de hecho; ni, por otra parte, podría el legislador suministrarla sin violar el principio de libre convencimiento del juez.

Ese convencimiento es el producto de un procedimiento intelectual y racional tan complejo y variado, en relación con las situaciones particulares y concretas, que sin duda puede considerarse que es imposible su esquematización, que se resolvería además en un perjudicial endurecimiento de las fórmulas, necesariamente abstractas y generales, de la norma escrita.

No puede decirse tampoco que el problema del juicio de hecho es susceptible de resolverse en el análisis último de una serie de cuestiones relativas al procedimiento probatorio general, o a los medios de prueba en particular, dado que éstos tienen que ver con los medios predispuestos por el legislador para que el juez pueda identificar los datos de hecho útiles para la formulación del juicio, pero no tienen ninguna relevancia o utilidad para lo que tiene que ver con la naturaleza del juicio mismo. Incluso en el caso límite en el que de la práctica de los medios de prueba resultasen todos los elementos necesarios para la reconstrucción de la situación de hecho, de todas formas,

correspondería a la valoración discrecional del juez el establecimiento de las relaciones entre tales elementos y la identificación de su grado de admisibilidad, para determinar su valor probatorio. Es en estos actos de juicio, más que en los procedimientos con los que se identifican los datos de hecho utilizables, que se lleva a cabo lo que verdaderamente puede denominarse juicio de hecho: si las pruebas suministran los elementos que hacen parte del juicio, su formulación tiene lugar cuando el juez madura su propio convencimiento en torno a ellos.

Aunque la investigación de carácter jurídico se revela de importancia secundaria, al menos en lo que tiene que ver con las normas de derecho probatorio, y en cierto sentido apenas accesoria con respecto al núcleo del problema —y debe tarde o temprano dejar campo a un estudio de tipo muy diferente—, sí hay un aspecto de la indagación para el cual la solución de un problema de naturaleza claramente jurídica está condicionada por la respuesta que se de a la cuestión del juicio de hecho desde el nivel de la indagación lógica. La atribución a la Corte de Casación de la potestad de examinar la lógica formal del razonamiento judicial comporta, en efecto, un juicio diferente acerca de la naturaleza del instituto de la Casación, según se atribuya más o menos, a tal razonamiento, y en particular al juicio de hecho, una estructura lógica objetiva y abstractamente verificable: en caso afirmativo, la Corte de Casación tendría evidentemente los caracteres que el legislador ha querido atribuirle, mientras que en el caso negativo sería necesario considerarla esencialmente, contra la *ratio legis* aparente, un juez de mérito en tercera instancia.

A este propósito, la norma no contiene indicaciones determinantes acerca de la naturaleza del juicio de hecho, y su carácter lógico objetivo se presupone implícitamente desde el momento en que se confiere a la Corte la facultad de controlarlo, aunque sea únicamente a través del examen de la motivación, desde un punto de vista meramente formal. En qué consista o deba consistir realmente ese carácter lógico, no es posible deducirlo del texto del art. 360 num. 5 del *Codice di Procedura Civile*. De otra parte, se puede repetir a este propósito la argumentación ya expuesta, pues no parece posible que el legislador formule prescripciones más precisas sobre el modo en el que el juez determina su propio convencimiento sobre los hechos. La naturaleza del juicio de hecho es, también desde este punto de vista, una cuestión a la que no puede darse ninguna respuesta satisfactoria, salvo que se quiera permanecer en el plano de la indagación propiamente jurídica, aunque debe reconocerse que se trata de un argumento de extrema importancia en el ámbito del derecho procesal.

Se ha dicho que el tema puede afrontarse, dejando entre paréntesis por los motivos brevemente reseñados el aspecto relativo al derecho positivo, desde diversos puntos de vista, según se quiera destacar una u otra de las diferentes caras del problema. Es posible, por ejemplo, adoptar una perspectiva eminentemente filosófica o, más propiamente, gnoseológica, si uno se propone analizar el acto mediante el cual el juez llega al conocimiento del hecho, a la luz de una determinada concepción de la relación entre sujeto

cognoscente y objeto conocido[1], para concluir que es de naturaleza intuitiva y excluir cualquier posibilidad de esquematización lógica, llegando al conocimiento pleno y cierto de lo que representa el objeto de investigación del juez.

Por otra parte, es posible asumir como objeto de análisis al juez individual, con su particular personalidad, y ver el problema en clave exclusivamente psicológica[2], llegando a afirmar, en consecuencia, que la decisión se deriva de una serie de eventos físicos que se verifican siguiendo el esquema estímulo-reacción, que no es susceptible de representarse en leyes generales y constantes, de donde se concluye que el juicio de

1. Esta es, reducida a sus términos más simples, la perspectiva en la que se ubica, en coherencia con su concepción idealista de conocimiento como «presencia» inmediata del objeto ante el sujeto cognoscente, G. Calogero (*La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padua, 1937; II ed., Padua, 1964). Sus soluciones, simples y evidentes desde una aproximación superficial, son ricas en determinantes implicaciones filosóficas y gnoseológicas, de las cuales sus muchos seguidores quizás no se han dado cuenta. Que la tesis de Calogero no sea aceptable —con independencia del acuerdo que haya sobre ciertos presupuestos filosóficos— se hace evidente en el hecho de que parece una derivación natural de la manera en la que él formula el procedimiento del conocimiento, lo cual se concluye sin duda alguna de un examen comprehensivo de su pensamiento. Si bien éste no carece de coherencia interna, algunas de sus conclusiones no pueden aceptarse sin aceptar implícitamente, con ello, los presupuestos metodológicos en los que se fundamenta. En el mejor de los casos, no es siquiera posible plantear formulaciones de este tipo por fuera de la gnoseología idealista, cuyo mejor instrumento es un acto de intuición genérica que, no obstante, el amplio predominio del idealismo en nuestra cultura filosófica, aún resulta misterioso e indefinible.
2. En esta dirección se ubican, con el objetivo de disolver el problema lógico del razonamiento judicial, las tesis que hacen pertenecen a la corriente de pensamiento del realismo jurídico americano. Aunque este es escasamente homogéneo y a menudo se corre el peligro de atribuir a toda la corriente opiniones que no son más que de un autor particular, no compartidas por otros, me parece que sobre el problema del juicio de hecho, las diferentes posiciones convergen en dos tesis principales, fácilmente conciliables entre sí: como todo acto cognoscitivo del juez es de naturaleza intuitiva (el llamado *hunch*) y no sigue un procedimiento lógico, tal actividad de conocimiento y juicio sólo puede ser analizada en sus componentes psicológicos, adoptando como objeto de la investigación la personalidad de cada juez en particular. El punto de llegada natural de una perspectiva como esta es la inevitable afirmación de la imposibilidad de conocer todos los procesos psíquicos en los que se lleva a cabo el juicio, pues tal actividad sigue siendo «inefable».
A partir del hecho de que por esta vía lo que se estudia ya no es el juicio, sino el juez, y de que la reducción de lo primero a la personalidad del segundo parece arriesgada y apriorística, se debe anotar que, aunque es absurdo negar la validez y utilidad de un estudio psicológico del comportamiento del juez (si bien los realistas terminan negando esta posibilidad), no es menos absurdo pretender que únicamente es legítima y está justificada la investigación de naturaleza psicológica sobre la decisión judicial y los motivos que la explican. No solo no es posible negar la validez de un examen lógico del juicio afirmando la utilidad de un estudio en clave psicológica: lo que es realmente equivocado en las tesis de los realistas es la pretensión de refutar los resultados de un examen metodológico del problema, a partir de observaciones llevadas a cabo en el nivel de la investigación psicológica (además de que se emplean nociones de psicología que son apenas suficientes para un tratamiento superficial del problema).
Sobre el juicio de hecho, véase, por ejemplo, Frank J., *Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1949, especialmente las páginas 100-117; y del mismo autor, «What Courts do in Fact», 26 Illinois Law Review, 1932, p. 645; «Words and Music», 47 *Columbia Law Rev.*, 1947, p. 1259; «Say it with Music», 61 *Harvard Law Rev.*, 1948, p. 922.
Cfr. además, Paul J.: *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, La Haya, 1959; Cohen M. y Nagel E.: *An Introduction to Logic and Scientific Method*, Nueva York, 1934, p. 157 y ss.; Hutcheson N., «The Judgement Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decisions», 14 *Cornell Law Quart.*, 1929, p. 274 y ss.; Cohen M., «The Place of Logic in the Law», 29 *Harvard Law Rev.*, 1929, p. 622.

hecho no es un juicio en la acepción común del término, sino el fruto de una experiencia emotiva del juez.

Es también posible, y la serie podría continuar, tomar en consideración el esquema formal del procedimiento de conocimiento y valoración que lleva a cabo el juez[3], en el intento de elaborar el modelo lógico de tal procedimiento, en el que se identifica el razonamiento judicial, concebido como conjunto orgánico de lugares y relaciones lógicas constantes.

Uno de los modos de ocuparse de este tema es el que parte de la consideración del objeto de la actividad cognoscitiva del juez, para establecer, en relación con ella, cuál es el procedimiento racional que se lleva a cabo y dar una representación que tenga, si es posible, una admisibilidad intersubjetivamente válida.

Un análisis de este género inicia con destacar, poniendo con ello un punto de partida estable, que es tarea del juez reconstruir, sobre la base de un cierto número de datos de hecho que se pueden considerar conocidos por él, una situación concreta que se ha verificado con antelación y de la cual él no tiene y no puede tener ninguna experiencia directa. El juicio de hecho consistirá entonces en el vínculo lógico individualizado entre una serie de hechos conocidos de cierta manera y considerados relevantes, y un hecho o un suceso inicialmente desconocido (en su existencia real o en cuanto a algunos de sus caracteres o modalidades de ocurrencia), y en el juicio con el cual se formula la hipótesis cuya representación constituye.

Esta inicial y, dentro de ciertos límites, obvia afirmación en torno a la naturaleza del juicio de hecho, sugiere una asociación inmediata con lo que comúnmente se considera que es la obra del historiador, el cual parece estar, en relación con el objeto de su investigación, en la misma posición en la que se encuentra el juez cuando debe reconstruir el hecho. Tal similitud, a primera vista claramente evidente, parece constituir una hipótesis de trabajo válida, en el sentido en que se revelan útiles, con respecto al problema del que nos ocupamos, los resultados que se han obtenido en el campo de los

3. A esta tercera categoría de hipótesis pertenece la doctrina tradicional, dominante en la cultura jurídica alemana y en la italiana, que ve en el silogismo judicial el esquema lógico del razonamiento del juez.
Aunque esta parte de la justa exigencia, erróneamente repudiada por las doctrinas a las que se ha hecho referencia en las notas 1 y 2, de aislar en el ámbito del procedimiento que lleva a la decisión una estructura formal bien definida y constante, no logra evitar algunas dificultades sustanciales de orden lógico y metodológico. Para limitarnos a citar algunas sin desarrollarlas en argumentos completos, baste recordar que: *a*) el silogismo judicial se amplía necesariamente en un sorites, del que no es posible establecer su origen lógico, y que hace ampliamente indeterminada la estructura del razonamiento; *b*) la premisa de derecho es normativa y no descriptiva, y no se ajusta por ello a las características formales del silogismo clásico; *c*) la validez del silogismo como instrumento de conocimiento está estrictamente condicionada por el acogimiento de los presupuestos ontológicos de la filosofía aristotélica, lo que relativiza su valor, historizándolo; *d)* en el juicio de hecho, la estructura deductiva reclama que se pueda recurrir en todos los casos a aserciones descriptivas de carácter universal, las cuales son utilizables sólo raramente, como se verá en el texto.
Para las más claras exposiciones de la tesis del silogismo judicial, cfr. Stein F. *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig 1893; Wehli A.: «Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung», en *Festschrift für A. Wach*, Leipzig, 1913; Rocco A., *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 5. y ss.; Calamandrei P., «La genesi lógica della sentenza civile», en *Studi sul processo civile*, vol. I., Padua 1930, p. 4. y ss.; Carnelutti F., «Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di Cassazione», en *Studi di diritto processuale*, vol. I, Padua, 1925, p. 384 y ss.

estudios de metodología de la historiografía. Si la hipótesis es válida o no, más allá de una consideración tan superficial, solo lo podremos afirmar al concluir la investigación, pero puede decirse que tiene, al menos, el mérito de que hace posible comenzarla.

2 —. La afinidad entre el método del historiador y la actividad de indagación que lleva a cabo el juez ha sido destacada por la mayor parte de nuestros procesalistas, al punto que se ha convertido casi en un lugar común considerar resuelto el problema del juicio de hecho, cuando se llega a decir que el juez se comporta como el historiador. Nuestra doctrina se ha inspirado sustancialmente, al aceptar esta tesis, en las formulaciones que de ella hicieron Calamandrei[4] y Calogero[5], y que no parece que hayan tenido profundizaciones o revisiones críticas posteriores. Aunque no conviene intentar un listado de todos los autores que han adherido a estas concepciones, es suficiente en esta sede hacer un breve examen de su contenido más significativo.

Calamandrei considera que la similitud entre el método del juez y el del historiador se funda en una serie de razones, de las cuales las más relevantes son: el objeto de ambas investigaciones es del mismo tipo, constituido por el hecho pasado que debe ser reconstruido sobre la base de datos preexistentes a la indagación misma, y que suministran los elementos necesarios para esa reconstrucción; en ambos casos la investigación se desarrolla para garantizar en lo posible la imparcialidad y la objetividad del juicio; la formulación del juicio tiene en ambos casos la función de resolver cuestiones estructuralmente semejantes, a saber: el problema de la identificación del supuesto de hecho concreto para el juez, y de la llamada *Frage* para el historiador. Encuentra, además, una notable similitud entre el procedimiento que en el lenguaje jurídico toma el nombre de valoración del material probatorio y que en el lenguaje histórico-filosófico se suele llamar crítica de las fuentes. Con el objeto de delimitar el campo de validez de sus afirmaciones, Calamandrei subraya algunos aspectos de la actividad del juez, relacionados con los criterios generales de orden procesal a los que el juez debe subordinar el desarrollo de su indagación, y a los actos que caracterizan de modo específico la conducta que el juez debe seguir para llegar al conocimiento del hecho, diferenciándola del modo de proceder del historiador, más libre y elástico.

Estas características limitativas están representadas principalmente en la posición esencialmente pasiva del juez frente al tema de indagación, en el sentido de que sólo puede serle propuesto por las partes, y no puede ser elegido por el juez (cosa que, en cambio, hace habitualmente el historiador): esto vale incluso en la interpretación más restringida del criterio, que da lugar al llamado límite del *petitum*, en virtud del cual no solo el tema, sino también sus límites y sus características relevantes, están directamente determinadas por la voluntad de las partes. El juez concentra su indagación sobre los

4. Cfr. Calamandrei, «Il giudice e lo storico», finalmente aparecido en *Studi sul processo civile*, vol. V, Padua 1947, p. 27 y ss.; cfr. también Redenti E., *Profili pratici del processo civile*, Milán 1938, p. 444; Croce B., *La storia come pensiero e come azione*, Bari 1938, p. 278; *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Nápoles, 1926, p. 174.
5. Cfr. Calogero, *La logica del giudice…*, cit. p. 128 y ss.

hechos alegados sin poder violar este límite, con la consecuencia adicional de que si un hecho se alega de manera concordante por ambas partes, debe ser considerado verdadero, con independencia de cualquier indagación al respecto, al tiempo que si un hecho no es alegado por ninguna de ellas, debe considerarse irrelevante e inexistente. Otras limitaciones tienen que ver con el modo de desarrollar la indagación, en el sentido en que mientras el historiador es completamente libre de elegir la vía que considere más conveniente para obtener un cierto resultado, el juez está obligado al uso de ciertos procedimientos típicos establecidos por las normas de derecho probatorio; además, la existencia de las llamadas pruebas legales reduce, a menudo de manera determinante, la libertad de convencimiento del juez, que de otra parte no puede abstenerse de decidir, mientras que el historiador es igualmente libre en la formulación de su propio juicio, para poder incluso decidir que no considera suficientemente justificada ninguna decisión. A pesar de estas dificultades, Calamandrei reafirma que la investigación del juez es siempre de tipo histórico, por el hecho fundamental de que también el historiador formula el juicio, de manera análoga al juez, haciendo uso de criterios de probabilidad y verosimilitud[6].

Calogero se ubica en la misma línea de pensamiento, aunque se basa en presupuestos filosóficos particulares y justifica la afirmada analogía entre la posición del juez y la del historiador frente al hecho, con la consideración de que ambos tienen el mismo interés exclusivo en la acción del hombre, y no atribuyen ningún significado a un acontecimiento natural, salvo cuando es momento y fundamento de un acto humano.

Otro elemento de confirmación de la analogía, ya propuesto por Calamandrei, es que tanto el juez como el historiador tienen ante sí el hecho como algo que debe reconstruirse, no como una realidad existente, y por lo tanto la gnoseología del proceso de conocimiento resulta idéntica a la del proceso mental que sigue el historiador. La presencia de límites procesales a los que debe atenerse el juez, y que no están en la tarea del historiador, no basta para diferenciar de modo sustancial la indagación que ambos llevan a cabo en torno a los mismos fenómenos.

En línea de principio, pienso que puede llegarse a un acuerdo sobre la validez fundamental del tipo de ideas expuesto, dado que al nivel de profundidad en el que se ubican los núcleos de las tesis de Calamandrei y de Calogero, no se necesitan justificaciones adicionales: en efecto, esto se deriva de manera bastante obvia de la cercanía de las dos imágenes, relativas a la actividad del juez y del historiador, ya tradicionales y familiares, aunque no precisamente definidas.

Quisiera observar, sin embargo, que aunque la analogía en la que se fundan es difícilmente discutible, no puede considerarse como una solución satisfactoria para el problema del procedimiento de reconstrucción del hecho. Más que una respuesta original a tal problema, no parece ser más que una reformulación de la pregunta en términos más amplios, pues si no hay duda de que la tarea del juez es en cierta medida

6. Cfr. Calamandrei, «Verdad y verosimilitud en el proceso civil», en *Rivista di diritto processuale*, 1955, I, 164, y en *Studi sul processo civile*, vol. VI, Padua, 1957, p. 111.

proporcional a la del historiador, esto no ofrece ninguna indicación acerca del procedimiento a través del cual se materializa la indagación, ni precisa las características de aquello que constituye el objeto de dicha indagación, ni aclara en qué consisten los datos en los que se funda. Además, si bien es cierto que se reconoce la necesidad de que el juicio de hecho sea racional y objetivo, no se indica ningún criterio con base en el cual puedan identificarse estas características en su real naturaleza. Análogamente, decir que el juez y el historiador afrontan los mismos problemas, no significa estudiar la manera en la que los afrontan, así como la asimilación entre el acto de valoración probatoria y el de la crítica de las fuentes, no resuelve la cuestión de la justificación racional de estos juicios.

En otros términos, la tesis que se ha expuesto constituye solo en apariencia una solución al problema del juicio de hecho, porque que en realidad no analiza la estructura lógica del procedimiento con el que llega a formularse, sino que indica genéricamente su objeto y algunas reglas negativas, sin suministrar una definición cualquiera en sentido positivo. Con esta tesis se obtiene únicamente el resultado de hacer necesaria, a propósito de la obra del historiador, la formulación de las cuestiones que se plantean a propósito del juez: pero el problema sigue abierto.

Un juicio sobre la tesis tradicional, entonces, se puede resumir en esta alternativa: o bien ésta, por plantearse en términos muy generales, no suministra ninguna respuesta al problema del juicio de hecho o bien, habiéndose formulado la relación con la metodología historiográfica, se abre la posibilidad de considerar válida para el juez toda respuesta que, sobre la base de los más variados y diversos presupuestos filosóficos, se haya dado o pueda darse sobre el objeto o sobre el método de la historia. Resulta evidente que en ninguno de los casos se logra obtener una clarificación suficiente, en el plano metodológico, si no se profundiza en el examen del proceso de conocimiento histórico. La validez de las formulaciones en cuestión, por tanto, está limitada al nivel de una intuición genérica, no respaldada por instrumentos adecuados de indagación.

3—. En el ámbito de un estudio dirigido a identificar el modelo lógico del juicio de tipo histórico y con el objeto de obtener elementos útiles para el análisis del juicio de hecho, me parece útil destacar el concepto de explicación del hecho. Explicar un hecho significa esencialmente llevar a cabo un acto escindible en dos momentos lógicos: aquél en el que se plantea una hipótesis sobre el modo en que ese hecho ha tenido lugar, y aquél en el que se aclaran las razones por las que se ha considerado conveniente adoptar esa hipótesis en lugar de otra, fundamentando la elección en datos de hecho establecidos y sobre un razonamiento que emplea esos hechos para obtener de ellos algún beneficio. Se puede decir que de esta manera el hecho está «explicado» porque se inserta en un contexto de carácter fáctico en el que se determinan las relaciones lógicas entre los elementos de hecho contenidos en él, y por lo tanto también el hecho en cuestión: el hecho se explica precisamente con base en sus relaciones con otros hechos conocidos.

Estudiar la estructura lógica de la explicación del hecho significa entonces aclarar la naturaleza de los elementos que la componen y el esquema según el cual esos

elementos se disponen en sentido convergente hacia el hecho desconocido que se pretende reconstruir. Aunque *stricto sensu* la expresión «juicio de hecho» se aplica mejor a la sola enunciación de la hipótesis, no me parece equivocado considerarla sinónimo de «explicación», indicando con esta palabra todo lo que en ella se comprende, pese a que en el lenguaje común «explicación» significa a su vez únicamente la exposición de las razones por las que el juicio sobre un hecho se considera fundado. Dejando en la sombra los problemas que surgen alrededor de estas distinciones, para los cuales sería necesario un amplio análisis que no es posible aquí, conviene examinar el concepto lato de juicio de hecho, considerándolo semejante a la explicación de la hipótesis sobre el hecho o, de manera más simple, como explicación del hecho.

La problemática de la explicación del hecho en el campo de la filosofía de la historia ha sido desarrollada especialmente en el ámbito de la cultura anglosajona[7], tanto porque en ella resultan menos vivas las sugerencias del pensamiento idealista[8], que logra solo mínimamente superar el empirismo de la filosofía anglosajona, como por el desarrollo de los filones más fecundos de la filosofía inglesa, constituidos por el estudio del lenguaje llevado a cabo por los analíticos y por el estudio de la lógica que tiene su resultado quizás más importante en la obra de Bertrand Russell.

Aunque estas orientaciones descuidan la dimensión histórica de los problemas de los que se ocupan, sus instancias metodológicas son avanzadas y tienen tal precisión y eficacia que han sido acogidas incluso en el ámbito de la historiografía, en la que se identifican problemas lógicos y de método no menos graves que los que se plantean en el ámbito de las ciencias naturales.

Hume y los empiristas en general afirmaron que toda explicación (hay, por tanto, un intento de definir el modelo de la explicación) toma la forma de una correlación entre un evento, que constituye el *explicandum*, y otro evento o conjunto de eventos que constituyen la «causa» o la «condición» del primero. En otros términos, un evento está explicado cuando se hace referencia a otro evento de un tipo que, en el pasado, siempre se ha observado que acompaña el tipo de evento que debe ser explicado: es decir, se relaciona bajo una ley o generalización de la cual se convierte en un caso particular. Esta ley afirma una regularidad del tipo: siempre que se verifica un evento del tipo *C*,

7. Cfr. Rosi Pietro, «Teoria della storia e della metodologia storiografica nel pensiero inglese contemporáneo», en *Riv. Storica italiana* 1954, p. 68 y ss. Cfr. también, además de las obras que se citarán a continuación: Braithwaite R.B. *Scientific Explanation*, Cambridge 1953 y «Teleological Explanation», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1946-7, p. II; Cornfortg K., «Explanation in History», en *Proc. of the Atist. Soc.*, Suppl. Vol. 1935; Crawford R.M., «History as a Science», en *Historical Studies*, Australia y Nueva Zelanda 1947; Dray W., «Explanatory Narrative in History», en *The Philosophical Quarterly* 1954 y, del mismo, *Laws and Explanation in History*, Oxford 1957 y *Philosophy of History*, Englewood Cliffs 1964; Hospers J., «On Explanation», en *Journal of Philosophy of Science*, Englewood Cliffs 1963; Mandelbaum M., «Causal Analysis in History», en *Journal of the History of Ideas*, 1942 y *The Problem of Historical Knowldege*, Nueva York 1938; Strong E.W., «Criteria of Explanation in History», en *Journal of Philosophy*, 1952; Swabey M.C., *The Judgement in History*, Nueva York 1954; Teggart F.G., «Causation in Historical Events», en *Journal of the History of Ideas*, 1942, y *Theory and Process of History*, Berkeley y Los Angeles 1941; Trevelyan G.M., *Clio, A Muse*, Londres 1930.

8. Aunque en él se han inspirado algunos de los más importantes filósofos, como Bradley en *Appearance and Reality*, Londres 1893. Al respecto, cfr. Abbagnano, N., *Il nuovo idealismo inglese ed americano*, Nápoles, 1927.

en ciertas condiciones de lugar y de tiempo, sucede un evento *E*, en condiciones de lugar y de tiempo en cierta forma vinculadas a las del evento *C*. Explicar un evento significaría entonces: 1) formular una ley o un conjunto de leyes de carácter universal; 2) afirmar la existencia de un conjunto de condiciones iniciales *a*, *b*, *c*,… *n*, de manera que de 1) y de 2) se siga una tercera proposición que describe el evento en cuestión.

Esta manera de concebir la explicación, en sí misma bastante clara, ha dado lugar a una serie de graves ambigüedades por haber constituido el sustrato conceptual de todos los tipos concretos de explicación y ha sido reformulada en modos tan diversos que es casi imposible reconducirlos a su origen común.

La raíz de la ambigüedad, según Gardiner[9], debe encontrarse en el hecho de que las diferentes definiciones del concepto de explicación construidas sobre la base de la misma idea de fondo, han sido elaboradas en niveles lingüísticos diferentes, con la consecuencia de que la definición propia de un tipo de lenguaje, como por ejemplo el científico, es diferente de la de otro tipo de lenguaje, como por ejemplo el que caracteriza el sentido común, y no son comparables. Considero que esta diferenciación de los tipos de explicación, entre sí y con respecto al modelo originario, que me parece bien identificada por Gardiner en el nivel del lenguaje, se debe al hecho de que, siendo el nexo de causalidad un punto esencial del modelo de Hume, sobre la definición de explicación se han reflejado todas las vicisitudes sufridas por el concepto de causa en la filosofía y, sobre todo, en la ciencia moderna, en el sentido que la explicación puede describirse en términos causales sólo en los casos, con los límites y en los modos en que el concepto de causa se acepta como válido[10]: dado que esto no ocurre siempre, ni siempre de la misma manera, me parece que se confirma la tesis de Gardiner según la cual la definición de explicación es necesariamente relativa al contexto particular en el que se usa. Partiendo de este presupuesto, se examinará la explicación en el ámbito de la historiografía, sin pretender elaborar una definición de carácter general, válida para todas las ciencias.

En la concepción de Hume se inspiró Karl Popper[11] al elaborar el esquema de explicación que ha recibido de Dray[12] la denominación de «covering law model», cuya principal característica está dada por la presencia de una ley general que tiene la función de «cubrir» los casos particulares. Tal modelo —que según Popper es común también a la explicación científica, porque al tener estructura deductiva, unifica los conceptos de explicación, previsión y confirmación— ha recibido luego su más clara definición

9. Cfr. Gardiner, P., *The Nature of Historical Explanation*, Oxford 1952, pp. 5 y ss.
10. Sobre la relatividad histórica del concepto de causalidad como criterio de interpretación de la realidad, sobre las razones por las que se ha convertido en el canon del conocimiento científico y común, y sobre los límites esenciales de su validez gnoseológica, cfr. por ejemplo Bronowski J., *The Common Sense in Science*, Londres 1951.
11. Cfr. Popper, K., *Logik der Forschung*, 1935 y *The Open Society and its Enemies*, Londres 1945, p. 262.
12. Cfr. Dray, *Laws and Explanation*… cit. p. 1. La denominación más difundida de esta tesis es la del «regularity analysis» o «regularity interpretation». Cfr. Gardiner, *op. cit.*, pp. 65, 70, 82.

por obra de Hempel[13], que mantiene intactos sus caracteres esenciales. Hempel afirma que la explicación de haberse verificado un evento de la específica forma *E*, en ciertas condiciones espacio-temporales, consiste en indicar sus causas o los factores determinantes de *E*. Afirmar entonces que un cierto conjunto de hechos de los tipos *A*, *B*, … *N,* ha causado el evento a explicar, significa decir que, en relación con ciertas leyes generales, un conjunto de hechos de aquél tipo, está regularmente acompañado de un evento del tipo *E*. La explicación consiste entonces en: 1) un conjunto de proposiciones que afirman que se han verificado ciertos hechos *A*, *B*,… *N*, en ciertas condiciones espacio-temporales; 2) un conjunto de hipótesis universales, de modo que: *a*) las proposiciones de ambos grupos resultan estar razonablemente confirmadas por evidencia empírica; *b*) la proposición que afirma que la verificación de *E* puede deducirse de los dos grupos de enunciados.

A la fácil objeción de que un esquema de este tipo parece poco apto, quizás por su marcada formalización, para representar el *iter* lógico seguido por el historiador, Hempel responde que toda explicación propuesta como tal, o bien responde a los paradigmas de cientificidad así identificados, o bien, en cuanto no científica, es sólo una pseudoexplicación. Y aclara, contra la otra posible objeción según la cual el historiador no recurre a leyes universales, que el historiador en efecto no recurre a leyes universales, que a menudo la función teorética de tales leyes no se reconoce porque se usan de modo implícito, y que incluso el historiador, a diferencia del científico, encuentra generalmente a su disposición leyes formuladas de manera imprecisa, cuyos límites de extensión y validez están ampliamente indeterminados. Dado que en estos casos puede ser extremadamente difícil armonizar la ley con los datos de la experiencia empírica que resultan utilizables, el procedimiento resulta necesariamente poco riguroso y el mejor resultado posible no será entonces más que una pista para la explicación, a la que Hempel llama *explanation skecth*, que se aproxima al esquema formal de la explicación en la misma proporción en la que las regularidades o generalizaciones que el historiador usa como criterios de juicio, se aproximan a la forma de la ley científica.

Mientras autores como White[14], Ducasse[15] y Kaufmann[16] se limitan a subrayar que la tesis de Hempel, bien fundamentada en lo esencial, necesita adaptarse en mayor medida a las características del procedimiento historiográfico, la misma tesis ha recibido críticas radicales de estudiosos de las formulaciones idealistas. Afirman la invalidez de extender al proceso de indagación histórica un modelo de explicación similar al que se

13. Cfr. Hempel C.G., «The Function of General Laws in History», en *Readings in Philosophical Analysis*, H. Feigl y W. Sellars, eds., Nueva York 1949, p. 459-471. Cfr. también: Hempel, «Philosophy of Natural Science», y Rudner R., «Philosophy of Social Sciences», ambos en *Prentice Hall Foundation of Philosophy Series*, Englewood Cliffs 1960; Brodbeck M., «Explanation, Prediction and Imperfect Knowledge», en *Scientific Explanation, Space and Time*, H. Feigl y G. Maxwell eds., *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. III Minneapolis 1962, pp. 231-272.
14. Cfr. White M.G., «Historical Explanation», en *Mind* 1943, pp. 212-229.
15. Cfr. Ducasse C.J., «Explanation Mechanism and Teleology», aparecido también en *Read. in Phil. Analysis*, Feigl y Sellars eds., cit., p. 540.
16. Cfr. Kaufmann, F., *The Metodology of the Social Science*, Nueva York, 1944, p. 93.

considera propio de las ciencias, basándose en el presupuesto común de que el objeto de la historia es diferente del objeto de las ciencias y exige, por lo tanto, un modelo de explicación original y autónomo.

Según Oakeshott[17], el motivo fundamental que justifica el rechazo a la tesis de Hempel consiste en el hecho de que el historiador se encuentra frente a eventos únicos e irrepetibles, de lo cual se sigue la afirmación según la cual, si éstos se consideran ejemplos particulares de leyes generales, la historia no cumple su función, que es la de estudiar los hechos particulares tomados individualmente, y no las categorías conceptuales a las que esos hechos pueden reconducirse. Esta es, por el contrario, la tarea del científico, que estudia los eventos individuales con el fin de elaborar leyes de carácter universal, y que dirige a éstas, más que a los hechos particulares de los que se sirve, su propia atención. Mientras que Hempel subraya que las leyes generales se aplican a tipos de eventos, Oakeshott afirma que el historiador debe considerar el objeto de su examen como un hecho único, sin buscar clasificarlo como un evento de un cierto «tipo»: el ideal de la explicación no es la clasificación sino la identificación de un mundo de eventos intrínsecamente coligados entre sí, de modo tal que no haya ninguna laguna. El método del historiador no sería, por tanto, el de explicar por medio de generalizaciones, sino por medio de una completa precisión de los detalles del hecho bajo examen, resultante de la determinación de sus características individuales.

Entre las varias dificultades que enfrenta esta tesis, me limito a recordar las más relevantes: aunque los eventos históricos sean efectivamente únicos e irrepetibles, en el sentido de que dos hechos no se verifican nunca del mismo modo, esto no tiene relevancia alguna, porque lo mismo se puede decir de los hechos de los que se ocupa el científico, respecto de los cuales no se niega que a ellos puedan aplicarse leyes generales; de otra parte, aun admitiendo que los eventos históricos sean únicos en sí mismos, el problema es si pueden ser conocidos como tales.

Dado que el conocimiento de un hecho en su total y esencial unicidad es a duras penas concebible sólo en el caso en que se tenga de él experiencia directa, resulta incluso necesario recurrir, análogamente a lo que ocurre en el campo de la ciencia, a un modelo esencialmente clasificatorio de explicación.

Si se trata de un hecho pasado, todo lo que de él es posible tener es una cierta evidencia empírica que, para ser usada, postula el recurso a conocimientos o principios de carácter general. Además, el concepto de «continuidad» entre los eventos, sobre el que se basa esta concepción de la explicación, resulta confuso y equívoco, como lo es la idea de correlaciones «naturales» entre los hechos. Aunque estas observaciones no muestran la validez del modelo hempeliano, son suficientes para considerar inaceptable el propuesto por Oakeshott.

17. Cfr. Oakeshott N., *Experience and its Modes*, Cambridge 1952, p. 154.

Otro intento por resolver el problema sobre la base de presupuestos idealistas ha sido desarrollado por Collingwood[18], quien sigue la perspectiva en virtud de la cual el objeto del conocimiento histórico serían exclusivamente las acciones humanas, determinadas libremente, al menos dentro de ciertos límites, mediante elecciones y decisiones. El aspecto más interesante de esta tesis es que los hechos históricos no se consideran como meros eventos, sino como entidades poseedoras de un «contenido de pensamiento»: la explicación deberá consistir en la identificación del pensamiento del agente, de cuya acción —que es consecuencia directa de la decisión que la determina— representa la expresión. El historiador deberá entonces, para entender las razones de una acción y luego explicarla, «investigar» en su propia mente el pensamiento del agente, al menos en la medida en que éste haya producido la acción que constituye el hecho a explicar. La explicación, así, sería racional porque haría explícitos los motivos racionales de la acción, como la acción misma lo hace evidente. Aun dejando de lado el hecho de que semejante noción de racionalidad es bastante equívoca y discutible, se puede de todas formas observar que el alcance de la tesis de Collingwood es extremamente limitado, en el sentido de que podría ser válida solamente para el restringido grupo de casos que, en el complejo actuar humano, se fundan en una decisión racional, y dejaría de lado los que no son reconducibles a un origen similar.

Parece evidente que Collingwood considera racional, en el sentido que se ha dicho, toda acción humana; pero de este modo el concepto de racionalidad llega a disolverse completamente. Además, hay hechos que, aun siendo relevantes para la explicación de un comportamiento, no son a su vez explicables sobre la base de ese mismo concepto, pero mantienen interés, al menos indirecto, para el historiador: piénsese, por ejemplo, en eventos naturales o en cierto tipo de circunstancias ambientales.

De esta manera se controvierte la validez de la tesis de Collingwood, porque se funda en un presupuesto evidentemente inaceptable, como el de la general racionalidad y «humanidad» de todos los hechos que interesan al historiador. No solo resulta que éste puede explicar con la reconstrucción del pensamiento del agente sólo una parte exigua de los hechos, sino que además es dudoso que esa reconstrucción sea posible en un nivel útil de profundidad, incluso en el restringido campo de los hechos reconducibles al comportamiento humano.

Hempel[19] añade que, aun si se admitiese que el historiador puede comportarse de la manera descrita, la definición «empática» de explicación estaría de todas maneras viciada de manera grave, al punto de no poder explicar el hecho. En efecto, en cualquier modo que se haya llevado a cabo la indagación, cuando el historiador expone su resultado, parece tener la forma de un enunciado que conecta de manera necesaria el hecho que el agente haya pensado en un cierto modo y el hecho de que haya llevado a cabo una cierta

18. Cfr. Collingwood R.G., *The Idea of History*, Oxford, 1946; y tambi´ne Dray, «Historical Understanding as Re-thinking», en *Univ. of Toronto Quarterly*, XXVII, n. 2, 1958, pp. 200-215.
19. Cfr. Hempel, *The Function of General Laws…*, cit., p. 352; y «Reasons and Covering Laws in Historical Explanation», en *Philosophy and History*, S. Hook ed., Nueva York, 1963, p. 155.

acción: esto implica, por lo menos, una referencia a una ley psicológica y la explicación es insuficiente en le medida en que esta ley no está identificada y reconocida como tal.

Además, aun en los casos en que es posible reconstruir el pensamiento del agente, sería necesario recurrir a la ulterior asunción de un principio de carácter general, relativo a la racionalidad del agente mismo, que permitiese afirmar que, subsistiendo determinadas condiciones, él ha realizado aquella acción con certeza o al menos muy probablemente. De este modo, sin embargo, se vuelve nuevamente al esquema de la «covering law».

De las observaciones expuestas parece que resulta con suficiente evidencia la inaceptabilidad de las soluciones idealistas, de las cuales las dos tesis expuestas constituyen ejemplos significativos: responden por la vía de una primera aproximación a exigencias que parecen descuidadas por la estructura rigurosamente formal del modelo hempeliano, pero, recurriendo a instrumentos de conocimiento esencialmente intuitivos, no responden al objetivo de delinear con precisión satisfactoria el esquema de la explicación.

Aunque el esquema neopositivista sale casi indemne de los ataques que parte de los idealistas le han dirigido, se siente la necesidad, advertida incluso por el mismo Hempel al proponer la tesis de la «sketch explanation», de atenuar de alguna manera su carácter abstracto y su deductivismo mecánico, sin abandonar el objetivo de determinar con rigor metodológico el modelo de la explicación. El elemento del modelo hempeliano que incluso desde una consideración superficial resulta menos convincente es, sin duda, la presencia de leyes generales entre las premisas necesarias del razonamiento explicativo.

Diversos intentos, como los de Walsh[20], Scriven[21] y Rescher[22], han sido llevados a cabo con el objetivo de limitar el alcance de las afirmaciones de Hempel en torno a la función de los principios universales en el mecanismo lógico de la explicación, sin transformar sustancialmente la naturaleza del modelo que él propuso. Los autores citados concuerdan, en esencia, en afirmar que las leyes a las que recurre el historiador en la elaboración de la explicación no tienen carácter de absoluta universalidad o generalidad, sino que son simples «generalizaciones» de validez semántica, restringida a limitadas y particulares dimensiones espacio-temporales y que, al no estar formuladas en términos de auténtica generalidad, dan lugar a un procedimiento solo aproximativamente deductivo. Aunque tales hipótesis se plantean en una justa dirección crítica con respecto al esquema original neopositivista, no me parece que ofrezcan una solución definitivamente satisfactoria del problema: si bien la imagen de la deducción en cierto

20. Cfr. Walsh W.H., *An Introduction to Philosophy of History*, Londres, 1951, cap. III.
21. Cfr. Scriven M., «Truism as the Ground for Historical Explanations», en *Theories of History*, Gardiner ed., p. 464, y, del mismo autor, «New Issues in the Logic of Explanation», en *Philosophy and History*, Hook ed., p. 339 y ss., y «The Historical Explanation of Actiones Reconsidered», en el mismo volumen.
22. Cfr. Rescher N. y Helmer O., «On the Epistemology of the Inexact Sciences», en *Management Science*, VI, n. 1, 1959, pp. 25-40, y Rescher N. y Joynt C.B., «On Explanation in History», en *Mind*, LXVIII, 271, 1959, p. 383. Cfr. también: Donagan, A., «Explanation in History», reimpreso en *Theories of History*, Gardiner, ed., cit., p. 428.

modo aproximativa responde bastante bien a las exigencias antes mencionadas, no se pude negar que ha tenido una formulación errada.

En efecto, si se excluye la posibilidad de recurrir a leyes de carácter universal, es necesario también excluir que el procedimiento en cuestión tenga naturaleza deductiva, dado que faltaría la condición más importante para la existencia del razonamiento deductivo, y no se puede considerar alternativa válida la de suponer una deducción vaga e imprecisa. Cuando se afirma que el historiador puede tener a su disposición solo uniformidades no generalizadas, formuladas en el nivel del sentido común, se llega a concluir que se trata de premisas de un razonamiento de tipo inductivo, que desemboca en un juicio de hecho que tiene todas las características de un juicio de probabilidad. No sería en este caso la inducción generalizadora elaborada por la lógica clásica, sino el procedimiento lógico mediante el cual se lleva a cabo el paso de una proposición particular a otra proposición particular, atribuyéndole a la segunda un determinado grado de confirmación lógica, sobre la base de la primera. Los conocimientos que usa el historiador, extraídos del sentido común, se expresan en proposiciones cuyo contenido se refiere a un número quizás indeterminado, pero en cualquier caso finito, de eventos conocidos: la impresión errada de su universalidad puede derivarse precisamente del hecho de que, en general, no está determinado de manera cuantitativa el conjunto de hechos a los que se refiere. En él no se encuentran conocimientos que se refieran a un *genus* de objetos o de eventos, de los que se predique una característica de la que gozan todos sus miembros, sino la afirmación de un predicado relativo a un cierto número de eventos, de los cuales se ha tenido cierta experiencia empírica.

Está claro que de esta manera el modelo hempeliano se modifica radicalmente, en el sentido en que, si se tiene en cuenta un cierto nivel de indeterminación de las proposiciones que constituyen las premisas generales, no es suficiente reducir la explicación a una «skecth explanation», sino que es necesario configurarla según un esquema de este tipo: *a*) aserciones relativas al hecho de que en un cierto número de casos, el evento *A* se ha verificado de cierta manera, coligado al evento *B*; *b)* aserciones relativas a la verificación, en el caso concreto, de un evento semejante a *B*; *c*) conclusión consistente en la afirmación de que hay suficientes razones para considerar que probablemente también en el caso en cuestión, la presencia de *B* es indicio o signo de que ha tenido lugar *A*.

4—. El valor de probabilidad de la conclusión, que de ninguna manera puede considerarse cierta, se debe al hecho de que la no generalidad de las premisas señaladas en *a*) admite siempre la posibilidad de que las cosas hayan ocurrido en realidad de manera diferente de como resultan descritas en la conclusión, la cual se funda sobre una masa de conocimientos empíricos tal, que no agota todos los casos posibles. La conclusión resulta entonces no como una representación cierta de lo que constituye el hecho a explicar, sino como una hipótesis formulada en torno a él, sobre la base de una cierta cantidad de datos utilizables, a los que estos mismos datos, que aparecen en *a*) y en *b*), permiten atribuir un cierto grado de confirmación lógica. Explicar el hecho significa entonces no tanto identificar vínculos causales entre el hecho en cuestión y otros hechos

que puedan aparecer como condiciones o causas suyas, cuanto exponer las razones lógicas, fundándolas sobre un cierto conjunto de datos empíricos, por las que se decide considerar fundada, y elegir como válida, una cierta representación hipotética del hecho, que parece ser su más probable reconstrucción. Mientras que los autores antes citados entendían por explicación la descripción del modo en el que el evento a explicar fue causalmente producido por otros eventos, motivando de esta manera su existencia en el plano de la realidad de las cosas, si se adopta el esquema propuesto, explicar el hecho significaría exponer las razones por las cuales quien lleva a cabo la indagación considera justificado acoger como verdadera, con relación a los datos disponibles, una cierta hipótesis de tales datos, confirmada en un determinado nivel de probabilidad.

No se trata entonces de ubicarse en el plano de la realidad, sino en el del conocimiento: un juicio de conocimiento empírico está siempre formulado de manera inductiva y tiene inevitablemente la forma de la hipótesis probable: explicar el hecho significa explicar por qué una hipótesis es tan probable que puede ser elegida como verdadera a partir de los datos en los que se funda.

Una consecuencia adicional de lo que se ha dicho es que en el modelo de la explicación no se encuentran ya dos tipos diferentes de premisas, leyes generales y condiciones particulares, sino premisas cuyo peso es únicamente diverso desde el punto de vista cuantitativo. Los conocimientos útiles traídos del sentido común o de la experiencia son datos de observación empírica, del mismo modo en que lo son las afirmaciones en torno a hechos particulares formuladas a propósito del caso concreto: las primeras se diferencian de las segundas solo porque son relativas a un número más amplio de objetos, pero resultan del mismo procedimiento de experiencia empírica. La hipótesis que constituye la conclusión del razonamiento, y que representa el juicio sobre el hecho, se rige por una ciert evidencia empírica de la que es su única premisa lógica, y que comprende todos los datos que quien formula la hipótesis toma en consideración. Poniendo en relación lógica los dos elementos, hipótesis y evidencia empírica, se determina el grado de probabilidad que corresponde a la hipótesis y justifica su elección. Nótese, entonces, que mientras en el modelo hempeliano nos referíamos principalmente a «tipos» de eventos, a los cuales se hacían reconducir los eventos singulares para llevar a cabo la deducción, en el modelo inductivo aparecen solo eventos particulares, eventualmente vinculados únicamente, por motivos de comodidad práctica y no de necesidad teorética, por nexos de similitud que permiten sintetizar un número de experiencias concretas en un número mas restringido de aserciones. Pero por esa razón, esas aserciones no revisten carácter general y conservan su referencia semántica originaria a un grupo cuantitativamente finito de experiencias particulares.

Es necesario ahora aclarar las características de los conceptos principales que se usan para proponer el modelo inductivo de la explicación. Por hipótesis empírica no se entiende la asunción de un postulado tomado como verdadero por fuera de toda demostración, como ocurre con las hipótesis matemáticas o científicas, sino una proposición en la que se expresa un juicio relativo a la existencia o a las modalidades de un cierto hecho del cual, no obstante, no se tiene o no se puede tener conocimiento

cierto y unívoco; juicio que se formula sobre la base de un conjunto de conocimientos empíricos, relativo a hechos diferentes de aquellos sobre los que versa el juicio. Se dice que éste constituye una hipótesis porque expresa una aserción fáctica no verdadera en sí misma, o analíticamente, sino que solo puede ser bajo ciertas condiciones, sintéticamente verdadera. Se trata de una hipótesis porque la verdad de la proposición depende de manera necesaria de ciertos elementos de confirmación y porque, cuando ésta se afirma, nunca se tiene la certeza absoluta de que la aserción hipotética responde a la realidad de los hechos, sino que se tiene solo un cierto grado de probabilidad sobre su verdad sintética.

La hipótesis es empírica porque, en la medida en que se formula sobre la base de conocimientos empíricos, son estos mismos conocimientos los que le atribuyen un cierto grado de confirmación: aun estando lógicamente confirmada, no se puede decir que sea una hipótesis puramente lógica. Hipótesis empírica no significa en este caso aserción que debe ser empíricamente verificada (como ocurre con las proposiciones científicas), sino que está formulada sobre la base de datos empíricos y confirmada únicamente por ellos. Una aserción de este tipo no es verdadera por que esté verificada, sino que es probablemente verdadera, en cuanto esté confirmada empíricamente. A diferencia de las hipótesis empíricas formuladas por el científico, que tienden a transformarse en tesis mediante la verificación, las formuladas por el historiador están destinadas a seguir siendo tales, aunque se pueda aumentar o modificar la amplitud y la estructura de la evidencia empírica sobre la que se fundan: la confirmación inductiva es su única justificación. Si el concepto de inducción remite inmediatamente al de probabilidad, genéricamente entendido, el de confirmación empírica inductiva remite al concepto particular de probabilidad lógica[23].

Carnap define el concepto de probabilidad lógica como el grado de confirmación de una hipótesis «h» con respecto al enunciado de evidencia «e» relativo a los datos producidos por la observación, lo que lo distingue del de probabilidad como frecuencia relativa, que es la relación entre el número de veces en las que se verifica un cierto evento y el número de veces en que se verifica otro evento[24]. Se aproxima a las tesis

23. Sobre estos puntos son muy claras las observaciones de Carnap en *Logical Foundations of Probaility* (Londres, Chicago, 1950), p. 2.

24. Cfr. Carnap, *Logical Foundations*, cit., pp. 23 y ss. Dado que él concibe la teoría de la probabilidad como explicación de los conceptos precientíficos de probabilidad, identifica en dos conceptos recordados en el texto los *explicanda* de los que las varias teorías constituyen los *explicata*. Estos, según la distinción efectuada por E. Nagel («Principles of the Theory of Probability», en *International Encyclopaedia of Unified Science*, Chicago, 939, vol. I, n. 6, pp. 4 y ss.) se diferencian en tres categorías, que corresponden a las principales definiciones del concepto: *a*) la concepción clásica, formulada por J. Bernoulli y desarrollada por Laplace, para quien la probabilidad está definida como la relación entre el número de casos favorables y el de todos los casos posibles; *b*) la concepción de la probabilidad como objetiva relación lógica entre proposiciones, representada especialmente por J.M. Keynes y H. Jeffreys; *c*) la concepción de la probabilidad como frecuencia relativa, desarrollada principalmente por R. von Mises, H. Reinchenbach y por los modernos estudiosos de la estadística.

de Keynes[25] y de Jeffreys[26] en que conciben la probabilidad como una relación lógica objetiva entre proposiciones, que en este caso se representan por la aserción hipotética «h» y por los enunciados que expresan los datos de la experiencia que constituyen «e»: la relación lógica instituida ente estos dos tipos de proposiciones produce el grado de confirmación lógica «c», de «h» respecto de «e». Los dos argumentes «h» y «e» se refieren a eventos, situaciones, entre otros, y se expresan en proposiciones que, puestas en relación de hipótesis a confirmación, dan lugar a una aserción de probabilidad lógica de un argumento con respecto a otro, aserción que en sí misma es analítica, es decir, lógicamente verdadera o falsa, y por lo tanto no fáctica. Una aserción de este género se deriva solo de un análisis lógico o semántico de los argumentos y es independiente de la contingencia de los hechos, aunque los argumentos se refieran a hechos. Se trata de un concepto lógico de probabilidad porque, al enunciar la hipótesis en «h» y la evidencia empírica en utilizable en «e», el problema de si está confirmada «h» por «e», y cuánto, se resuelve solo mediante un análisis meramente lógico de «e», «h» y de las relaciones entre sí. Esto no es un problema de hecho en el sentido en que para resolverlo sean necesarios conocimientos de hecho diferentes de los que se expresan en «e»: «e» y «h» se refieren a hechos, pero, una vez formulados, se trata solo de llegar a establecer entre ellos ciertas relaciones basadas en la identificación de su significado. Se puede decir que la relación entre «e» y «h», además de lógica, es de naturaleza semántica: se tendrá entonces un concepto semántico de confirmación. En otros términos, el valor de probabilidad lógica que de esa manera se atribuye a «h» (es decir: su grado de confirmación con respecto a «e») representa la medida del fundamento probatorio de la hipótesis. Decir, por ejemplo, que la probabilidad de «h» sobre «e» es alta, significa que «e» suministra un amplio fundamento a la asunción de «h», o bien, en términos de aplicación a una situación cognoscitiva, que si un observador X conoce «e», por ejemplo por observación directa, y nada más, tiene buenas razones para esperar que los hechos descritos en «h» hayan realmente ocurrido.

Evidentemente es posible, dada una cierta masa de datos de experiencia utilizables, formular diversas «h» en relación con ellos, relativas a un mismo hecho, en el sentido de que este puede reconstruirse de maneras diversas, aun en relación con el mismo conjunto de conocimientos iniciales, dado que estos pueden ser objeto de diferentes valoraciones. Se tendrá entonces la misma «e» en diferentes relaciones de probabilidad lógica, con una pluralidad de «h» de las cuales una debe ser asumida como aserción verdadera en torno al hecho, con preferencia sobre las demás.

La elección de la hipótesis a asumir como representación del hecho consistirá entonces en la determinación de la «h» que tiene el más alto grado de confirmación en relación con «e», es decir, en la asunción del juicio de hecho más admisible, sobre la

25. Cfr. Keynes J.M., *A Treatise on Probability*, Londres y Nueva York, 1921.
26. Cfr. Jeffreys H., *Scientific inference*, Cambridge 1931; «The Problem of Inference», en *Mind* 45 (1936), p. 324; *Theory of Probability*, Oxford 1939.

base de los elementos dirigidos a justificarlo[27]. El contraste entre los diferentes grados de confirmación de una misma hipótesis, con la finalidad de establecer cuál de ellos es más elevado, implica resolver un problema metodológico que se me consentirá en esta sede dar por resuelto, por razones de brevedad.

Ese problema tiene que ver con la posibilidad de establecer una cuantificación, absoluta o al menos relativa, del grado de confirmación, antes presentada como una relación puramente lógica, y el método para conseguirla. Más precisamente, si es alcanzable la configuración de un vínculo lógico-semántico entre proposiciones, tal que la admisibilidad de una dependa del significado y de la forma lógica de las demás, es menos evidente la posibilidad de distinguir diferentes niveles de confirmación según un criterio cuantitativo. Si esto es claramente posible cuando se formulan diversas «h», cada una de las cuales se basa en una particular «e» de diferente amplitud respecto de aquella de las «e» en las que se fundamentan respectivamente las demás «h», más complejo es el problema que se tiene cuando diversas «h» se refieren a la misma «e». Al no poder desarrollar aquí todo el procedimiento seguido por Carnap[28], me limitaré a anotar que, partiendo de la idea de que el grado de confirmación es la medida del fundamento probatorio de la hipótesis, es posible concluir que el valor numérico de la relación de probabilidad lógica entre la hipótesis y la evidencia, puede interpretarse como la estimación de la frecuencia relativa de verdad entre un cierto número de hipótesis igualmente probables, lo que permite establecer de esta manera el vínculo entre el concepto de probabilidad lógica, meramente formal, y el concepto de probabilidad como frecuencia relativa, esencialmente cuantitativo. Entonces es posible concluir que la regla para la elección racional entre varias hipótesis diferentemente confirmadas por una misma evidencia, se resuelve en el criterio por el cual debe considerarse como reconstrucción admisible del hecho (es decir, verdadera en relación con «e») la que se exprese en una proposición que tenga el más alto grado de confirmación inductiva con respecto a los datos empíricos utilizables.

5—. La profundización de algunos aspectos problemáticos de la metodología de la historia, aun limitándose a unos cuantos rasgos de carácter muy general y dejando de lado una serie de interesantes cuestiones (como la que tiene que ver con la relación entre juicios de valor y la objetividad histórica), ha permitido al menos bosquejar brevemente el esquema de lo que considero que es el real procedimiento lógico que el historiador

27. Sobre el concepto de grado de confirmación sobre la base de evidencia empírica, cfr., además de la citada obra de Carnap, Lenz J.W., «Carnap on Defining 'Degree of Conirmation'» en *Philosophy of Science*, 1956, p. 230 y ss.; Nagel E., *Principles*, cit., pp. 60 y ss.; Goodman N., «On Infirmities of Confirmation Theory», en *Phil. Phen. Res.*, 8 (1947-8)., p. 149; Helmer O. y Oppenheim P., «A Syntactical Definition of Probability and of Degree of Confirmation», en *Journal of Symbolic Logic*, 10 (1945), p. 25; Hempel, «A Purely Syntactical Definition of Confirmation», en *Journ. of Symb. Log.*, 8 (1943), p- 122 y «Studies in the Logic of Confirmation», en *Mind*, 54 (1945), pp. 1-121; Hempel y Oppenheim, «A Definition of 'Degree of Confirmation'», en *Phil. of Sc.*, 12 (1945), p. 98; White M., «Probability and Confirmation», en *Journal of Philosophy*, 36 (1939), p. 323.

28. Cfr. Carnap, *Logical Foundations*, cit. pp. 163 y ss.

sigue para llegar a formular el juicio de hecho. Éste se configura, entonces, como una hipótesis fáctica (es decir, que describe el hecho) en cierta proposición confirmada (con respecto a su admisibilidad) por la masa de conocimientos empíricos utilizables respecto al caso concreto, mediante el análisis de la relación lógico-semántica que se establece entre las proposiciones que expresan tales conocimientos y la aserción en torno al hecho que debe ser reconocido.

Se trata ahora de ver si el modelo lógico elaborado para representar las características formales de la investigación histórica puede ser también considerado una imagen del modo en que el juez forma su propio convencimiento, valorando y operando lógicamente sobre conocimientos de hecho que le son suministrados por la experiencia directa o por los resultados del procedimiento probatorio. Quedan fuera de los límites del examen los problemas relacionados con el modo en el que se descubren esos datos, y se considerará únicamente el momento en el que el juez establece su admisibilidad, elaborando a partir de ellos la reconstrucción del hecho.

La doctrina tradicional, sobre la base del planteamiento de Stein[29] y, en general, el que los estudiosos alemanes le han dado al problema, afirma que los elementos de hecho, sean indicios o el resultado de la práctica probatoria, se valoran por el juez mediante el recurso a las llamadas máximas de la experiencia, concebidas como reglas o leyes generales que el juez formula con base en su propia experiencia o recibe del patrimonio de conocimientos del sentido común. Con base en la afirmada generalidad de dichas máximas, se elabora luego, en coherencia con la teoría del silogismo judicial, un modelo deductivo del juicio de hecho, en el que ellas fungen como premisas generales y los datos concretos como premisas particulares, concluyendo así que el juicio sobre el hecho resulta de la subsunción de las segundas en las primeras, siguiendo un procedimiento silogístico. Aunque no se llega al mismo nivel de profundidad lógica, este esquema es evidentemente análogo, en sus aspectos metodológicos, al esquema hempeliano, aunque los correspondientes orígenes culturales y teoréticos sean completamente diferentes. Se diría incluso que el segundo puede ser visto, con razón, como una reformulación más moderna y lógicamente más precisa, del primero, al menos desde el punto de vista estrictamente formal. Esta analogía sustancial ya es un elemento que acredita notoriamente la aplicabilidad de los esquemas elaborados en el plano de la metodología historiográfica al campo de las indagaciones judiciales sobre el hecho. En particular, se pueden formular en contra de las máximas de la experiencia, entendidas como generalizaciones extraídas del sentido común, las observaciones críticas que se han aceptado como válidas contra las supuestas leyes «cuasi» generales de las que haría uso el historiador. Las máximas se reducirían, entonces, a ser poco más que una masa de conocimientos particulares, que no están dirigidas de ninguna manera a fundamentar un procedimiento lógico deductivo.

Tal como el historiador, el juez sólo raramente puede remitirse a leyes verdaderamente generales, usualmente suministradas por la ciencia, y debe en cambio,

29. Cfr. Stein, *Das Private Wissen*…, cit.

habitualmente, usar como criterios de juicio y de valoración de los elementos de hecho, conocimientos que no tienen valor lógico y semántico más amplio que los que resultan de la experiencia empírica de un cierto conjunto de casos particulares. Se puede entonces decir que para pasar de los datos de hecho empíricos utilizables, al juicio sobre el hecho propiamente dicho, el juez debe formular, en torno al hecho a reconstruir, una hipótesis que, si bien no puede ser demostrada deductivamente, está sometida a una posible confirmación lógica, en la medida en que así se desprenda del sistema de las relaciones lógicas entre «e» y «h». También el juicio de hecho es una hipótesis empírica del tipo «h», que llega a confirmarse en un cierto grado, por un conjunto de conocimientos empíricos del tipo «e», en el que hay tanto hechos percibidos directamente por el juez, como hechos determinados por él mediante la práctica de las pruebas, así como la masa de conocimientos empíricos que él utiliza, extraídos de su propia experiencia o del sentido común. Esa hipótesis, en cuanto es meramente inductiva y está empíricamente fundamentada, no puede suministrar de ninguna manera un conocimiento cierto y unívoco del hecho, sino apenas una representación verosímil que el juez, con su indagación lógica y concreta, debe llevar al máximo posible de admisibilidad objetiva. Se podrá decir que el conocimiento al que se atribuye el nombre de máximas de la experiencia es un instrumento de confirmación particularmente válido, en cuanto comprende aserciones relativas, a veces, a un amplio número de eventos y, por tanto, de vasto alcance semántico, pero esto sigue perteneciendo, perfectamente, del modelo de juicio de hecho inductivo y lógicamente probable.

Cuanto se ha dicho puede considerarse fácilmente como un ejemplo particular de la afirmación general, aquí aceptada en el plano metodológico, en virtud de la cual la simple experiencia empírica, si se queda en un nivel precientífico de conocimiento de los fenómenos, no permite formular afirmaciones o leyes de carácter general y universal en torno a dichos fenómenos, como se requieren para constituir las premisas de un razonamiento rigurosamente deductivo y que solo la ciencia, y con frecuencia ni siquiera ella, está en capacidad de suministrar.

De una afirmación de principio semejante, que no puede ser discutida en esta sede, pero que constituye de todas formas el presupuesto de la indagación metodológica que se ha llevado a cabo, desciende la consecuencia obvia de que todos los juicios en torno a hechos empíricos, en la medida en que se basan en conocimiento resultante de la experiencia común, tienen una estructura lógica de naturaleza inductiva y llegan a conclusiones no ciertas, sino apenas probablemente verdaderas.

Con base en lo dicho debe aclararse el sentido de los atributos de «racionalidad» y de «objetividad», aunque a menudo —y de manera confusa y no motivada— la mayor parte de la doctrina ha considerado como características reales o al menos como cánones deontológicos del razonamiento judicial.

Resulta evidente que la racionalidad es una característica intrínseca del procedimiento que se ha delineado, a partir de la simple observación de que en él no hay ningún momento o acto lógicamente necesario que pueda definirse como no racional. El elemento que en lógica constituye la única y verdadera antítesis de la racionalidad,

que es la intuición, queda rigurosamente excluido y a ese respecto no es necesaria demostración alguna, en un procedimiento propiamente inductivo. Bastaría entonces subrayar que el esquema «grado de confirmación = (e, h)» describe una relación de inducción para obtener la prueba de la racionalidad del procedimiento. En particular, el acto con el que se identifican los elementos que constituyen la evidencia no tienen nada de intuitivo y constituye un ejemplo típico de conocimiento empírico en el que tiene lugar el contacto entre los elementos externos y las facultades gnoseológicas del sujeto cognoscente: tal encuentro se puede asimilar correctamente a la percepción del objeto particular, más que a una intuición indeterminada, si solo se tiene en cuenta la elemental distinción que, incluso al nivel del sentido común, se efectúa entre experiencia directa e intuición y que habitualmente se usa precisamente como criterio diferenciador para juzgar la racionalidad de un conocimiento determinado. Consideraciones del mismo tipo se adaptan con facilidad también al acto con el cual se formula la hipótesis, en la medida en que consiste simplemente en la elaboración lógica de los datos ofrecidos por la experiencia empírica: la adherencia de «h» a esos datos es de esa forma el criterio para la valoración de la validez de la hipótesis misma, en el sentido en que su admisibilidad se mide sobre los mismos elementos que se usaron para elaborarla. También en este caso los instrumentos son únicamente los del análisis lógico y la semántica.

Como ya se ha subrayado, tampoco la valoración del grado de confirmación de «h» en relación con «e» se funda en algo diferente al análisis de las proposiciones en las que se expresan los datos de la experiencia y de aquellas en las que se formula la hipótesis, así como de las relaciones lógicas que se establecen entre ellas. Dado que tanto los actos individuales que componen el procedimiento, como las relaciones que los vinculan, se plantean exclusivamente en el nivel de la elaboración lógica, y que justamente en esta exigencia encuentran su garantía de validez con exclusión de cualquier interferencia de elementos heterogéneos con respecto a ella, de allí se sigue la aplicabilidad inmediata de la noción de racionalidad al modelo aquí considerado. En ese sentido, se puede por lo tanto calificar también al razonamiento judicial como un ejemplo particular de inferencia deductiva de carácter probabilístico.

En lo que tiene que ver con la noción de objetividad, conviene una vez más considerar el razonamiento del juez como caso especial del proceso lógico inductivo, y efectuar sobre él las observaciones necesarias. En el ámbito de los procedimientos racionales de juicio, el criterio más común con base en el cual se distinguen los que pueden calificarse como objetivos, es la ausencia de juicios de valor entre los momentos lógicamente necesarios: su presencia significaría, en efecto, la introducción de un elemento subjetivo, aunque en muchos casos racional, suficiente para excluir la validez objetiva de todo el procedimiento. Un juicio de naturaleza axiológica es esencialmente no controlable, en el sentido en que su repetición implicaría necesariamente una elección del valor con base en el cual se efectúa ese juicio, que es en todo caso arbitraria o que, de todas formas, está por fuera del procedimiento lógico en cuestión: el juicio de valor puede en muchos casos estar justificado, pero no por ello deja de ser irreductiblemente subjetivo. Dada la noción de racionalidad que se ha usado antes, me parece suficiente, para mostrar la

objetividad del procedimiento examinado, excluir que en su modelo haya elementos valorativos. No es ese, evidentemente, el acto en que se adquiere el dato empírico, justamente porque éste se adquiere (es decir, genéricamente, se percibe) y no es objeto de valoración, sino de un examen que se traduce en el análisis del significado y de la estructura lógica de la proposición con la que se formula. Por motivos análogos, no se puede decir que la formulación de «h» tenga fundamento axiológico, en cuanto es el resultado de una indagación llevada a cabo en un nivel de comparación crítica entre el valor de verdad de las proposiciones relativas a los datos empíricos, y las posibilidades hipotéticas que se concilian con ellas. También la determinación del grado de confirmación de «h» sobre «e», aunque se diga que indica la valoración de la admisibilidad de la hipótesis, es rigurosamente objetiva, tato porque es esencialmente relativa a la evidencia empírica y está estrictamente condicionada por ella, como porque, como ha aclarado Carnap, resulta de un mero cálculo lógico efectuado sobre los resultados de un análisis semántico de las proposiciones contenidas en «e» y en «h». Aunque el grado de confirmación de la hipótesis (es decir, el valor de probabilidad lógica de la afirmación contenida en ella) no sea traducible inmediatamente en términos numéricos, es suficiente la demostración de su carácter cuantificable, sobre la base de un criterio unívoco y constante que garantice su objetividad.

El cálculo lógico que tiene como resultado el valor de probabilidad lógica, en cuanto se define como formal, es abstractamente verificable, no en el sentido en que las afirmaciones a las que conduce se puedan demostrar como verdaderas mediante la comparación directa con la realidad (dado que el método de verificación empírica sólo es aplicable en el ámbito de la ciencia), sino en el sentido en que, conociendo las proposiciones relativas a los datos empíricos sobre los que se fundan y aquellas en las que se expresan la hipótesis, siempre es posible establecer si las relaciones formales identificadas entre tales proposiciones permiten atribuir a «h» ese cierto grado de confirmación lógica. Como sucede para el cálculo originario, también su verificación se desarrolla siguiendo el objetivo binario constituido por el análisis lógico semántico de las proposiciones constitutivas «e» y «h», sin descender a revisar la correspondencia del primer grupo de proposiciones con el conjunto de los datos empíricos utilizables, sino únicamente controlando si aquél dato «e» está en capacidad de confirmar «h» en la proporción establecida por el cálculo originario. En cuanto se verifica el cálculo como tal y no la verdad empírica de las proposiciones sobre las que se lleva a cabo, y en cuanto las «valoraciones» que se tienen en cuenta en el proceso no son más que momentos particulares de ese cálculo, se puede concluir que la verificación es meramente formal, es decir, en términos jurídicos, que el control sobre el juicio de hecho no hace parte del mérito del juicio mismo y se limita a revisar el carácter lógico del procedimiento con el que el juez formula la hipótesis sobre el hecho y determina su propio convencimiento sobre ella. El valor de probabilidad lógica que de este modo se atribuye a la representación llevada a cabo por el juez, representa la medida de su convencimiento racional sobre el hecho y, como se ha visto, tal medida está determinada objetivamente y es formalmente verificable.

Dado que también la elección entre las eventuales y diferentes «h» sigue un criterio objetivo, en el sentido de que se deriva de la comparación entre los diferentes valores de confirmación que se atribuyen a las «h» posibles sobre la base de «e», y no está confiada a la arbitraria valoración del juez (lo cual constituye garantía de racionalidad de la elección), se puede decir que también a ella se le extiende la posibilidad de un control formal, mediante el cual se verifica, sin entrar tampoco en el mérito de la cuestión, si la hipótesis que el juez ha decidido considerar como más admisible (esto es, verdadera con respecto a los datos de confirmación) es realmente aquella a la que «e» permite atribuir el valor más alto de probabilidad lógica.

Para poder decir que la Corte de Casación, al efectuar el control *ex* art. 360, num. 5, conoce el mérito de la cuestión de hecho, sería necesario sostener que ese órgano no puede llevar a cabo el procedimiento de verificación antes descrito, sin remontarse al conocimiento directo de los datos empíricos de los que el juez de mérito ha extraído las razones de su convencimiento, es decir, es necesario, para establecer la validez del cálculo lógico, repetir la experiencia empírica mediante la cual se lleva a cabo la formulación de los datos empíricos en las proposiciones que constituyen «e». Dado que, por el contrario, el control asume como presupuesto de partida tales proposiciones, sin remontarse a los hechos que ellas expresan, y de este modo toma en consideración únicamente los aspectos lógicos y semánticos, y no el valor concreto y particular de conocimiento (y, por tanto, no avanza en el examen de sus características formales), no se puede decir que tal revisión se resuelva en el reexamen del mérito del juicio de hecho. No son objeto del análisis de la Corte los datos empíricos que el juez de mérito ha adquirido, sino las proposiciones que ha formulado al respecto, y las consecuencias lógicas que ha deducido de ellas: esto me parece suficiente para demostrar la posibilidad del control meramente lógico sobre el razonamiento judicial.

Aunque siga en lo esencial el esquema conceptual antes expuesto, con respecto a la estructura lógica de carácter inductivo del razonamiento judicial sobre el hecho, Piras[30] llega a conclusiones opuestas, en lo que tiene que ver con la posibilidad del control meramente lógico del juicio de hecho. En otras palabras, él aplica el concepto de probabilidad lógica elaborado por Carnap con el objetivo de identificar el esquema objetivo de ese juicio, como una relación entre hipótesis y evidencia utilizable, con la consecuencia, que se desprende de lo dicho antes, de que la decisión ya no puede considerarse ni cierta ni absoluta; con todo, de ello deduce que, si se supone un control meramente lógico sobre el hecho, la decisión del juez de mérito sobre la suficiencia de la motivación para justificar el convencimiento, sería imposible de controlar. Tal conclusión está motivada porque, en su opinión, no es posible considerar como un control lógico la revisión de la sentencia que se fundamente en una nueva evaluación de los valores de probabilidad de las afirmaciones de hecho, sobre la base de una experiencia más amplia o diferente de la que ya hizo el juez de mérito. La argumentación es correcta, en el sentido en que, cambiando de alguna manera la evidencia relevante,

30. Cr. Piras A., «Le massime d'esperienza e la motivazione insuficiente», en *Jus* 1955, pp. 89 y ss.

la verificación de los valores de probabilidad no sería ya un control lógico, sino una revisión del mérito; pero es equivocada, en cuanto no tiene en cuenta el hecho de que la Corte de Casación controla el razonamiento del juez de mérito sobre la base de los mismos datos empíricos que éste ha utilizado al formular el juicio. Si se toma en adecuada consideración este factor, me parece que la tesis que niega la posibilidad del control lógico ya no es sostenible, y se puede reconocer a la Corte el poder de revisar la adecuación de la motivación que justifica la decisión de fondo.

Pienso entonces que es legítimo concluir afirmando que, por consistir el juicio de hecho en la determinación de los valores de probabilidad inductiva de la hipótesis sobre la base de la evidencia empírica utilizable, y por resultar tales valores de la relación lógica entre dos grupos de proposiciones, es perfectamente admisible un control formal sobre la congruencia recíproca de tales proposiciones, expresada de manera objetiva por el grado de confirmación de «h». Me parece que queda confirmada, además, al menos en líneas generales, la validez metodológica del paralelo entre el juez y el historiador, que se había planteado al inicio como hipótesis de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Abbagnano, N., 1927, *Il nuovo idealismo inglese ed americano*, Nápoles.

Bradley, F.H., en *Appearance and Reality*, Londres.

Braithwaite R.B. 1946-7, «Teleological Explanation», en *Proceedings of the Aristotelian Society*.

Braithwaite R.B. 1953, *Scientific Explanation*, Cambridge.

Brodbeck M., 1962, «Explanation, Prediction and Imperfect Knowledge», en *Scientific Explanation, Space and Time*, H. Feigl y G. Maxwell eds., *Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, vol. III Minneapolis.

Bronowski J., 1951, *The Common Sense in Science*, Londres.

Calamandrei, P. 1930, «La genesi lógica della sentenza civile», en *Studi sul processo civile*, vol. I., Padua.

Calamandrei, P., 1947, «Il giudice e lo storico», *Studi sul processo civile*, vol. V, Padua.

Calamandrei, P. 1955, «Verdad y verosimilitud en el proceso civil», en *Rivista di diritto processuale*, I.

Calamandrei, P. 1957, *Studi sul processo civile*, vol. VI, Padua.

Calogero, G. 1937, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padua.

Carnap, R. 1950, *Logical Foundations of Probaility*, Londres, Chicago.

Carnelutti F. 1925, «Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di Cassazione», en *Studi di diritto processuale*, vol. I, Padua,.

Cohen M., 1929, «The Place of Logic in the Law», 29 *Harvard Law Rev.*

Cohen M. y Nagel E., 1934, *An Introduction to Logic and Scientific Method*, Nueva York,

Collingwood R.G., 1946, *The Idea of History*, Oxford

Cornfortg K., 1935, «Explanation in History», en *Proc. of the Arist. Soc.*, Suppl. Vol. 1935.

Crawford R.M., 1947, «History as a Science», en *Historical Studies*, Australia y Nueva Zelanda.

Croce, B., 1926, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Nápoles, 1926.

Croce B.,1938 *La storia come pensiero e come azione,* Bari.

Donagan, A., 1959, «Explanation in History», reimpreso en *Theories of History*, Gardiner, ed.
Dray W., 1954, «Explanatory Narrative in History», en *The Philosophical Quarterly.*
Dray, W., 1957, *Laws and Explanation in History*, Oxford.
Dray, W., 1958, «Historical Understanding as Re-thinking», en *Univ. of Toronto Quarterly*, XXVII, n. 2.
Dray, W. 1964, *Philosophy of History*, Englewood Cliffs.
Ducasse C.J., 1949, «Explanation Mechanism and Teleology» en *Read. in Phil. Analysis*, Feigl y Sellars eds., Nueva York
Frank, J. 1932, «What Courts do in Fact», Illinois Law Review, 26.
Frank J 1947, «Words and Music», *Columbia Law Rev*. 47.
Frank J. 1948, «Say it with Music», *Harvard Law Rev.*, 61.
Frank J. 1949, *Law and the Modern Mind*, Nueva York.
Gardiner, P., 1952, *The Nature of Historical Explanation*, Oxford.
Goodman N., 1945-8, «On Infirmities of Confirmation Theory», en *Phil. Phen. Res.*, 8.
Helmer O. y Oppenheim P., 1945, «A Syntactical Definition of Probability and of Degree of Confirmation», en *Journal of Symbolic Logic*, 10.
Hempel, C.G., 1943, «A Purely Syntactical Definition of Confirmation», en *Journ. of Symb. Log*., 8.
Hempel, C, G., 1945, «Studies in the Logic of Confirmation», en *Mind*, 54.
Hempel C.G., 1949, «The Function of General Laws in History», en *Readings in Philosophical Analysis*, H. Feigl y W. Sellars, eds., Nueva York.
Hempel, C.G. 1960, «Philosophy of Natural Science», *Prentice Hall Foundation of Philosophy Series*, Englewood Cliffs.
Hempel, C.G., 1963, «Reasons and Covering Laws in Historical Explanation», en *Philosophy and History*, S. Hook ed., Nueva York.
Hempel, C.G. y Oppenheim, F., 1945, «A Definition of 'Degree of Confirmation'», en *Phil. of Sc.*
Hospers J., 1963, «On Explanation», en *Journal of Philosophy of Science*, Englewood Cliffs.
Hutcheson N., 1929, «The Judgement Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decisions», 14 *Cornell Law Quart.*
Jeffreys H., 1936, *Scientific inference*, Cambridge; «The Problem of Inference», en *Mind* 45.
Jeffreys, H.,1939, *Theory of Probability*, Oxford.
Kaufmann, F., 1944, *The Metodology of the Social Science*, Nueva York.
Keynes J.M.,1921, *A Treatise on Probability*, Londres y Nueva York.
Lenz J.W., 1956, «Carnap on Defining 'Degree of Confirmation'» en *Philosophy of Science*.
Mandelbaum, M., 1938, *The Problem of Historical Knowldege*, Nueva York.
Mandelbaum, M., 1942, «Causal Analysis in History», en *Journal of the History of Ideas*.
Nagel, E. 1939, «Principles of the Theory of Probability», en *International Encyclopaedia of Unified Science*, Chicago, vol. I, n. 6.
Oakeshott, N., 1952, *Experience and its Modes*, Cambridge.
Paul, J. 1959, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, La Haya.
Piras, A., 1955, «Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente», en *Jus*.
Popper, K., 1935, *Logik der Forschung*, Viena.
Popper, K 1945, *The Open Society and its Enemies*, Londres.
Redenti, E., 1938, *Profili pratici del processo civile*, Milán.

Rescher, N. y Helmer, O., 1959, «On the Epistemology of the Inexact Sciences», en *Management Science*, VI, n. 1.
Rescher, N. y Joynt, C.B., 1959, «On Explanation in History», en *Mind*, LXVIII, 271.
Rocco, A., 1906, *La sentenza civile*, Torino, 1906.
Rosi, P., 1954, «Teoria della storia e della metodologia storiografica nel pensiero inglese contemporaneo», en *Riv. Storica italiana*.
Rudner, R., 1960, «Philosophy of Social Sciences», *Prentice Hall Foundation of Philosophy Series*, Englewood Cliffs.
Scriven, M., 1959, «Truism as the Ground for Historical Explanations», en *Theories of History*, Gardiner ed.
Scriven, M., 1963, «New Issues in the Logic of Explanation», en *Philosophy and History*, Hook ed., Nueva York.
Scriven, M., 1963, «The Historical Explanation of Actions Reconsidered», en *Philosophy and History*, Hook ed.
Stein, F. 1983, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig.
Strong, E.W., 1952, «Criteria of Explanation in History», en *Journal of Philosophy*.
Swabey, M.C., 1954, *The Judgement in History*, Nueva York.
Teggart, F.G., 1941, *Theory and Process of History*, Berkeley y Los Angeles.
Teggart, F.G., 1942, «Causation in Historical Events», en *Journal of the History of Ideas*.
Trevelyan, G.M., 1930, *Clio, A Muse*, Londres.
Walsh, W.H., 1951, *An Introduction to Philosophy of History*, Londres.
Wehli, A.:1913, «Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung», en *Festschrift für A. Wach*, Leipzig.
White, M., 1939, «Probability and Confirmation», en *Journal of Philosophy*, 36.
White, M.G., 1943, «Historical Explanation», en *Mind.*

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista «todoterreno»

Michele Taruffo: The Exemplary Teaching and Work of an Outstanding, «All-Purposes» Procedural Law Scholar

Perfecto Andrés Ibáñez

Autor:
Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado emérito del Tribunal Supremo de España
peanib@gmail.com

Recibido: 15-01-2021
Aceptado: 22-2-2021

Citar como:
Andrés Ibáñez, Perfecto, (2021). Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista 'todoterreno' Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 41-62. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.02

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Perfecto Andrés Ibáñez

Resumen

El autor discurre acerca de la importantísima contribución de Michele Taruffo a la renovación del procesalismo convencional y del bagaje teórico de los profesionales de la jurisdicción, mediante la incorporación a la cultura dominante en tales medios del imprescindible conocimiento de la dimensión epistémica subyacente y tradicionalmente sofocada por la propiamente jurídica.

Palabras clave: Hechos; *quaestio facti*; prueba; verdad; silogismo; decisión; motivación.

Abstract

The author reflects on Michele Taruffo's extraordinarily important contribution to the renewal of both conventional procedural law scholarship and the theoretical background of law-court professionals. Taruffo's contribution was achieved by means of introducing to mainstream culture in those circles the necessary knowledge of the underlying epistemic dimension, which was traditionally suppressed by the strictly legal one.

Keywords: fact; *quaestio facti*; evidence; truth; syllogism; decision; grounding.

Leer a Michele Taruffo, conversar con él, escucharle, cumplía la misma función que abrir una ventana y hacer entrar un soplo de aire fresco en el cuarto cerrado del derecho (procesal civil) entendido principalmente como conjunto de reglas técnicas y prácticas forenses.

A. Apolonio – C. V. Giabardo

PRELIMINAR

Hay un expresivo y duro reproche dirigido por Francesco Carnelutti a sus colegas en 1949, que creo mantiene buena parte de su vigencia: «desde que se formó una ciencia del derecho procesal digna de este nombre, casi no se ha hablado del juicio; lo que ocupa a los estudiosos no es el juicio, sino el proceso. Esto quiere decir que han estudiado bastante más el mecanismo que el dinamismo del proceso; han desmontado la máquina pieza a pieza con grandísima atención y han hecho descripciones muy meritorias; pero se han preocupado bastante poco de la fuerza que la hace mover»[1].

Es posible que Michele Taruffo, entonces un chiquillo de seis años, más tarde, en algún momento de su carrera de derecho, hubiera tenido constancia de esta apreciación. Cabe también que la idea-nervio de la impactante denuncia pudiera haberle llegado, tiempo después, a través de su maestro Vittorio Denti. Pero tampoco es descartable que hubiese crecido dentro de él, de forma esencialmente autónoma, como fruto de una constatación personal. Sabiendo lo que hoy sabemos de su lucidez intelectual y de su capacidad de penetración, es claro que esto último resulta del todo plausible. En cualquier caso, es algo sobre lo que, a estas alturas, ya nunca podrá hacerse luz. Pero es que, además, tampoco importa, visto lo que expresa su obra inigualable, escrita y oral. Pues no puede ser más patente que Michele Taruffo participó de esa conciencia. Y no solo: asumió en primera persona la tarea, nada fácil, de hacer frente a tal lamentable estado de *cultura* procesal. De aprestar recursos teóricos para acabar con el endémico desentendimiento del juicio y de la decisión; para poner fin a la claudicación intelectual y al maltrato a los derechos del justiciable y a la jurisdicción misma, que este llevaba consigo. Todo, naturalmente, sin suscribir el cuestionable modelo carneluttiano, del que siempre le separó una apreciable distancia, sino creando el suyo propio, para marcar enseguida un antes y un después en la materia. Y no solo en la propiamente procesal, pues Michele Taruffo ha sido el verdadero creador de la nueva *disciplina* —multidisciplinar, sin nada de paradoja— demandada por la naturaleza del asunto que fue objeto prioritario de su dedicación. Situándola, además, en el plano de globalidad que

1. Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano, Nápoles, 1958, pp. 71-72 (hay trad. cast. de S. Sentís Melendo, *Derecho y proceso,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971). Antes había escrito, precisamente en ese sentido, «Torniamo al giudizio», *Rivista di diritto processuale*, I, 1949, pp. 165 ss.

corresponde al signo de los tiempos, ya que su magisterio ha desbordado, incontenible, todos los límites: no solo los estrechamente clasificatorios de la taxonomía académica, sino también los propios de la geografía, en su «caminhada incansável»[2].

Carnelutti estaba en lo cierto. Y, de encontrarse ahora en la posibilidad de recorrer un programa de Derecho Procesal de los al uso en nuestras facultades, le sorprendería comprobar la considerable vigencia de su diatriba. En efecto, pues, por ejemplo, leería: principios del procedimiento, determinación de la competencia, partes procesales, objeto del proceso, cuestiones prejudiciales, medidas cautelares, el juicio… En algún momento, daría con una aproximación burocrática y estrechamente formal a la sentencia, con la descripción de su estructura (encabezamiento, etc.) y con una breve referencia, desde fuera, sin entrar en el asunto, a la motivación como imperativo constitucional. Pero antes, en el centro del recorrido, se habría topado con el llamativo vacío dejado por un gran ausente: todo lo relativo al modo de operar en el tratamiento del material probatorio y en la adopción de la decisión. Para, finalmente, verse de nuevo llevado a *terreno firme*, el de la regulación positiva del trámite de las impugnaciones...

Esta circunstancia, histórica y aún actual, podría tener su explicación en el dato de que, en rigor, la materia omitida no es estrictamente *procesal*. Pero, habrá que decir, que esto solo en una inteligencia particularmente reductiva del término. Pues lo que falta en ese diseño programático es, justo, el *modo de proceder* en algo tan esencial como la inducción probatoria para decidir sobre una controversia, mediante la fijación (tendencialmente) veraz de sus términos, que es lo que constituye el núcleo duro de la experiencia jurisdiccional rectamente entendida. De ahí que, en ningún caso, y menos hoy, pueda estar justificado tal crónico desentendimiento. Primero, porque un estudio del proceso que dé la espalda al momento decisional, aparte de estimular ejercicios irresponsables de un poder tan incisivo como el judicial, está condenado a tener por objeto una especie de cuerpo sin *alma*, una colección de formas inanimadas. Y, en segundo lugar, porque ahí está la experiencia del mejor pensamiento jurídico ilustrado, con su remisión —implícita si se quiere, pero clara— del abordaje de los problemas suscitados por la *quaestio facti*, al campo de la epistemología. El de Beccaria con su juez «investigador indiferente de la verdad»[3]. El de Muratori, que lo quería «perplejo […] para conocer»[4]. Y ya, muy cerca de nosotros, pero dentro de la misma línea, el juez postulado por Calamandrei con la conciencia en modo «página en blanco»[5] a la hora de afrontar el proceso decisional.

2. La expresión es de Janaina Matida, en su necrológica «Michele Taruffo e o estudo multidisciplinar da prova», en la publicación *online* brasileña *Consultor jurídico*, del 11 de diciembre de 2020.
3. Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, texto italiano fijado por G. Francioni, trad. cast. de F. Laplaza, prólogo de P. Calamandrei, Trotta, Madrid, 2011, p. 175.
4. Luis Antonio Muratori, *Defectos de la jurisprudencia*, trad. cast. de V. M. de Tercilla, Imprenta de la Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, p. 17.
5. Piero Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. cast. de H. Fix Zamudio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 89.

Se sabe que la actitud del procesalismo convencional denunciada por Carnelutti, traía causa del modo *tramposo* en que —bajo la influencia del jurado inglés— las magistraturas profesionales del continente europeo asumieron el principio de libre convicción, postulado por el pensamiento ilustrado como alternativa al régimen de prueba legal[6]. Y que lo hicieron en la clave más irracional, cómoda y descomprometida para sus integrantes[7]. Es como se convino en que la *razón* de decidir en la sentencia fuera exclusivamente una especie de pálpito incontrolable experimentado por el juzgador en el ejercicio de la inmediación, bien captado en la imagen de la «voraz potencia superlógica» de Franco Cordero[8]. Una suerte de licencia para resolver en el más absoluto vacío de razones. Siendo así, es decir, de aceptarse ese presupuesto de partida, no cabría tachar de incoherente la banalización y hasta el abandono de la valoración de la prueba y del mismo proceso decisional como objeto de estudio. En efecto, pues ¿cuál podría ser el papel del derecho allí donde la sentencia fuera simple expresión del *motum animi* del que escribiera Ajello[9]?

Diría que la obra de Michele Taruffo expresa, ya en su punto de partida, una opción de campo. Tiene una esencial singularidad susceptible de calificarse de verdadera *negación de la mayor* en el oscuro contexto en que se sitúa, con algo de programático. Es la que se concreta en un potente cuestionamiento activo del infracultural estado de cultura procesal al que se ha hecho referencia, que no era más que la ideológica racionalización del modo más irracional de concebir la jurisdicción, a la sazón vigente[10].

Tratándose como se trata, de una obra prácticamente inabarcable, y muchísimo más en un texto como este, en lo que sigue se hará referencia a algunos de sus aspectos, a mi juicio, más destacables y de un modo meramente indicativo[11].

6. Massimo Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1974, pp. 12-13.
7. «En el proceso penal, como la sentencia ha de basarse en un estado de conciencia de los miembros del tribunal, en un juicio crítico interno que se proyecta al exterior para sentar afirmaciones de lo que se estima justificado o de aquello que no se entiende debidamente acreditado, *no hay por qué razonar*, y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o sentenciadores. La ley quiere simplemente que formen un estado de juicio, de conciencia, de opinión y que tal estado se proyecte al *resultando* de los hechos probados» (Jesús Sáez Jiménez y Epifanio Fernández de Gamboa, *Compendio de derecho procesal civil y penal*, Santillana, Madrid, 1968, IV, pp. 1288). Se trataría, así de una convicción que «debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores», de modo que «el tribunal no puede, ni debe dar explicaciones», se dice en una paradigmática sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978»
8. F. Cordero, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milán, 1966, p. 230.
9. Raffaele Ajello, *Arcana iuris. Diritto e política nel settecento italiano*, Jovene editore, Nápoles, 1976, p. 341.
10. Ejemplar al respecto es el punto de vista de Vincenzo Cavallo (*La sentenza penale*, Jovene, Nápoles, 1936, p. 333) que definía la motivación como «una racionalización *a posteriori* del acto de intuición en el que él veía la "esencia" de la sentencia» (cit. por Ennio Amodio, «Motivazione della sentenza penale», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffré, Milán, 1977, p. 184, nota14). A «ese aspecto intuitivo que también permite la inmediación, y no de tan fácil explicación, [que] no debe ser olvidado», se refiere la sentencia 27/2012, de 8 de junio, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid.
11. Como es obvio, en este escrito se discurrirá regularmente sobre la obra de Michele Taruffo, que será citada de manera expresa solo cuando las tomadas sean expresiones literales.

LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA

Studi sulla rilevanza della prova[12] es el primer libro de Michele Taruffo. Su título se refiere al juicio acerca de la pertinencia y posible relevancia de los medios de prueba propuestos por las partes, que debe hacer el juez o tribunal en un momento de proceso. Pero me parece que, en el contexto de la obra de nuestro autor, tiene algo de declaración de principios y de enunciación de un proyecto de largo alcance —que pasará por reconocer a la *quaestio facti* toda la importancia que ciertamente tiene[13]— del que su dedicación posterior, la de toda una vida, será algo así como un ejemplar *work in progress.*

Se trata de un libro de juventud que denota una extraordinaria madurez. Primero, en la elección del asunto: el juicio anticipado de inherencia al caso y de relevancia de las pruebas propuestas por las partes[14]; entonces e incluso ahora, frecuentemente *despachado* en la práctica como un mero trámite[15], a pesar de que, tomado en serio, presupone toda una concepción de la prueba, susceptible de condicionar su tratamiento y el sentido de la decisión. En efecto, pues el juicio de relevancia impone al juzgador «una apreciación anticipada e hipotética, en torno al valor de la prueba *como concreto instrumento de conocimiento*»[16], cuya práctica rigurosa exige claridad acerca de la estructura lógica del fenómeno probatorio. Y tal es realmente el tema objeto de la obra, visto en la compleja pluralidad de sus implicaciones, en buena parte de método.

Cuando, tratándose de la práctica forense, lo habitual es hablar de hechos, cual si estos entrasen en el proceso como tales, Taruffo advierte de que el material con el que opera el juez está constituido por proposiciones descriptivas que los tienen como objeto. Algo que podría parecer obvio, pero que, incluso ahora, dista de serlo, y cuya reflexiva asunción como criterio-guía tendría que determinar un cambio esencial en la conciencia del jurisdicente y, con ello, en la naturaleza de su discurso y en la forma de aproximación a la experiencia probatoria. Por otro lado, es claro que se trata de la *quaestio facti*, pero también que esta ha de abordarse en la relación con las normas atinentes a la *quaestio iuris*; lo que debe hacerse sin incurrir en alguna forma de reduccionismo de una a otra, pues, aun en esa su unidad/distinción, lo cierto es que cada una tiene sus propias reglas que no cabe dejar de lado. En este contexto, se introduce la diferenciación de los

12. Cedam, Padua, 1970.
13. Rompiendo con una inercia ya denunciada por Piero Calamandrei: «Existe entre los abogados y los magistrados [añadiría que no solo] cierta tendencia a considerar como materia de inferior categoría las cuestiones de hecho», *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. cast. de S. Sentís Melendo, C. Finzi y N. Alcalá-Zamora, a partir de la 3ª edición italiana, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 165.
14. Es un juicio provisional sobre la relevancia de las pruebas propuestas, llevado a cabo por el juez a partir de los datos extraíbles del *thema probandum*, fijado también por él de manera provisional, en cuanto destinado a experimentar modificaciones o integraciones a tenor de lo que pudiera ir resultando del juicio.
15. Al respecto, Taruffo subraya la dificultad que el modo habitual de producirse la jurisprudencia ofrece para la realización de un trabajo de campo en la materia, por el endémico déficit de motivación que aqueja —tanto en las resoluciones específicas relativas a la admisión de pruebas, como en las sentencias definitivas— a todo lo relacionado con la cuestión de hecho (*ibid.*, p. 60).
16. *Ibid.*, p. 11 (cursiva añadida).

hechos objeto de discurso en principales y secundarios, fundamental, porque conlleva relevantes consecuencias metodológicas[17].

Y, siempre dentro del mismo terreno del método, me parece de singular importancia, también por lo innovador en el ámbito de la disciplina (estamos en 1970), el esfuerzo crítico dirigido a hacer luz sobre la naturaleza de la actividad gnoseológica desarrollada por el juez en el área de que se trata. Sobre el carácter inductivo de las relaciones lógicas que establece entre los datos fácticos con los que opera, en la realización de las inferencias que le permiten transitar de una o varias proposiciones particulares a otra igualmente particular, para avanzar en el conocimiento. En este punto —le constará a quien tenga alguna familiaridad con los usos del foro— la tendencia ha sido y es a atribuir al juicio de hecho un carácter deductivo, capaz de dotar a sus conclusiones de una certeza de esta calidad[18]. Y aquí entra, ilustra Michele Taruffo[19], la función que, en la línea marcada por Stein en su clásica obra[20], se ha adjudicado a las máximas de experiencia, cual si el *id quod plerumque accidit* fuera susceptible de formalizarse en alguna suerte de reglas generales de validez universal. Es cierto que esta propuesta se afianzó en su momento como una forma de reacción frente a las tesis de la escuela del derecho libre. Pero, en la voluntariosa aceptación del planteamiento y, en general, en el acreditado apego en medios judiciales al modelo silogístico, tiene también, según creo, algún papel, cierto subconsciente institucional para el que en la aceptación como (*solo)* probable del tipo de conocimiento que nutre las decisiones judiciales, se juega una cuestión de prestigio corporativo[21].

La obra, en fin, cuenta con un imponente aparato bibliográfico que, con toda pertinencia, por razón de la materia, desborda amplísimamente los límites del derecho procesal y, en general, de lo jurídico. En un ejercicio, imprescindible, de fusión cultural que, a partir de aquí será «marca de la casa», una seña de identidad inequívoca de la reflexión, siempre del más *ampio respiro*, de Michele Taruffo.

17. Michele Taruffo se ocupará de forma mucho más detallada de esta relevante distinción en *La prova dei fatti giuridici*, Giuffré, Milán, 1992; trad. cast. de Jordi Ferrer, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2011 (por la que se citará). Cfr. en particular, pp. 113 ss.
18. Michele Taruffo ve en la «tendencia a la "silogización"» una actitud ideológica del juez, destinada a «dar una apariencia de necesidad a la motivación». Cfr. *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padua, 1975; hay trad. cast. de L. Córdova Vianello, *La motivación de la sentencia civil*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México DF, 2006. Nueva edición, con un prólogo del autor, por Trotta-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Madrid, 2011 —por la que se citará—, pp. 151 ss. (En ambos casos, se ha prescindido del capítulo séptimo, relativo al control de la motivación en Casación, en el ordenamiento italiano).
19. *Studi.*, cit., pp. 197 ss.
20. Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, trad. cast. de A. de la Oliva, Temis, Bogotá, 1988.
21. Michele Taruffo ha visto bien, en la tendencia a considerar la justificación de la decisión judicial en clave silogística, «el uso consciente e instrumental de una cierta forma lógica con la finalidad de darle a la motivación una apariencia de necesidad» (*La motivación*, cit., p. 162, nota 26).

LUZ SOBRE EL DEBER DE MOTIVAR LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Al trabajo que acaba de examinarse, no mucho tiempo después, en 1975, Michele Taruffo sumaría otro igualmente fundamental: *La motivazione della sentencia civile*, ya citado. De nuevo, pues, *il Nostro*, opta por medirse con un tema de verdadero calado, para hacerle objeto de un tratamiento rigurosamente innovador y profundamente interdisciplinar.

En la primera página subraya, como una peculiaridad del asunto en ese momento, el modo como «ha sido abordado», matizando enseguida que «tal vez sería más exacto decir: […] no ha sido abordado»[22]. Y es verdad, ya que también aquí tuvo que partir nuevamente de cero, o por debajo de cero, dada la necesidad de *desescombrar* el campo de falsas nociones, antes de poner la primera piedra del nuevo edificio teórico. En efecto, pues en la literatura existente sobre la motivación, prevalecía un planteamiento de acusado formalismo normativista y de completa ajenidad a la esencial dimensión no-jurídica del asunto. En concreto, en la bibliografía italiana, a comienzos de los años 70 del pasado siglo, a propósito de la sentencia penal, que es lo que más me consta (fuera de la citada obra de Cavallo, que tenía bien poco que decirle a Michele Taruffo), apenas se contaba con las breves monografías de Ennio Amodio (ya citada) y de Benedetto Pellingra[23], y con un reducido número de artículos de distintos autores, centrados en aspectos puntuales de la sentencia. En España, en la misma época, no haría falta decirlo, el panorama era bastante más triste[24].

Michele Taruffo partirá de dos datos. Primero, el aludido del doctrinal estado de la cuestión, con la prevalencia de una perspectiva estrechamente exegética: la motivación como requisito jurídico-formal y su ausencia como vicio controlable en casación. Y, después, la habitual caracterización de la correspondiente actividad del juzgador según el esquema silogístico (a la que ya se había referido anteriormente, según se ha hecho constar).

22. *Ibid.*, p. 27: en la nota 1 se citan los dos únicos trabajos de Colesanti (un artículo en alemán, del que allí se da la referencia completa) y de Ennio Amodio, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, reseñado en la edición de 1967, publicado por Giuffré, Milán, ese mismo año. Del autor, sobre el argumento, puede verse la voz «Motivazione della sentenza penale», citada en nota 10.
23. Benedetto Pellingra, *La motivazione della sentenza penale*, Giuffré, Milán, 1974.
24. Véase al respecto Francisco Ramos Méndez, *Derecho procesal. Guía para el estudio científico y profesional*, Librería Bosch, Barcelona, 1978, para la sentencia civil, pp. 148-150 y para la sentencia penal p. 389. Sobre esta última hay que citar, de Miguel Fenech Navarro, *Enjuiciamiento y sentencia penal,* (Universidad de Barcelona, discurso inaugural del año académico 1971-1972), Barcelona, 1971. En ella no se hace la menor alusión a las particularidades del juicio de hecho. Hay un momento (p. 91) en que se afirma que «el enjuiciamiento debe reflejarse en la sentencia de modo esquemático» pero, en realidad, el autor está pensando en la satisfacción de las exigencias de forma del artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ninguna referencia, pues, a la justificación de la decisión en la materia. Al tratar de la *quaestio iuris*, sigue idéntico criterio, pero, al menos se postula el deber de plasmar en la sentencia «todo el *iter* lógico que ha desembocado en la calificación, no solo de orden legal, sino doctrinal» (p. 99).

Frente al general desconocimiento de la vertiente no-jurídica, fundamental, de la motivación, Michele Taruffo la abordará en su dimensión discursiva, en su estructura lógica de conjunto articulado de proposiciones significativas, vehículo de apreciaciones y juicios de valor y, por eso, dotada de una propia sustantividad y cargada del sentido puesto en ella por el decisor. Luego, lo hará también contemplándola como un hecho, un comportamiento o el resultado de un comportamiento de su autor. Esto es, desde la posición del destinatario o del lector externo para quien, de no hallar en ella la imprescindible coherencia con los antecedentes probatorios, o la justificación razonable de la decisión expresada en el fallo, gozará de un valor indiciario o sintomático sugestivo de una disociación entre los motivos expresados y la auténtica *ratio decidendi*, útil para poner en la pista de las razones realmente constitutivas del criterio del juzgador, y para dotar del necesario fundamento a una impugnación.

Michele Taruffo se refiere críticamente a la consideración habitual de la «lógica del juez» como un todo unitario[25], advirtiendo de que la misma experimenta una bifurcación a tenor de los dos distintos momentos en los que se proyecta, el del juicio y el de la motivación, obviamente interconectados, pero irreductibles el uno al otro. El primero esencialmente valorativo, con criterio racional, de los elementos emergentes en el cuadro probatorio y del procedimiento seguido para su obtención; el segundo justificativo-explicativo de las opciones de diversa índole, una vez producidas.

Encuentro de particular interés el tratamiento crítico de la teoría del silogismo judicial[26], que ve en la motivación una forma de llamar a las premisas de lo que, como conclusión deducida lógicamente de estas, sería la decisión contenida en el fallo. Una concepción enormemente difundida en la época y con un papel esencialmente ideológico en el modo de concebir el razonamiento del juez. En un momento en el que el modelo había dejado de desempeñar el cometido ingenuamente garantista asignado por el pensamiento ilustrado[27].

Las consideraciones al respecto se concretan en una doble denuncia del carácter mistificador del modo de (hacer) ver la función jurisdiccional propio de esta concepción. Primero, porque no distingue el doble contexto de la actividad de referencia, el dirigido a la formación de la decisión y el relativo a su justificación. Y, después, porque tampoco identifica el modo de ser real del juicio. En efecto, pues, de un lado, no da cuenta de lo que el tratamiento de la *quaestio facti* tiene de actividad creativa y compleja en la formación de las premisas, que el juez debe *construir* con los materiales del

25. Es paradigmática al efecto la obra de Guido Calogero, *La lógica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Cedam, Padua, 1964, de enorme seguimiento en la época.
26. *La motivación*, pp. 151 ss.
27. Manuel Atienza (*Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 249) se pregunta «¿qué queda hoy del silogismo judicial?». Y si lo que queda no será «simplemente, la necesidad de que las motivaciones de los jueces cuenten con una "justificación interna"». Sería partidario de cambiar la conjetura en la afirmación de un *desideratum*, en el sentido de que, de la consideración de la sentencia *sub specie* de silogismo es, en efecto, esencialmente, lo que *debería* quedar. Y no sería poco que los jueces, situando todo lo relacionado con la premisa menor donde metodológicamente le corresponde, utilizasen con rigor ese recurso lógico para asegurar la coherencia de la resolución.

cuadro probatorio; y, de otro, no deja espacio para los momentos de opción en materia interpretativa (y cognoscitiva en general), ni para el propio de la calificación jurídica, operaciones sin cabida en la premisa mayor.

Por eso, concluye bien, el paradigma no tiene un carácter descriptivo sino prescriptivo, que discurre en la aludida clave ideológica, ya que difunde una imagen irreal del modo de operar judicial, como dotado de un cierto automatismo, que, supuestamente, llevaría, además, a la decisión justa. Y otra de similar perfil del propio ordenamiento, como instrumento hábil para la resolución de los conflictos por la vía de una lineal cadena de pasajes lógicos. Así, es decir, concebida en clave silogística, la motivación sería más bien un instrumento para «imponer la decisión», por el procedimiento de «demostrarla, más que justificarla», en virtud de un supuesto imperativo de «necesidad racional»[28].

Michele Taruffo dedica interesantes consideraciones a la perelmaniana teoría de la argumentación jurídica, al modelo retórico-argumentativo de la decisión judicial. La tesis de fondo es que el razonamiento jurídico no puede ser definido como lógico sino como razonable, por su carácter «dialéctico-práctico, relativo esencialmente a valores y a elecciones de valor»[29]. Un planteamiento que estima fundado en el sofisma de que el modo de discurrir del juez, al no ser de carácter deductivo-demostrativo, no sería lógico sino exclusivamente valorativo y, como tal, llamado a discurrir en exclusiva por los cauces de la argumentación retórica. Es por lo que, entiende, la concepción de Perelman únicamente sería aplicable al discurso justificativo del juez, pero no al propiamente decisorio. Y que, incluso tomado solo en esa perspectiva, daría problemas, pues la teoría de la argumentación cifra el carácter racional de esta, no en la existencia de nexos lógicos, sino en su idoneidad para suscitar el consenso del auditorio al que va dirigida. Cuando resulta que el concepto se revela como «la manifestación de una ideología conformista y conservadora de la racionalidad», que remite el asunto al campo de «los prejuicios y los lugares comunes»[30]. Al propio del «sentido común», que tantísimas veces es algo bien distinto del «buen sentido»[31], que es el que debería que prevalecer en una actividad como la jurisdiccional, en la que los criterios de decisión legítimamente utilizables no tienen como fuente el coyuntural consenso social, sino la racionalidad cognoscitiva, la constitución y la ley.

28. *Ibid.*, p. 167.
29. *Ibid.*, p. 187-188.
30. *Ibid.*, pp. 194-195.
31. «Se vio que era un desahogo secreto de la verdad, una confidencia doméstica: el buen sentido existía, pero estaba escondido por miedo al sentido común» (Alessandro Manzoni, *I promessi sposi*, edición de L. Caretti, que incluye también *Storia della colonna* infame, Mursia, Milán, cap. XXXII, p. 388). Precisamente, esta reflexión crítica del autor se sitúa en el contexto de la más general relativa al tristemente famoso proceso a los *untori* milaneses, verdadera «caza de brujas» bajo la delirante acusación del delito, de ejecución imposible, supuestamente consistente en difundir la peste en la ciudad, embadurnando algunas paredes con un líquido contaminante. El sentido común, escribió Antonio Gramsci, haciéndose eco de la distinción de Manzoni: «es un concepto equívoco, contradictorio, multiforme […] Referirse al sentido común como prueba de la verdad es un sinsentido» (*Quaderni del carcere*, edición de V. Gerratana, Einaudi, Turín, 1975, vol. II, p. 1483).

Pero —es la conclusión de nuestro autor— la circunstancia de que la teoría a examen no ofrezca un modelo idóneo para dar cuenta del modo de resolver judicial en sus dos vertientes, no significa que carezca en absoluto de aplicación a este, en el que hay momentos en los que la argumentación persuasiva está llamada a jugar un papel.

Creo que el núcleo duro de la obra a examen está en el contenido del capítulo quinto, sobre «La estructura racional del juicio y de la motivación», de singular importancia por lo innovador del planteamiento, dado el contexto en que se inscribe, y por su rigor analítico, que lo hace especialmente útil en la perspectiva del juez, hasta aquí, diría, condenado a tener una (falta de) visión de su propio modo de operar en la materia, asimilable a la del «burgués gentilhombre», de Moliere, a propósito del modo de hablar.

El razonamiento judicial es abordado como una entidad compleja, formada por elementos que responden a distintas lógicas, articulada en dos planos o *contextos*: el que versa sobre la decisión y el relativo a la justificación de esta. Ello permite hablar del juicio-actividad como procedimiento básicamente inferencial y del juicio-discurso que conduce al resultado final; con presencia en ambos de momentos de razonamiento lógico y de otros de valoración. Para una adecuada inteligencia, en particular, del *modus operandi* en el desarrollo del primero, resulta útil el concepto de opción, porque «el juez decide […] en la medida en la que elige»[32] entre diversas alternativas, que él se habrá planteado previamente como tales, en el desarrollo del juicio.

Así se está en presencia de dos diversas maneras de operar. En el primero de los planos, siguiendo un procedimiento heurístico-hipotético, el propio de una fase de búsqueda o de investigación, con el criterio-guía de representado por una hipótesis de trabajo. En el segundo, destinado a la identificación de la norma aplicable, prevalecerá una actividad de carácter interpretativo, con la formulación o representación también de distintas opciones en la materia, obviamente condicionadas por las ya efectuadas en el momento precedente. Con la particularidad de que los dos están estrechamente interconectados. Primero, en el punto de partida, porque, en este marco, si un hecho interesa es solo en razón de su posible relevancia jurídica. Y luego porque, en la elaboración de la sentencia, *la marcha* no es unidireccional sino que se resuelve en un cierto ir y venir entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*[33].

La relación que media entre juicio y motivación no es simétrica y, por eso, «el razonamiento decisorio no puede ser visto como el significado del discurso que constituye la motivación»[34]. En esta se trata de justificar, pero no solo la decisión finalmente alcanzada sino también, antes, la sucesión de las opciones producidas en el proceso de

32. *La motivación*, cit., p. 209.

33. Como ha escrito Luca Passanante: «Es incontestable, con referencia a cualquier tipo de proceso […] que, por un lado, la perspectiva jurídica orienta el juicio de hecho y que, por otro lado, el juicio de derecho sufre significativas implicaciones del juicio de hecho», que es por lo que considera hoy insostenible la pretensión de establecer una neta separación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, fundamento de la casación histórica (ponencia expuesta el 11 de noviembre de 2020 en el seminario *Passato e futuro della Cassazione – A cent'anni dalla «Cassazione Civile» di Piero Calamandrei*, organizado por la Escuela Superior de la Magistratura - Estructura de formación descentralizada de la Corte de Casación, p. 9).

34. *Ibid.*, p. 249.

formación de sus presupuestos; ya que de otro modo aquella sería ficticia, una forma de disimulación u ocultación del uso de una discrecionalidad, así sin justificación.

POR FIN, A LA *QUAESTIO FACTI* TODO LO QUE LE PERTENECE

De *La prova dei fatti giuridici*[35] de Michele Taruffo ha escrito Maximiliano Aramburo que es «sin duda su obra cumbre» y «constituye quizás el trabajo de fundamentación teórica de la prueba judicial y del razonamiento probatorio más importante y más completo que se haya escrito en el mundo latino»[36]. (Estoy seguro de que el autor de esta apreciación me permitiría prescindir del adverbio y convertir su juicio en una afirmación rotunda y, tal vez, no solo referible al mundo latino).

Diré, de entrada, que este gran libro tiene una bien plástica virtud implícita. Desde hace años, en muchas ocasiones en las que (modestamente) he discurrido sobre la dimensión epistémica del enjuiciamiento, para tratar de persuadir a los profesionales destinatarios de mis palabras de la relevancia teórico-práctica de esta perspectiva, he recurrido, como metáfora, a una imagen. La de esa obra imponente de medio millar de páginas dedicadas de forma monográfica a «la prueba de los hechos» como tema, escrita por un procesalista y que, no obstante, *no habla* —sino solo muy tangencialmente— *de derecho*[37]. Y diría también que, más allá de la anécdota, tal constatación dota a esta impagable aportación de nuestro autor de un importante valor añadido: el de haber contribuido decisivamente a hacer visible, sacándola a la luz, esa vertiente por completo fundamental en la materia, que ha permanecido oculta para generaciones de

35. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, cit. de la que tomaré las citas literales. Me parece que es el momento de decir que Michele Taruffo, por ser un teórico del derecho (en sentido fuerte), y también un filósofo, incluso un epistemólogo, no dejó de ser nunca un procesalista, en el sentido de estudioso de las formas y mecanismos del proceso, en su caso, civil. Lo acreditan obras como *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Il Mulino, Bolonia, 1980; *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile* (Cedam, Padua, primera edición de 1984, fundada con Federico Carpi y Vittorio Colesanti), de la que era codirector, y que ha llegado a la novena edición. Y la escrita con Corrado Ferri y Luigi Paolo Comoglio, *Lezioni di diritto processuale civile* (Il Mulino, Bolonia, primera edición de 1995, y después sucesivamente reeditada). También cuidó algunas obras sobre las más importantes reformas del proceso civil: *Le riforme della giustizia civile*, Utet, Turín, 2000 e *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bolonia, 2010. A estas publicaciones dedicadas a lo que convencionalmente se tiene por Derecho Procesal Civil (aunque en su caso el tratamiento nunca fuera convencional) habría que unir un inabarcable número de artículos, por no hablar de los cuarenta años de docencia. Esta versatilidad increíble, con la también increíble aptitud para moverse en uno y otro terreno con idéntica solvencia, me permitió bromear con él más de una vez acerca de su sorprendente capacidad para «transitar del litisconsorcio pasivo necesario a la epistemología del juicio y las teorías de la probabilidad, como si tal cosa», con lo que, más allá de la broma, le expresaba la más profunda admiración.
36. Maximiliano Aramburo es autor de una tesis doctoral (en curso de publicación por Marcial Pons) sobre la obra de Michele Taruffo, de la que es un excelente conocedor, por tanto. La cita está tomada de la necrológica «Para Michele Taruffo», que he leído en su versión mecanográfica.
37. Lo expresa cabalmente Michele Taruffo: «la valoración de la prueba se sustrae al ámbito de las reglas jurídicas a partir del momento en que es atribuida al juez en lugar de al legislador: resulta así evidente que el fenómeno de la prueba no puede (o no puede ya) disolverse en las normas que lo regulan» (*La motivación*, cit., p. 23).

juristas bajo la envoltura jurídica[38]. Aunque hay que decir que no es exactamente esta, por otro lado, imprescindible, la responsable de lo acontecido, sino el reduccionismo y la unilateralidad de los tratadistas[39]. En efecto, pues lo cierto es que en la dimensión epistémica del asunto radica la verdadera, incluso obvia, razón de ser de gran parte de los preceptos, por ejemplo, de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dedicados a la disciplina probatoria. Porque el proceso, pienso en el penal, de no ser un instrumento hábil para la obtención de un conocimiento de calidad sobre hechos que interesan al derecho, sería un puro ritual de castigo. Y lo que —en una concepción de aquel que no merezca esta consideración— da sentido a la prueba judicial, es, si tomada en serio, su aptitud para desempeñar tal cometido.

Siendo así, es de lo más coherente que en el punto de partida de sus reflexiones Michele Taruffo se plantee el problema de la verdad que, entiende, por ser judicial y obtenida a través del proceso, con fines jurídicamente determinados, no puede tener un sentido distinto —«ninguna diferencia de fondo»[40]— del denotado con el término en otros campos del conocimiento. De ahí que su apuesta sea clara: en el proceso la verdad es posible y, además, necesaria. Y relativa, como ocurre siempre, en cuanto condicionada por los medios puestos en juego para obtenerla.

Al igual que en las dos obras anteriormente examinadas, nuestro autor pone de relieve que los hechos cuya verdad se trata de determinar en el proceso, son identificados mediante criterios de naturaleza jurídica, es decir, son tales porque interpelan a alguna norma de este carácter. También que no se trata de objetos con existencia material y que, si pueden dar lugar a una causa, es porque, incluso de haber existido, pertenecerán al pasado (aun en el supuesto de que sigan produciendo efectos). Por eso, solo se puede operar *con ellos* de una forma indirecta, recurriendo a los enunciados mediante los que los referimos, que es de los únicos que cabe predicar verdad o falsedad.

Del modo a que acaba de aludirse, los hechos, es decir, los enunciados correspondientes, acceden al proceso formando *un caso*, cuya morfología presenta siempre cierta complejidad inevitable, que obliga a actuar en relación con ellos de una forma gradual, por pasos. Y no tienen todos idéntico rango. Aquí entra en juego una distinción ciertamente crucial, entre los definidos como «principales», en sí mismos jurídicamente relevantes, y los «secundarios», que lo son solo lógicamente en el curso de un proceso inferencial, por su aptitud para llevar a otros. Una distinción de valor en el tratamiento de los medios de prueba, que contribuye a poner el orden necesario en el modo de proceder en el ámbito del enjuiciamiento.

38. Sobre este asunto he discurrido con cierto detalle en el capítulo dedicado, precisamente, a «Las dos dimensiones del enjuiciamiento», en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, pp. 229 ss.
39. Lo apuntan bien Daniel Mendonca y Jordi Ferrer en «A modo de presentación»: «es fácil constatar que [el tema de la prueba judicial] en nuestra cultura jurídica ha sido abordado principalmente desde la dogmática procesal y con un enfoque en gran medida centrado en la descripción de la regulación jurídica» (*La prueba*, cit., p. 11).
40. *Ibid.*, p. 74.

Michele Taruffo, de cuya apuesta en favor de la consideración del proceso como medio idóneo para establecer una verdad fáctica ya se ha hablado, dirá ahora que «el núcleo del problema» radica en dilucidar «qué puede entenderse por verdad» en este ámbito y de qué modo podría alcanzarse[41]. Y dado que el proceso tiene necesariamente que ver con el mundo real donde opera y, precisamente, para producir efectos en él, puede decirse que reclama una idea de verdad de los hechos entendida como correspondencia con la realidad empírica. Es por lo que en esta obra se decanta por la teoría semántica de Tarski[42], debido a que «sirve para definir *el concepto de verdad*, mientras que las otras concepciones [únicamente] ofrecen distintos *criterios* para determinar[la]»[43].

Esta opción, innovadora, no puede ser más acertada, como cabe advertir tomando como referencia la actividad cognoscitiva del juez en el proceso penal. En efecto, pues para alcanzar un nivel ideal de rigor en la formulación de los enunciados que en la sentencia judicial constituyen los «hechos probados», será preciso: primero, que en el plano del lenguaje legal (*lenguaje objeto*, porque es el lenguaje sobre el que se va a discurrir) los enunciados denoten como delito auténticos hechos, taxativa y unívocamente descritos (ej.: el denotado con la previsión «el que matare»). Después, disponer de otro lenguaje (*meta-lenguaje*) semántico, igualmente riguroso, pero que ha de ser más rico que el anterior, es decir, que el lenguaje legal (*lenguaje objeto*). Este segundo tipo de lenguaje es aquél con el que opera, en nuestro caso, el juez. Tiene que ser riguroso para que no se pierda la precisión descriptiva que garantiza el tipo delictivo; y más rico, porque con él ha de poder hablar de las proposiciones del mismo tipo legal, del hecho empírico al que este se refiere, y de la relación de correspondencia entre aquellas y este.

El planteamiento de Tarski sirve para diseñar un modelo, en este terreno inalcanzable en su plenitud, pero al que —como bien dice Michele Taruffo— hay que tender celosamente. Debería hacerlo el legislador, para que sus definiciones contengan referencias empíricas bien precisas. Los teóricos del derecho y juristas en general, contribuyendo con rigor a la elaboración de ese *meta-lenguaje* que es el de la ciencia jurídica, orientado reflexivamente a servir de instrumento para la finalidad señalada. Y, en fin, los jueces, mediante un esfuerzo cultural serio, dirigido a hacer un uso respetuoso y fiel del lenguaje legal, sirviéndose para ello de categorías jurídicas cuyo rendimiento esté bien contrastado. Un cuidado equivalente debe presidir el uso del lenguaje común en la elaboración de los hechos objeto destinados a ser subsumidos en las descripciones legales.

Enseguida Michele Taruffo escribirá páginas espléndidas arrojando luz sobre el concepto de verosimilitud y acerca de la noción de probabilidad y su posible juego en el contexto, dejando constancia en cuanto a esta de la falta de aptitud del cálculo cuantitativo de ese carácter para procurar una aproximación racional al juicio de hecho.

41. *Ibid.*, p. 168.
42. Alfred Tarski, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, trad. cast. de E. Colombo, Nueva Visión, Buenos Aires, 1972. Fue también la opción de Luigi Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. cast. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Madrid, 10ª edición, 2008, pp. 48-49.
43. *La prueba*, p. 170.

Algo distinto de lo que ocurre con «la idea de la probabilidad lógica como relación de confirmación entre una hipótesis y los elementos que fundamentan su aceptabilidad»[44].

Y es que de eso se trata en el proceso, de operar con hipótesis idóneas para explicar lo que pudiera haber ocurrido en el caso, a partir de la información probatoria disponible, formada por datos relativamente inciertos. Hipótesis normalmente escindibles en subhipótesis, cada una de las cuales gozará de la capacidad explicativa que le permita el grado de probabilidad lógica de que gocen los elementos de prueba de sustento. Aquí el juzgador se mueve en un marco de alternativas posibles que le sitúan ante la necesidad de optar, en lo que será un ejercicio de discrecionalidad inevitable, donde deberá decantarse por la hipótesis que goce del mayor grado de confirmación lógica a tenor de las pruebas en presencia.

En este punto hay que decir que se debe a Michele Taruffo la aportación relevante, consistente en haber introducido claridad en un tema de esencial importancia en la experiencia jurisdiccional, que, desde luego, la necesita. Me refiero a la fijación y al uso de los fundamentales conceptos de prueba directa (la que «versa directamente sobre la hipótesis»[45]) y prueba indirecta (la que acredita «la existencia de un hecho diverso de aquel que es afirmado en la hipótesis»[46]), rompiendo con una rancia tradición (aún muy vigente en nuestra jurisprudencia[47]) en virtud de la cual el criterio de demarcación entre ambos conceptos se cifraba en que objeto *de la percepción sensorial del juez* puede ser «el hecho mismo que se debe probar o un hecho distinto»[48]. Predicando de los hechos una realidad actual, una visibilidad y una transparencia que no tienen y que ni siquiera es atribuible a los enunciados con los que los nombran las partes procesales.

Michele Taruffo se detiene luego y dedica páginas ejemplares por su claridad a una importante cuestión de método: la que resulta de la contraposición de los modos, «atomístico» y «holístico», de alcanzar la decisión. A tenor del primero, esta tendrá que fundarse en una pormenorizada consideración analítica de cada uno de los elementos de prueba, para evaluar su capacidad convictiva, antes de proceder a una valoración de conjunto, previa a la decisión. En el segundo, lo perseguido es una aproximación global, que llevará a decantarse por aquel relato de lo sucedido que sea el mejor entre los posibles, por su coherencia narrativa[49] y por su persuasividad, a tenor de un criterio que no sería exclusivamente probatorio, y de dudoso fundamento, por tanto.

44. *Ibid.*, p. 237.
45. *Ibid.*, p. 260.
46. *Ibid.*, p. 265.
47. En la jurisprudencia penal son innumerables las sentencias de todas las instancias en las que sigue hablándose de alguna clase de prueba (la testifical, en particular), como «directa», susceptible de percepción (exclusivamente) sensorial, en uso de la inmediación, en cuanto, supuestamente «clara y diáfana». Por todas, las de número 34/2018 y 532/2019 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y la de número 324/2020 de la Sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid.
48. Francesco Carnelutti, *La prueba civil* (2ª edición, 1947) con apéndice de G. P. Augenti, trad. cast. de N. Alcalá-Zamora, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 54.
49. Para una precisa inteligencia del concepto, cfr. Manuel Atienza, *Curso de argumentación*, cit., pp. 555-557.

No hará falta decir que, en virtud de su concepción de la prueba, nuestro autor opta por el primer modo de operar, básicamente, porque «la coherencia narrativa no tiene nada que ver con la veracidad de la narración»[50]. Pero no descarta una posible integración de ambos, sujeta a dos condiciones: que los hechos solo pueden entenderse acreditados en función de la capacidad explicativa de las hipótesis y por el resultado de las pruebas; y que el criterio de la coherencia del relato resultante puede ser un valor complementario, de modo que, en el supuesto de tener que elegir entre dos interpretaciones de conjunto, dos versiones fundadas ambas en hechos verdaderos, sería razonable hacerlo por la más internamente coherente.

La obra se cierra con un capítulo que cumple, por decirlo de algún modo, una función de enlace de la vertiente epistémica del enjuiciamiento con la propiamente jurídica. De enlace y podría decirse de *conciliación* de las dos, imprescindibles dimensiones de este. Y otro final, que establece los «elementos para un léxico de las pruebas», del todo pertinente, cuando el jurista *formado* en un tratamiento convencional de la materia, deberá aprender a nombrar perspectivas y momentos del desarrollo de la actividad probatoria no habituales en este último.

En 2009 Michele Taruffo volvería a discurrir sobre la verdad en el proceso, en un libro de bien expresivo título: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*[51]. Es la obra de un *senior*, ciertamente brillante por su enorme riqueza, por su densidad cultural, que desborda con mucho —nada nuevo tratándose de él— los límites del derecho procesal y, en general, los de las disciplinas jurídicas.

Aquí me limitaré a subrayar solo una idea, enormemente sugestiva. Es que, de nuevo en el planteamiento, la averiguación y el establecimiento de una verdad de hecho de calidad, se presenta como eje y fundamento del proceso, presupuesto de la justicia y fuente de legitimidad de la decisión judicial. Pero ahora el discurso al respecto se abrirá a una perspectiva de notable mayor amplitud. Es —dando por descontada la inescindible relación entre «verdad y justicia»[52]— la de la estrecha «conexión entre verdad y democracia»[53] y, por eso, el incuestionable «valor social»[54] de la primera como condición necesaria para la confianza del ciudadano en el estado, debido al papel que tiene atribuido en el modelo constitucional de la segunda. Donde, en efecto, la verdad tiene un «valor determinante […] como condición para el buen funcionamiento de las relaciones sociales»[55]. Por eso, puede decirse con el mejor fundamento, su papel en la experiencia jurisdiccional es *solo* el propio de un momento, por más que ciertamente relevante, dentro de un *continuum.*

50. *La prueba*, cit., p. 312.
51. Laterza, Roma-Bari, 2009; trad. cast. de D. Accatino Scagliotti, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, por la que se citará.
52. *Ibid.*, pp. 114 ss.
53. *Ibid.*, p. 111.
54. *Ibid.*, p. 109.
55. *Ibid.*, p. 111.

LA MILITANCIA POLÍTICO-CULTURAL DEL JURISTA

Ha escrito Luigi Ferrajoli que los «juristas están institucionalmente avocados a ser, por así decirlo, *reformadores de profesión*, en el sentido de que se les confía no ya la conservación del derecho vigente como tal, sino el análisis y la crítica» de las instituciones y los instrumentos jurídicos con los que operan en el habitual desarrollo de su trabajo[56]. El autor lo plantea como efecto del imperativo de adecuar el ser del derecho a su deber ser constitucional, propio de los textos fundamentales dotados de rigidez. Pero tengo para mí que, en el *modus operandi* en la materia que refleja la obra ejemplar de Michele Taruffo —que observó a rajatabla ese imperativo—, debió contar antes, como impulso, una fuerte autoexigencia de rigor y de honestidad intelectual en el modo de afrontar las cuestiones problemáticas que le salieran al paso. Expresión, por otra parte, de un *ethos* rigurosamente funcional a ese mandato. En efecto, pues, con paradoja solo aparente, las trascendentales aportaciones teóricas de Michele Taruffo relativas a la dimensión no-jurídica del ejercicio de la jurisdicción, como factor, el más idóneo, para potenciar la imprescindible racionalidad en el ejercicio de esta, han jugado un importantísimo papel en el reforzamiento práctico de las garantías procesales.

Esta actitud tuvo también expresión en sus intervenciones en distintos debates. De ellas haré referencia a la que considero más significativa[57].

Es la suscitada a propósito de la naturaleza del proceso civil y de los poderes del juez, dentro de él y en relación con las partes. En este punto, la posición de partida de Michele Taruffo enlaza con la de Chiovenda, en el sentido de que la acción es «un derecho autónomo de naturaleza pública […] que llama en juego a la autoridad del estado como medio y garante de la actuación de la ley», de modo que «el derecho sustancial sigue siendo privado pero el proceso en el que se hace valer es "público"», por el bien fundado interés estatal en la forma y la calidad de la actuación del orden jurídico[58]. A partir de este antecedente de fondo, en el punto de vista de nuestro autor, el proceso civil, institucionalmente «orientado a resolver controversias», debe hacerlo «mediante decisiones justas»[59], que, para serlo, habrán de fundarse en «criterios jurídi-

56. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 696

57. Además de la tratada en lo que sigue, remito a otra intervención del género, sin duda interesante. Es la recogida en Bruno Cavallone – Michele Taruffo, *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*, edición de M. Aramburo, Palestra editores, Lima, 2012. De muy distinto tenor, pero interesante dentro de la misma línea: Michele Taruffo, «Berlusconi teorico del diritto, de la giustizia e d'altro», en *Il Mulino*, n.º 379 (1998), pp. 901 ss.

58. Michele Taruffo, *La giustizia civile*, cit., p. 188. Giuseppe Chiovenda define su concepto de acción en *Principios de derecho procesal civil*, trad. cast. de la tercera edición italiana de J. Casals y Santaló, Editorial Reus, Madrid, 1922, vol. I, pp. 57 ss. Al respecto, cfr. asimismo Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, traducción y estudio preliminar de S. Sentís Melendo, prólogo de H. Alsina, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, vol. I, p. 395. El planteamiento de Chiovenda fue calificado de autoritario por Giovanni Tarello, que llegó atribuirle la condición de precursor de la ideología fascista de la codificación procesal. Cfr. al respecto, Michele Taruffo, voz «Chiovenda, Giuseppe» en I. Birocchi y otros (eds.), *Dizionario biográfico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Il Mulino, Bolonia, 2013, vol. I, p. 528.

59. Michele Taruffo, «Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio», ahora en *Páginas sobre justicia civil*, trad. cast. de M. Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 367. Predicar que la decisión producida en un

cos y racionales»[60]. Racionales para que lo resuelto se ajuste a la verdad de los hechos. Y jurídicos porque estos hayan sido tratados conforme a lo dispuesto en la ley. Tal modo de concebir el proceso, su «publicización», conlleva la atribución al juez de un papel directivo en el desarrollo de las actuaciones[61] y de cierta capacidad de iniciativa en materia probatoria[62], orientada, no a sustituir, sino, exclusiva y ocasionalmente, a complementar o integrar la de las partes, a las que no deja de corresponder el protagonismo en la materia[63].

Este planteamiento se separa abiertamente del propio de la ideología liberal clásica y actual sobre el modo de ser de la experiencia procesal en el orden civil, concebida como un cierto traslado del conflicto entre las partes a un espacio, el procesal, inspirado esencialmente en el principio dispositivo, que regiría, no solo el objeto del litigio, la iniciativa de dotarle de ese estatuto específico y de mantenerlo o no en esta situación, sino también en aspectos fundamentales de la gestión del proceso mismo, con la consecuencia de reducir al juez a la pasividad. Tal es la posición de partida en la materia de Franco Cipriani[64], el más caracterizado exponente de este punto de vista, para quien el «error de fondo», la cuestión nuclear de la concepción publicista, radica en la idea de que «el juez pueda tener en las causas civiles más protagonismo del que tienen las partes». Que es por lo que, a su entender, el Código Procesal civil italiano de 1940 sería «el código fascista por excelencia»[65]; que priva a estas de garantías, concediendo a

---

contexto procesal debe ser tendencialmente justa es algo que, en nuestro marco jurídico, donde la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento (artículo 1 de la Constitución española) que, como tal, vincula al estado en todas sus proyecciones, es lo obligado.

60. Michele Taruffo, «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa», trad. cast. de R. Gama, en *Doxa*, n.º 29 (2007), p. 266.
61. «Políticamente el impulso de oficio es tan poco autoritario como democrático el impulso de parte», escribieron Virgilio Andrioli y Gian Antonio Micheli (citados por Andrea Proto Pisani en «Il Codice di Procedura Civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuitá nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo», en *Quaderni fiorentini*, 28 (1999), pp. 727-728).
62. Una iniciativa que, explica Michele Taruffo, pertenece «a la técnica del proceso, y no al principio dispositivo en sentido estricto» (*Simplemente*, cit., p. 201).
63. En efecto, pues, partiendo del respeto de los términos de la controversia objeto del proceso, y en el respeto asimismo de las fuentes y medios de prueba introducidos por las partes, se trataría de volver, ocasionalmente, sobre estos estos, sobre lo aportado por ellos, con objeto de aclarar algún punto oscuro de la cuestión litigiosa.
64. Para una aproximación en detalle a esta posición del autor, cfr. *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1992; «Autoritarismo e garantismo», *Rivista di diritto processuale,* 1994, pp. 24 ss.; e «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.º 4 (2002), p. 1250.
65. *Ibid.*, p. 1244. Esta descalificación del Código Procesal Civil de 1940 como «fascista por excelencia» ha sido eficazmente cuestionada por Giancarlo Scarpari, en «Calamandrei e il códice: una storia infinita» (*Il Ponte*, 11 (2006): «se trata de una aserción tan perentoria como indemostrada, porque un código que reconoce al juez demasiados poderes discrecionales en orden a la conducción de proceso limitando el derecho dispositivo de las partes (o mejor, de sus abogados), puede estimarse veteado de autoritarismo, pero no ser definido por esto como fascista; y, por cierto, comparado con otros códigos, el procesal civil no incorporó elementos característicos de la dictadura como las normas corporativas, los principios de las leyes raciales ni recuperó la entera *Carta del lavoro*, como sucedió, en cambio, con el Código Civil; ni, sobre todo, podía "competir" con los códigos penales, que vieron la introducción de la pena de muerte, la previsión de una serie de delitos contra la libertad de pensamiento, penas disparatadas para los delitos contra la personalidad del estado,

aquel grandes poderes discrecionales. Una afirmación contestada por Michele Taruffo, a cuyo juicio los principios fundamentales del proceso de partes estarían salvaguardados en su integridad, en un texto legal que se inscribe en una corriente presente en los ordenamientos procesales de posguerra de muchos países europeos y que, no obstante las reformas experimentadas, se ha mantenido después vigente en la Italia constitucional y democrática, en lo que es el sustancial objeto del reproche[66]. Esta descalificación del Código Procesal Civil de 1940, en cuya redacción tuvo una relevante intervención Piero Calamandrei (junto con Carnelutti y Redenti), ha dado lugar a que el primero fuera también descalificado por Cipriani, con el argumento de que la suya no habría sido solo una contribución técnica, sino más bien el fruto de un compromiso ideológico con el régimen[67]. Me detendré brevemente en la consideración de este reproche, porque me consta personalmente que, por su falta de fundamento, hirió la sensibilidad de Michele Taruffo[68]. Y empezaré por decir que encuentro, cuando menos, curioso el *descubrimiento* de tal suerte de supuesta subrepticia proximidad o cripto-compromiso ideológico de Calamandrei con el fascismo, llevado a cabo por Cipriani, *a tavolino*, a más de medio siglo de distancia de la entrada en vigor de aquel texto. Una actitud que a Calamandrei le habría servido de bien poco, pues, incluso durante la redacción del código, no dejó de ser acosado por los escuadristas florentinos, y después tuvo que huir de Florencia y refugiarse en una aldea de Umbria para no ser detenido. Y de la que, más curioso todavía, no se habrían percatado sus propios contemporáneos, ni siquiera los más próximos. Por cierto, algunos tan políticamente sensibles y caracterizados como

una disciplina férrea y represiva en lo concerniente a la libertad personal de los imputados» (no cito página porque me sirvo de la versión mecanográfica del texto). También Andrea Proto Pisani, ha cuestionado ese calificativo, entendiendo que lo que hay es la «prevalencia del componente publicista sobre la privatista», a la vez que habla de la «compacta defensa [del texto por los] procesalistas», en «Il Codice di Procedura Civile», cit., p. 725, donde llama la atención sobre la tardía reacción de Cipriani, que «solo […] en una serie de estudios publicados a partir de 1992, comenzó a lanzar su ataque frontal al juicio de cognición tal como se encuentra disciplinado en el Código Procesal Civil [que entró en vigor en] 1942, acusándolo sin ambages de autoritarismo» (*ibid.*, pp. 736-737).

66. Para Michele Taruffo, el del Código de 1940 no es «un juez que pueda ir autónomamente en busca de la verdad de los hechos controvertidos, sino más bien un juez que, estando en principio vinculado a las iniciativas probatorias de las partes, dispone excepcionalmente de algunos poderes probatorios para integrar de manera ocasional y marginal las fuentes de comprobación de los hechos ofrecidas por las partes» (*La giustizia civile in Italia*, cit., p. 264, y, sobre ese texto legal en general, pp. 253 ss.). De nuestro autor, cfr. asimismo: «Quel códice non era fascista», en *Corriere della sera*, 9 de abril de 2006; «Poderes probatorios», cit., pp. 256 ss.; y «Calamandrei e le riforme del processo civile», en *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, edición de P. Barile, Giuffré, Milán, 1990, pp. 129 ss. Últimamente, en el mismo sentido, véase G. Alpa, S. Calamandrei y F. Marullo di Condojanni (eds.), *Piero Calamandrei e il nuovo codicie di procedura civile (1940)*, Il Mulino, Bolonia, 2018; en particular, de Romano Vaccarella, «Il contributo de Calamandrei al nuovo códice», pp. 259 ss. Crítico también con la posición de Cipriani es Joan Picó Junoy, *El juez y la prueba*, Bosch editor, Barcelona, 2007, pp. 114 ss. y *passim*; y «El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en *Cuestiones jurídicas*, I (2012), pp. 11 ss.
67. Cfr. al respecto Franco Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2ª edición, 2009.
68. En «Quel codice», cit., Giancarlo Scarpari ha atribuido el juicio de F. Cipriani a «lecturas parciales, deducciones aventuradas y consideraciones políticas extravagantes» (en «Calamandrei e il códice», cit.).

Dante Livio Bianco y Giorgio Agosti[69], relevantes protagonistas de la lucha armada partisana en el Piamonte, comandante el primero, y comisario regional de las formaciones Giustizia e Libertà y primer gobernador de la Turín liberada, el segundo. Que, además, luego asumiría con fervor el encargo de cuidar las ediciones de *Diario 1939-1945*[70], y de *Lettere 1915-1956*[71], de Piero Calamandrei. O los hermanos Carlo y Alessandro Galante Garrone, antifascistas de raíz, implicados ambos en la Resistencia, personas de cristalina textura moral, muy cercanas a nuestro autor[72], que tampoco habrían caído en la cuenta de la *cínica disimulación* de su *auténtico* perfil político. Que, para el colmo, pasó igualmente desapercibido a los discípulos más directos: Enzo Enriques Agnoletti (uno de los máximos dirigentes de la lucha de liberación en Toscana[73]), Tristano Codignola, Carlo Furno o Paolo Barile, quienes —como escribió Alessandro Galante Garrone[74]— de las «conversaciones y las lecciones [del maestro] extrajeron esperanzas y propósitos de oposición clandestina y de lucha» que pusieron valientemente en práctica.

Para Michele Taruffo el señalado modo *liberista* de concebir la justicia civil tiene «poco que ver con el estado de derecho y con la rigurosa observancia del principio de legalidad», porque responde a otros *valores* «fundados en la legitimidad de la victoria del más fuerte y sobre el principio de no-intervención del derecho y del estado en esta suerte de dinámica darwiniana que se supone tiene lugar en el proceso»[75], entendido de aquella manera. Por eso fue también especialmente crítico con la propuesta de las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) como esa especie de neoprivatista *curasana* ideal, supuestamente el único respetuoso de la libre autonomía de los individuos, frente a un sistema procesal estatal *ilegítimamente invasivo* de ese ámbito e incapaz de ofrecer al ciudadano un medio hábil para la tutela de sus intereses. Pero sucede que el éxito de las ADR «es directamente proporcional —es más, es su consecuencia inmediata— a

69. Sobre la relación de Giorgio Agosti con Piero Calamandrei, véase Giorgio Agosti, *Dopo il tempo del furore. Diario 1946-1988*, edición de A. Agosti, Einaudi, Turín, 2005, pp. 80-81 y *passim*. También Paolo Borgna, *Il coraggio dei giorni griggi. Vita di Giorgio Agosti*, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 134-136.
70. Obra en dos volúmenes, precedida de F. Calamandrei, «Piero Calamandrei mio padre», de E. Enriques Agnoletti, «Noticia» y de A. Galante Garrone, «Introducción», edición de G. Agosti, La Nuova Italia editrice, Florencia, dos ediciones, de 1982 y 1987. Hay una nueva edición, con «Introducción» de M. Isnenghi, Edizioni di storia e letteratura, Roma, 2015.
71. Obra en dos volúmenes, edición de G. Agosti y A. Galante Garrone, La Nueva Italia editrice, Florencia, 1968.
72. A Alessandro Galante Garrone se debe, además, una obra espléndida: *Calamandrei. Il profilo biografico intellettuale e morale di un grande protagonista di nostra storia* (Garzanti, Milán, 1987). Existe una segunda edición, con prólogo de Silvia Calamandrei (Effepi libri, Génova, 2018). Sobre la relación, en particular, de Alessandro Galante Garrone con Piero Calamandrei, cfr. Paolo Borgna, *Un paese migliore. Vita di Alessandro Galante Garrone*, Laterza, roma-Bari, 2006, pp. 246 y 303-304.
73. En 1945, fundaría con Piero Calamandrei la revista *Il Ponte*.
74. En *Padri e figli*, Albert Meynier, Turín, 1986. El historiador Giovanni De Luna ha escrito: «los "padres fundadores", personajes-enzimas que ayudan a una nación a metabolizar el brusco paso a la "tierra de nadie" de una nueva etapa política e institucional, a interpretar las coordenadas dentro de las que se viven experiencias colectivas nunca antes experimentadas. Piero Calamandrei fue uno de estos» en «Perché oggi», prólogo a Piero Calamandrei, *Lo stato siamo noi*, Chiarelettere, 2011, p. IX.
75. M. Taruffo, «La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?», en Varios autores, *Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, edición de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 1996, p. 139.

la ineficiencia de la justicia del estado»[76]. Una ineficiencia en la que no hay nada de *natural* ni de fatal, y sí una dimisión (una más) del estado constitucional de una parte relevante de sus responsabilidades, en favor del mercado, es decir, de quienes se encuentran en él en una posición dominante. Cuando sucede que «solo la jurisdicción puede y debe garantizar la posibilidad de que *todos*, sin distinciones y sobre todo sin limitaciones derivadas de condiciones sociales y económicas, se hallen en situación de obtener efectiva tutela de sus propios derechos […] tutela en términos de legalidad y justicia a los sujetos débiles frente a los poderes fuertes, a los particulares frente a las grandes organizaciones industriales y comerciales, al ciudadano frente a las prevaricaciones del poder político y económico»[77]. En especial si, como ocurre con tanta frecuencia, en las situaciones litigiosas de naturaleza civil están, directa o indirectamente, implicados derechos fundamentales. Y cuando, además, ocurre que el mismo estado podría y debería integrar técnicas de mediación y arbitraje, ágiles y eficaces, en el propio contexto de la jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

Agosti, G. (2005). *Dopo il tempo del furore. Diario 1946-1988*, ed. A. Agosti, Einaudi, Turín.

Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Trotta, Madrid.

Ajello, R. (1976). *Arcana iuris. Diritto e política nel settecento italiano*, Jovene editore, Nápoles.

Alpa, G., Calamandrei, S., y Marullo Di Condojanni. F. (eds.), (2018). *Piero Calamandrei e il nuovo codicie di procedura civile (1940)*, Il Mulino, Bolonia.

Amodio, E. (1967). *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffré, Milán.

Amodio, E. (1977). «Motivazione della sentenza penale», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffré, Milán.

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid.

Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, texto italiano fijado por G. Francioni, trad. F. Laplaza, Trotta, Madrid.

Borgna, P. (2006). *Un paese migliore. Vita di Alessandro Galante Garrone*, Laterza, Roma-Bari.

Borgna, P. (2015). *Il coraggio dei giorni griggi. Vita di Giorgio Agosti*, Laterza, Roma-Bari.

Calamandrei, P. (1956). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. S. Sentís Melendo, C. Finzi y N. Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América.

Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*, trad. H. Fix Zamudio, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

76. M. Taruffo, «Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos», trad. cast. de C. Casado Navarro, en M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 103. En la materia, también de nuestro autor, pueden verse.: «Observaciones sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos», en *Páginas sobre justicia civil*, cit., pp. 127 ss.

77. M. Taruffo, «La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?», cit., p. 148. Cfr. asimismo «L'accesso alla giustizia. Considerazioni critiche», en Id. *Verso la decisione giusta*, Giappichelli editore, Turín, 2020, pp. 3 ss.

Calamandrei, P. (1973). *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Calogero, G. (1964). *La lógica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Cedam, Padua.

Carnelutti, F. (1949). «Torniamo al giudizio», *Rivista di diritto processuale*, I.

Carnelutti, F. (1958). *Diritto e processo*, Morano, Nápoles.

Carnelutti, F. (1982), *La prueba civil*, trad. N. Alcalá-Zamora, Depalma, Buenos Aires.

Cavallo, V. (1936). *La sentenza penale*, Jovene, Nápoles.

Cavallone, B. y Taruffo, M. (2012). *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*, ed. M. Aramburo, Palestra, Lima.

Chiovenda, G. (1922). *Principios de derecho procesal civil*, trad. J. Casals y Santaló, Reus, Madrid.

Cipriani, F. (1992). *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

Cipriani, F. (1994). «Autoritarismo e garantismo», *Rivista di diritto processuale*.

Cipriani, F. (2002). «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4.

Cipriani, F. (2009). *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

Comoglio, L.P., Ferri, C. y Taruffo, M. (1995). *Lezioni di diritto processuale* civile, Il Mulino, Bolonia.

Cordero, F. (1966). *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milán.

De Luna, G. (2011). «Perché oggi», prólogo a P. Calamandrei, *Lo stato siamo noi*, Chiarelettere.

Fenech Navarro, M. (1971). *Enjuiciamiento y sentencia penal,* Universidad de Barcelona, discurso inaugural del año académico 1971-1972.

Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Madrid.

Galante Garrone, A. (1986). *Padri e figli*, Albert Meynier, Turín.

Galante Garrone, A. (1987). *Calamandrei. Il profilo biografico intellettuale e morale di un grande protagonista di nostra storia,* Garzanti, Milán.

Gramsci, A. (1975). *Quaderni del carcere*, ed. de V. Gerratana, Einaudi, Turín.

Manzoni, A. (1989). *I promessi sposi*, ed. de L. Caretti, Mursia, Milán.

Matida, J. (2020). «Michele Taruffo e o estudo multidisciplinar da prova», *Consultor jurídíco*, del 11 de diciembre de 2020

Pellingra, B. (1974). *La motivazione della sentenza penale*, Giuffré, Milán.

Picó Junoy, J. (2007). *El juez y la prueba*, Bosch, Barcelona

Picó Junoy, J. (2012). «El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», *Cuestiones jurídicas*, I.

Proto Pisani, A. (1999). «Il Codice di Procedura Civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuitá nella cultura procesualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo», *Quaderni fiorentini*, 28.

Ramos Méndez, F. (1978). *Derecho procesal. Guía para el estudio científico y profesional*, Librería Bosch, Barcelona.

Sáez Jiménez, J. y Fernández de Gamboa, E. (1968). *Compendio de derecho procesal civil y penal*, Santillana, Madrid.

Scarpari, G. (2006). «Calamandrei e il códice: una storia infinita», *Il Ponte*, 11.

Stein, F. (1988). *El conocimiento privado del juez*, trad. A. de la Oliva, Temis, Bogotá.
Tarski, A. (1972). *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, trad. E. Colombo, Nueva Visión, Buenos Aires.
Taruffo, M. (1970). *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padua.
Taruffo, M. (1975). *La motivazione della sentenza civile,* Cedam, Padua.
Taruffo, M. (1980). *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi,* Il Mulino, Bolonia.
Taruffo, M. (1984). *Commentario Breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padua.
Taruffo, M. (1990). «Calamandrei e le riforme del processo civile», en P. Barile (ed.), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Giuffré, Milán.
Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici, Giuffré, Milán.*
Taruffo, M. (1996*).* «La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible?», en *P. Andrés Ibáñez (ed.) Corrupción y estado de derecho. El papel de la jurisdicción,* Trotta, Madrid.
Taruffo, M. (1998). «*Berlusconi teorico del diritto, de la giustizia e d'altro*», *Il Mulino, 379.*
Taruffo, M. (2006). «Quel códice non era fascista», en *Corriere della sera,* 9 de abril de 2006.
Taruffo, M. (2007). «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa», trad. R. Gama, *en Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho,* 29.
Taruffo, M. (2009a). «Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos», trad. C. Casado Navarro, en M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
Taruffo, M. (2009b). «Consideraciones sobre el proceso civil acusatorio», *en Páginas sobre justicia civil,* trad. M. Aramburo, Marcial Pons, Madrid.
Taruffo, M. (2009c). *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti, Laterza, Roma-Bari.*
Taruffo, M. (2013). «Chiovenda, Giuseppe» en I. Birocchi y otros (eds.), *Dizionario biográfico dei giuristi italiani (XII-XX secolo*), Il Mulino, Bolonia, vol. I.
Taruffo, M. (2020). «L'accesso alla giustizia. Considerazioni critiche», en *Id. Verso la decisione giusta,* Giappichelli editore, Turín.
Taruffo, M. (a cura de) (2000). *Le riforme della giustizia civile,* Utet, Turín.
Taruffo, M. (a cura de) (2010). *Il processo civile riformato,* Zanichelli, Bolonia.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción*

Taruffo's Glasses: a Conception of Jurisdiction

Maximiliano A. Aramburo C.

Autor:
Maximiliano A. Aramburo C.
Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia
maximilianoaramburo@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-4366-7051

Recibido: 4-3-2021
Aceptado: 17-3-2021

Citar como:
Aramburo C., Maximiliano A., (2021). Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 63-92. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.03

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Maximiliano A. Aramburo C.

Resumen

Toda la concepción de Michele Taruffo sobre la prueba judicial —que es la parte de su obra más conocida— toma su punto de partida en una idea de jurisdicción y de juez que le es metodológicamente funcional. La jurisdicción, de esa forma, está condicionada culturalmente en un modelo que determina las formas del proceso y condiciona el fondo de la decisión misma. En este artículo se exploran las bases fundamentales de la concepción de la jurisdicción que subyace a las nociones de decisión judicial y de prueba de la obra de Taruffo, examinando la idea general de cómo es el juez y el papel que desarrolla (es decir: aplicar el derecho), así como describiendo a rasgos generales el modelo burocrático de administración de justicia en el que opera.

Palabras clave: Taruffo; jurisdicción; decisión judicial; juez.

Abstract

Michele Taruffo's entire conception of judicial proof –which is the best-known part of his work– takes its starting point from the conceptions of jurisdiction and of judge that are methodologically functional for him. In this way, the jurisdiction is culturally conditioned in a model which determines the forms of the process and conditions the substance of the decision itself. This article explores the fundamental grounds of the conception of jurisdiction that underlies the notions of judicial decision and proof in Taruffo's work, examining the general idea of

* Soy deudor de Michele Taruffo en muchos sentidos. Desde que le conocí, su opinión sobre lo que yo escribía (sobre todo cuando escribía sobre *sus* argumentos) me importaba mucho y él me la daba no solo con paciencia, generosidad y esmero, sino sobre todo, leyéndome con deferencia. Que estas líneas —que parten de un trabajo mucho más amplio sobre su obra y que constituye mi tesis doctoral— sirvan de renovado homenaje a su impresionante y visionaria obra, y de agradecimiento por la extraordinaria generosidad vital que siempre tuvo frente quienes tuvimos la fortuna de cruzárnoslo en el camino.

the judge as such, and the role he or she fulfils (i.e., to apply the law), as well as describing in general terms the bureaucratic model of administration of justice in which the judge operates.

Keywords: Taruffo; jurisdiction; adjudication; judge.

1. SOBRE EL MÉTODO DE MICHELE TARUFFO

Podría decirse que la característica más decisiva, al tiempo que paradójica, de la obra procesal de Michele Taruffo es su permanente incomodidad con el derecho procesal. Taruffo siempre necesitó ir más allá del derecho para entender el propio derecho, la jurisdicción, el proceso, la decisión judicial y la prueba. Ha sido ya documentado varias veces que su encuentro con el derecho procesal fue casi accidental, cuando —por insinuación de Amedeo Conte— se acercó a Vittorio Denti, a la sazón profesor *ordinario* de la materia, para que le orientara en su *tesi di laurea* sobre el uso de las máximas de la experiencia en el razonamiento judicial. Lo que le interesaba —también se ha documentado ya suficientemente— era en realidad el papel de la lógica el derecho: tal era la fascinación que había producido en él una conferencia impartida en el Collegio Ghislieri, de Pavía, por Uberto Scarpelli, con quien le uniría una juvenil amistad y de quien recibiría una especie de iniciación en la filosofía analítica. La profunda preocupación que tuvo siempre Taruffo por el saber no jurídico y sus vasos comunicantes con el derecho, lo pusieron en interlocución permanente con los filósofos del derecho (en Italia, especialmente con Scarpelli y con Giovanni Tarello), pero no sólo con ellos. Siguiendo las huellas de dos grandes procesalistas italianos —el propio Denti y Mauro Cappelletti— se acercó a la comparación jurídica, que aplicó como método de sus propias investigaciones, de manera indeclinable, durante las más de cinco décadas que duró su carrera académica.

Las herramientas descritas permitieron a Taruffo una obra singular, pues no encaja perfectamente en la categoría de la dogmática habitual del derecho procesal. En el ámbito de la filosofía del derecho se ha discutido ampliamente acerca del papel que juega —o debe jugar— la dogmática jurídica, su estatus científico e incluso, en el marco de las teorías de la argumentación jurídica, el valor de los argumentos de tipo dogmático. En ese tipo de discusión, Atienza ha distinguido dos enfoques claramente diferenciados en las posibilidades que puede seguir la dogmática jurídica. Por un lado, un enfoque que la entiende como una «empresa técnica que debe hacer el mayor uso posible del conocimiento científico (empírico y conceptual) disponible, para contribuir así a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico en el momento de la aplicación de la aplicación y de la producción del derecho» (Atienza, 2006: 11). Este primer modelo asume una actitud política, que ve en la dogmática la posibilidad de ayudar a transformar la sociedad. El segundo modelo es, por el contrario menos optimista, de tal manera que «le subyace una visión escéptica sobre la capacidad del derecho para transformar la sociedad y cierta desconfianza hacia el 'método científico' […] y de ahí cierta propensión a la iconoclastia más bien que al reformismo» (Atienza, 2006: 11).

En ese sentido, Atienza propone definir a la ciencia jurídica como «tecno-praxis». Por un lado, para alejarla de la evocación teológica que sugiere la expresión «dogmática» y, por el otro, para acercarla de manera inequívoca a su finalidad práctica: «resolver un tipo peculiar de problema práctico referido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho» (Atienza, 2014: 128 y ss.).

Si se examina el tipo de trabajo que hizo Taruffo es posible concluir que se ubica en una fase ulterior de la llamada «ciencia» del derecho procesal en Italia, si se toma como referencia la distinción que hizo Denti entre las fases sistemática y post-sistemática de los estudios procesales (Denti, 1986: 483). Pero quizás se trata de una tercera fase que no puede, en rigor, caracterizarse a partir de una escuela o un tipo más o menos generalizado de estudios que llevan a cabo diversos autores, del mismo modo que se ha dicho que no puede caracterizarse al realismo americano más que por algunas notas distintivas del *approach* con el que acometen sus estudios los realistas. Si bien Taruffo es en buena medida heredero de la fase postsistemática a la que se refería Denti (en la medida en que, como los representantes de esta fase, el profesor de Pavía nunca pretendió construir un sistema), ha llevado el método un plano diferente, o bien a un momento evolutivo más avanzado, pues una vez incorpora las herramientas filosóficas (y teóricas) al quehacer dogmático, y teniendo por objeto en buena medida los enunciados resultantes de la comparación jurídica al menos en el mismo nivel que los enunciados del derecho positivo, la obra de Taruffo parece distanciarse de varios de los rasgos que caracterizan la dogmática que Atienza denomina «tradicional»: anclaje en el formalismo jurídico, aislamiento de la dogmática del resto de saberes sociales, rechazo a la incorporación de nuevos métodos, énfasis en las funciones descriptiva y sistemática de la dogmática, concepción de la dogmática como un saber neutral, concentración en el derecho «formalmente válido»; olvido de los valores sustantivos, privilegio de los argumentos de autoridad, predominancia de la interpretación literal.

En realidad, en Taruffo parece darse un enfoque consistente en una aproximación al estudio del derecho (procesal, muchas veces) que no depende exclusivamente del derecho positivo nacional —en su caso, el italiano— sino que toma en cuenta, para formular los enunciados propios de la dogmática que lleva a cabo, un conjunto más amplio de materiales y métodos[1]. Así, por ejemplo, en los trabajos sobre la prueba[2], el derecho positivo no es el objeto de estudio sino un dato más del fenómeno probatorio. Taruffo considera más relevantes los aspectos que condicionan las normas jurídicas, que las normas mismas y más constructivo el enfoque desde la teoría de la decisión

1. Courtis distingue entre materiales y métodos de la dogmática jurídica, «ya que entre métodos y materiales hay una relación de proceso a producto —de modo que el empleo de ciertos métodos sobre ciertos materiales se convierte en nuevo material que puede ser empleado para analizar normas» (Courtis, 2006: 135). Entre los materiales incluye la historia, el derecho comparado, la jurisprudencia y la propia doctrina; entre los métodos, el análisis del lenguaje, el lógico, el sistemático, el ideológico, y el empírico.
2. Es evidente que en los manuales y comentarios de código, que representan una parte importante de su obra, la aproximación es diferente: en ellos se parte directamente del derecho italiano o de los proyectos de reforma, lo que no impide acudir, también, a los resultados de la comparación.

judicial que desde las regulaciones particulares que se ocupan en cada ordenamiento de perfilarla. En el profesor de Pavía parece ser evidente, pues, no solo el componente técnico sino, sobre todo, el componente práctico «en el sentido en el que suele hablarse de razón práctica» (Atienza, 2014:154). Esto supone afirmar por ejemplo, que Taruffo no es formalista y que, además, tiende importantes vínculos con otros saberes sociales. Su constante apoyo en estudios históricos o sociológicos son buena muestra de ello, pero también la atención que presta, fundamentalmente, a la filosofía (en particular, a la filosofía de la ciencia en lo que tiene que ver con la prueba).

En ese orden de ideas, la obra de Taruffo puede leerse como una aproximación procesal a la más general teoría de la decisión judicial, habitualmente construida por los iusfilósofos. Esa aproximación, entonces, no es únicamente en sentido teórico[3]: tiene una parte descriptiva marcada de manera muy decisiva por la historia del derecho y en concreto la historia de las ideas procesales y de las instituciones judiciales italianas, e incluso con manuales y códigos comentados; otra parte es parcialmente prescriptiva y reformadora, a veces de manera directa. Si ello es así, entonces el tipo de dogmática que practicó siempre pertenecería a un paradigma diferente del que podríamos llamar tradicional: una dogmática de tipo consecuencialista, que toma en cuenta el sistema de las normas promulgadas por el legislador no tanto para explicar cuáles son y cómo operan —aunque lo hace, en parte, interpretando, reformulando y sistematizando el discurso legislativo y jurisprudencial—, sino para realizar una reflexión crítica sobre el discurso de los juristas dogmáticos, en los términos que Guastini describe la labor de los teóricos analíticos (Guastini, 1982: 4)[4].

El propio Taruffo se plantea la necesidad de superar las «actitudes obsoletas, formalistas» de la dogmática tradicional, mediante la práctica de herramientas como la globalización del análisis, el empleo sistemático de la comparación y el estudio interdisciplinar (Taruffo, 1999b: 319)[5]. Muy dicientes son a este respecto el título y el prefacio de la recopilación de ensayos publicados en 2002 (Taruffo, 2002a): *Sobre las fronteras*. Taruffo considera que el problema de las fronteras —que se puede plantear en cualquier área del conocimiento— en los estudios sobre el proceso civil se ve claramente cuando

3. Refiriéndose al razonamiento judicial en general, Comanducci propone tres niveles de análisis: teórico, prescriptivo y descriptivo–. Será descriptiva la aproximación que pretenda presentar una descripción del razonamiento judicial tal como es; será prescriptiva la que consista en valorar el modo de razonamiento del juez, o las directrices de cómo deben los jueces razonar; y será teórica la consistente en presentar un modelo de razonamiento judicial (Comanducci, 2000: 82 y ss.).

4. Núñez distingue cuatro modelos de ciencia jurídica: la normativista, la realista, la argumentativista, y la que denomina tecnológica, que asocia con Lundstedt. Con respecto a esta última señala que lleva a cabo, también, un razonamiento de tipo consecuencialista, lo cual quiere decir que las soluciones que proponen se valoran de acuerdo con «modelos de corrección práctica que consideran que la única forma de atribuir valor a una conducta es limitándose a establecer si aquella es idónea, o al menos contribuyente, a alcanzar el que se considera el mejor estado de cosas» (Núñez, 2014: 50).

5. Ferrer considera, por ejemplo, que la obra de Taruffo es un «ejemplo paradigmático si se quiere mostrar la diferencia gradual, no categórica, entre la dogmática y la teoría del derecho», porque al profesor de Pavía «le gusta ver el derecho desde arriba, volando a altura suficiente para observar sus perfiles generales, para comprender el encaje general de sus instituciones y para ver las similitudes y diferencias entre sistemas» (Ferrer, 2016: 177).

se examinan las tendencias que asumen que la idea de proceso (civil) está objetivamente delimitada por el código de procedimiento civil y por algunas leyes especiales lo cual lleva, de un lado, a una «construcción autárquica de conceptos dogmáticos» y, del otro, a un «microanálisis de la jurisprudencia doméstica» como caracteres dominantes de un provincialismo científico. Por eso, dice, se hace necesario observar «desde las fronteras» hacia territorios variados y tendencialmente ilimitados: «una sola vida no alcanza para atravesar todas las fronteras y para ver realmente todo el mundo, así que es necesario adaptarse a sufrir límites prácticos en la propia investigación» (Taruffo, 2002a: 9).

De esta manera, las herramientas utilizadas por Taruffo y el resultado de su trabajo se pueden presentar como una bisagra que une la reflexión teórica sobre el derecho con la práctica jurídica, pues quizás nada hay más práctico en el derecho que el proceso judicial. En él convergen los conceptos de jurisdicción, decisión y prueba, que son los anteojos con los que él mira el mundo, y que se sirven a su vez de una concepción general del juez y de la labor que éste desarrolla con el derecho. Parte de esa mirada, que se concentra en el juez y la tarea que desarrolla, es lo que se pretende examinar en las páginas siguientes.

2. LA IDEA GENERAL DE JUEZ

Para nuestro autor hay una noción de juez inherente a toda teoría de la interpretación, y viceversa aunque que no desarrolla una mirada unitaria ni ordenada sobre la jurisdicción como órgano: ésta debe reconstruirse a partir de una no despreciable dispersión de materiales creados con distintas finalidades, que dejan ver una particular concepción del modelo «ideal» de quien administra justicia, que se construye parcialmente a partir de las críticas que dirige a otros modelos.

Para Taruffo, la separación de poderes supone la atribución de las tareas del Estado a diferentes órganos, y la jurisdicción es solo uno de ellos. En ese sentido, como señala Nieto, la organización judicial tiene una doble carta de naturaleza, pues por una parte es uno de los tres pilares estructurales del Estado junto a la Administración y al Legislativo, lo que le suele dotar de su naturaleza constitucional; y por la otra comporta un servicio público que asegura (o pretende asegurar) los demás, y que es atendido por funcionarios, lo que le dota de su naturaleza administrativa o burocrática (Nieto, 2004: 106). El propio Taruffo, al menos a partir de Damaška, considera que hay una conexión entre las formas y objetivos de la administración de justicia y la organización del poder, lo le permite realizar el análisis de la estructura organizativa de la jurisdicción, en función del papel que el Estado le atribuye, entre dos extremos, si se quiere ideológicos, que condicionan la estructura y la función del proceso judicial: el del *laissez faire*, de naturaleza pasiva y primordialmente atada a la resolución de controversias, y el del estado de bienestar, de naturaleza activa y orientado primordialmente a la puesta en marcha de las elecciones políticas (Taruffo, 1991: 11). En efecto, de acuerdo con Damaška, una perspectiva tiene que ver con la estructura de la autoridad del Estado y la otra se centra

en su relación con la función del gobierno, de tal manera que la realización de ciertos objetivos del Estado se logra mejor por ciertas organizaciones del poder, al tiempo que ciertos tipos de organización gubernamental impiden la correcta realización de objetivos particulares (Damaška, 1986:13).

Esto da lugar a dos tipos de aproximaciones para la adopción de decisiones. Una de ellas confiere alternativas a los funcionarios y ellos eligen la que les resulte más atractiva en función del objetivo institucional, de tal manera que la decisión se justifica en función de las consecuencias deseadas que se derivan de allí. Este es el modelo que el profesor de Yale llama consecuencialista o de orientación tecnocrática (Damaška, 1986: 21). El segundo enfoque prevalece en los aparatos de justicia, y es el llamado enfoque legalista, en el que la decisión se evalúa en términos de la fidelidad al estándar. Tanto el enfoque consecuencialista como el legalista pueden armonizarse. El legalista, que suele ir asociado al ya mencionado ideal jerárquico, usualmente se atribuye al surgimiento de las universidades italianas en el siglo XI, aunque no fue hasta el surgimiento de las burocracias centralistas de los siglos XVI y XVII que llegó a dominar el aparato gubernamental en los países de Europa continental (Damaška, 1986:31). El ideal paritario, por su parte, parece rechazar mecanismos de adopción de decisiones que requieran aplicar estándares alejados de las normas éticas, religiosas o políticas predominantes, pues se consideran indeseables los enfoques «técnicos»[6].

En esa línea, el interés parece puesto no en concepciones gruesas o totalizadoras del derecho sino en que, como en Damaška, es posible identificar tres niveles de complejidad de los modelos ideales: el de la organización del poder, en general; el de la estructura del poder judicial en sí mismo; y el de la estructura de las formas propiamente procesales (Taruffo, 1991: 12). A partir de esos niveles, el derecho continental europeo —y por influencia suya casi todos los ordenamientos latinoamericanos— estaría dominado por una cultura jurídica que ha sido marcada por el positivismo formalista. En efecto, como recuerda Iglesias Garzón citando a Loyseau, el término «*office*» se acuñó, desde el siglo XVII, para designar a todo cargo público, incluidos los jueces (Iglesias, 2012: 39), en virtud de la «dignidad con función pública» que representaban y que, para desgracia de la misma dignidad, terminó vinculada a la llamada la venalidad de los oficios: la compra y venta de posiciones judiciales, que estaban en el comercio en el más puro sentido de la expresión, pues servían entre otras razones para el financiamiento del Estado. La burguesía, que podía acceder por dinero a esos cargos, se beneficiaba con la promoción social que significaba su adquisición. La multiplicación de los jueces resultó ser insostenible: la multiplicación «acarreó la deflación en su precio, ya que competían entre sí reduciéndose la jurisdicción y, por tanto, los ingresos potenciales» (Iglesias, 2012: 45), lo que llevó al cierre paulatino del sistema de acceso a esas posiciones en un modelo jurisdiccional en el que, por su naturaleza, no había apenas control de legalidad sobre la actividad. Todo esto terminaría de manera definitiva con el triunfo de la Revolución,

6. A la mezcla de estándares de decisión de los funcionarios paritarios (coordinados) en la que el sentido común y la prudencia se combina con normas éticas, políticas y religiosas, las llama Damaška «justicia sustantiva».

que acabó con el particularismo normativo y la construcción de un nuevo modelo para la administración de justicia no solo en Francia sino también en los países de tradición continental, tanto en el plano del derecho positivo como en el de la organización estatal y, especialmente, en lo tocante a la administración de justicia.

3. EL MODELO BUROCRÁTICO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El juez moderno —dice Ferrajoli— nació cuando se distinguieron de manera definitiva las funciones de *iurisdictio* y de *gubernaculum*, lo cual habría ocurrido después de la formación de los estados nacionales en el siglo XVIII: «oscurecida la noción medieval de la *iurisdictio* como poder soberano, la soberanía se identificará sobre todo en el poder legislativo y en el ejecutivo; y la jurisdicción, al mismo tiempo que se subordina a la legislación, se diferencia y autonomiza, especializándose y separándose, gracias también a la creciente tecnificación y profesionalización de las funciones de gobierno» (Ferrajoli, 1995: 586). Además de consolidarse la noción de independencia, con este cambio habría iniciado la formación del modelo de organización judicial más relevante del llamado derecho continental.

Para Taruffo, desde el punto de vista organizativo, la forma que caracteriza la jurisdicción de los países occidentales desde la Revolución Francesa es lo que denomina «el modelo burocrático de administración de justicia», creado para modelar la imagen y el *status* del juez bajo el mismo esquema de la organización administrativa del Estado. Tal modelo, en su opinión, combina factores políticos y factores estructurales (Taruffo, 1993a: 249). Pero esa combinación no solo no es completamente satisfactoria para desarrollar el ideal de jurisdicción que tiene en mente, sino que además sus defectos explicarían la profunda crisis en la que se encontraría desde finales del siglo XX. Ese modelo estaría caracterizado por una selección de los jueces mediante concurso público abierto; una ordenación jerárquica (en lo orgánico y no en lo personal), que toma su forma en la llamada carrera judicial, excepto en el vértice; sin especialidad, al menos en principio, pero con garantía de inamovilidad e independencia, todo lo cual evidenciaría su carácter fundamentalmente conservador (Nieto, 2004: 68).

Ese modelo corresponde, a grandes rasgos, con el *idealtypus* de la burocracia según Weber, que se caracterizaría por (i) una serie de actividades regulares que conforman los propósitos de la organización, distribuidos bajo la forma de deberes oficiales; (ii) una estructura de cargos jerarquizada bajo la supervisión de un superior; (iii) el gobierno de un sistema de reglas abstractas que han de aplicarse a casos particulares; (iv) la impersonalidad del funcionario, que no compromete sus emociones en la tarea que le ha sido asignada; (v) la organización de la carrera para proteger al burócrata de despidos arbitrarios; y (vi) la capacidad de actuar en el mayor grado de eficacia posible. De esta suerte, la estructura de la burocracia sería una forma de dominación legítima, de naturaleza racional, que se compone de tres elementos: el *dominus*, el aparato y los dominados. En esa estructura, la obediencia se basa en «reglas racionales de general aceptación» pues

se fundamenta en la creencia en la validez de la ley como guía de acción, un esquema de competencias que garantizan la validez formal, y la disposición irrestricta de todos a obedecer los mandatos del derecho (Buchely, 2014: 19). La obediencia —dice Nieto comentando a Weber— se refiere a las relaciones «entre los dominados y el aparato, por una parte, y entre el aparato y la jerarquía, o *dominus*, por otra» (Nieto, 2002: 414). La llamada dominación burocrática, pues, sería una forma de dominación legal que «opera a través de un aparato administrativo burocrático formado por cargos de competencia predeterminada y que se articulan de acuerdo con el principio de la jerarquía» (Nieto, 2002: 416). Así las cosas, una de las características de la burocracia sería que quienes la conforman «*ocupan* puestos en una escala jerárquica, es decir, que *no son*, ya que hay una separación entre la persona y el cargo» (Nieto, 2002: 484)[7].

Andrés (Andrés, 2007: 80), por su parte, se apura a aclarar que el modelo burocrático tiene su origen en el estado legislativo y, desde el punto de vista geográfico, todo apunta a Francia. Dicho modelo estatal —triunfo del principio de legalidad— generó un modelo que condiciona y prefigura el papel de la jurisdicción, que aparece «integrada en el ámbito del ejecutivo, como una más de sus articulaciones burocráticas». A partir de allí surge el modelo estrictamente jerárquico, gobernado por un «vértice de notables de toga» —metáfora geométrica, la del vértice, recurrente en Taruffo— que presta «un inestimable servicio político». Este modelo de organización, dice Andrés, se concreta en un modelo de jurista que suscribe un positivismo ideológico porque no reconoce un criterio de corrección de las decisiones diferente de las propias normas jurídicas en las que se funda. En ese sentido, en Occidente ha predominado el modelo de la *carrera judicial* (si bien con algunas excepciones, entre las que se destaca el notable contraejemplo de Estados Unidos) a partir de la abolición de la «venalidad en los cargos» vinculada, como se vio, a la visión feudal y absolutista del Estado (Iglesias, 2012: 120). Ese modelo, entonces, dota de legitimidad la función judicial que se emancipa del poder del monarca y a partir de los años inmediatamente posteriores al triunfo revolucionario, se promulgan normas sobre la organización judicial (como las leyes de 1790), a partir de las cuales se confeccionaron listas de elegibles para ocupar las posiciones judiciales a partir de un conocimiento no necesariamente formal del derecho, que hasta la promulgación del *Code* de Napoleón no parecía demandar mayores esfuerzos: «La revolución, en lo judicial —afirma Iglesias— tuvo que hacerse de una forma nueva pero con las viejas herramientas y tradiciones» (Iglesias, 2012: 123). Sería entonces la codificación civil, junto a la entronización del principio de separación de poderes, lo que configuró la jurisdicción burocrática a partir de la prohibición de que el juez pudiese aplicar normas jurídicas diferentes de la ley estatal y, especialmente, la limitación que se impuso a la posibilidad de dictar fallos en equidad. Por el contrario, en Estados Unidos, que sería el

7. Destaca Nieto (Nieto, 2002: 485) que en el plano sociológico los roles burocráticos «aparecen dotados indefectiblemente de un *status*», que es la «prolongación del carisma en la era racional» y «una consecuencia de la ignorancia». En el psicológico, «si una persona lleva ocupando mucho tiempo un puesto, modifica su personalidad hasta producirse una identificación entre el puesto y el titular. Por así decirlo: termina siendo lo que hace».

ejemplo paradigmático del modelo anglosajón no burocrático, se carece de una carrera profesional al interior del poder judicial (sin ingreso por oposición) al tiempo que se permite que los jueces puedan orientar sus decisiones en función del interés que les puede representar una conquista en nombramientos posteriores (Taruffo, 2009a: 40; Posner 2011: 29; 179). Este modelo burocrático, además de la carrera judicial como eje, se construye, en teoría, a partir de un criterio técnico de selección de los funcionarios judiciales y no necesariamente basado en los méritos desarrollados a través de la carrera judicial, lo cual lo diferencia del modelo estadounidense.

El modelo burocrático-napoleónico requiere, pues, de una organización judicial compleja y de tipo piramidal en la que el poder «desciende desde lo alto» y que tiene como protagonista a un juez profesional del derecho, elegido por concurso público (a partir de su formación técnica) y que, en tanto tal, tiene el estatus burocrático del funcionariado (Comoglio, Ferri y Taruffo, 2005: 20): un cuerpo de élite, de jueces impasibles e indiferentes frente a todo y a todos, en palabras de Nieto (Nieto, 2004: 87), impasibilidad se derivaría parcialmente de la sujeción del juez a las normas procesales. Esa impasibilidad, que en realidad parece más propia del modelo *adversary* estadounidense presenta un problema de efectividad, en opinión de Taruffo (Taruffo, 1979: 179). Para él, la doctrina «ortodoxa» no logra esconder el fracaso del modelo, al menos en la justicia civil, en aspectos como la protección de intereses supraindividuales y que en últimas se reconducen a la transformación de una sociedad liberal, en una sociedad industrial de masas. El célebre juez Roscoe Pound a comienzos del siglo xx ya advertía que ese era uno de los retos del sistema de administración de justicia de su país:

> El problema, del presente, por lo tanto, es llevar a nuestro Derecho a sostener un balance más adecuado entre el individualismo y el colectivismo. Su actual individualismo extremo debe ser matizado para que se acompase con las ideas del mundo modern (Pound, 1906: 24).

No esta claro si el problema de efectividad que Taruffo advierte en sistemas como el *adversary* se logra superar en el modelo burocrático. De hecho, Denti y Taruffo parecen creer que el sistema burocrático continental tiene también serios problemas en ese aspecto, pues en este modelo se confían los primeros escalones de la jerarquía judicial (y, por tanto, la competencia para conocer en primera instancia) a jueces jóvenes que carecerán de autoridad frente a los abogados, lo que hace que sus decisiones sean «opinables» y dificulta incluso que se acepte el marco del litigio fijado por el juez (Denti y Taruffo, 1986: 291). A veces, incluso, parece que para Taruffo —nuevamente, siguiendo en esto a Damaška— el modelo burocrático hace parte del modelo ideal de proceso judicial (Taruffo, 1999a: 61). En efecto, según el autor profesor de Yale, ciertos propósitos del Estado pueden alcanzarse mejor si el poder o la autoridad se organiza de cierta manera, así como algunas formas de organización gubernamental impiden la correcta realización de objetivos particulares (Damaška, 1986:13), de tal suerte que algunas combinaciones entre esas dos estructuras pueden ser armoniosas dependiendo del fin que se pretenda alcanzar, mientras que otras pueden mostrar alguna tensión.

Cuando ese esquema de combinaciones se traslada a la adopción de decisiones (políticas o judiciales), habría dos aproximaciones posibles una primera —a la Damaška

llama tecnocrática— que le otorga al funcionario varias alternativas, de tal suerte que éste elige la que resulte más atractiva en función del objetivo institucional perseguido. Así, la decisión se justifica por las consecuencias deseadas que se derivan de allí. Por su parte, la que orientación legalista (y que prevalece en los aparatos de administración de justicia) supone la existencia de estándares, de tal suerte que es la fidelidad al estándar lo que justifica la decisión[8].

Taruffo, por su parte, limita el uso de la expresión «estándares de decisión» a una parte de ciertos enunciados normativos «particularmente abiertos» desde el punto de vista de su estructura lógica y semántica (Taruffo, 1989: 152), de tal suerte que para su aplicación no requiere de reenvío a otras normas —trátese de reglas o principios— propios del ordenamiento, sino que requiere de «criterios no fijados en el sistema de las normas jurídicas», es decir, de criterios fundados en valores. Tales serían los casos, por ejemplo de normas que supongan la determinación de un daño *grave*, de un comportamiento *imprudente* o de la obligación de proceder *de buena fe*. En este tipo de supuestos, al juez se le atribuye un papel creativo que consiste en crear la norma que debe aplicar al caso concreto, pues a esos efectos el juez está llamado a llenar un vacío dejado intencionalmente por el legislador, y esa creación debe hacerse a través de una actividad racional y justificada, para lo cual Taruffo expresamente estima necesario dar razones para aceptar —asumiendo que es cuestión debatida— que la actividad judicial debe ser racional y no puede ser arbitraria. A estos efectos, son las teorías de la argumentación (más que el modelo de organización judicial) las que permiten explicar que no puede hablarse de razonamiento jurídico fuera de la racionalidad (Taruffo, 1989: 153). La razón para ello no es solo teórica. También habría razones ideológicas y estrictamente jurídicas. Entre las primeras, Taruffo acude a la teoría llamada ideología legal-racional de Wróblewski, y entre las segundas a la obligación de motivación de las decisiones judiciales presente en casi todos los ordenamientos contemporáneos.

Ahora bien: el enfoque legalista al que se refiere Damaška parece más propio de estructuras jerárquicas y burocratizadas[9], de acuerdo con la caracterización que se ha hecho, aunque aún es posible agregar alguna variable. Según Schauer los modelos (*ideal-types*) de decisión son dos: el modelo que se basa en normas —un modelo, diríamos, atrincherado— y el modelo particularista, y ambos se dan en todos ordenamientos concretos como una cuestión de grado. Esta distinción analítica, que Taruffo considera de utilidad (Taruffo, 2002b), supone que las decisiones judiciales siempre son particularistas en el sentido de que siempre deciden casos concretos; pero son siempre, también —al menos en el estado de derecho— basadas en normas. Esto implica que la

8. Esta distinción, guardadas las distancias, tiene un «parecido de familia» con la distinción que trazan Atienza y Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero, 2007) entre normas regulativas de acción y normas regulativas de fin, en sus dos especies: reglas (de acción y de fin) y principios (en sentido estricto y directrices).

9. Este enfoque le permite a Damaška encontrar dos subcategorías. Por una parte, estaría el legalismo pragmático y, por la otra, el legalismo lógico. Es solo en este último caso en donde estima que los criterios de decisión, esto es, las normas jurídicas para el caso del Derecho, se aplican sin contexto y sin tomar en cuenta los detalles del caso (Damaška, 1986: 22).

distinción analítica de Schauer en realidad se quede corta en su carácter explicativo, pues los extremos del *continuum* parecen simplificados en extremo. En efecto, si bien uno de los extremos es el de la decisión a partir de normas, en realidad el uso de normas puede darse de muy diversas maneras, dependiendo del tipo de razonamiento que realiza el juez. Taruffo distingue al menos dos tipos de decisión con arreglo a normas, lo cual le permite dudar de la precisión de la clasificación mencionada: por una parte, las decisiones que implican la deducción de una norma (o se justifican por inferencia a partir de una norma) y, por la otra, las decisiones por referencia a una norma. La existencia de (al menos esos) dos posibles significados de la decisión con arreglo a normas, lleva a Taruffo a subir el nivel de abstracción: en tanto modelo, solo una versión «radical» de la decisión con base en normas puede servir como extremo para oponerlo al particularismo, y esa versión radical es la de la conexión silogística y deductiva entre hecho y norma (Taruffo, 2002b: 220). En el extremo opuesto, esto es, el del particularismo, Taruffo también prefiere ser radical: en esta orilla del *continuum* solo debe estar la decisión que olvida por completo la referencia a cualquier norma, y que se adopta por cualquier otro medio, incluido el azar. Que este extremo sea inaceptable es una cuestión valorativa distinta: dado que se trata de construir un modelo, la aceptabilidad política y jurídica de un sistema de decisión cualquiera es cuestión diferente (Taruffo, 2002b: 220): la única forma en la que el particularismo sería aceptable, sería una concepción de la administración de justicia que tuviera como única finalidad la resolución de la controversia (Taruffo, 2001: 22).

Evidentemente, como se trata de modelos ideales, está claro que ambos pueden, más que coexistir, aplicarse de manera intermedia en un ordenamiento determinado, a través de lo que Schauer llamaría soluciones «adaptativas» pero que, según Taruffo, son una versión *soft* de modelos decisionales basados en normas, pues toman en consideración un estándar de decisión (es decir, una norma o, mejor, un enunciado normativo) que debe ser interpretado y adaptado a los hechos del caso. Esto hace que, en efecto, no parezca haber verdaderos casos de decisiones puramente particularistas en el Estado de derecho. Es más, no parece acertada la generalización según la cual los ordenamientos de *common law* están fuertemente inclinados hacia un cierto particularismo basado en la *equity*, mientras que los ordenamientos de *civil law* estarían más inclinados a basar sus decisiones judiciales en reglas (Taruffo, 2002b: 222). En efecto, en muchos casos los tribunales de países de *common law* cada vez más frecuentemente se deben aplicar leyes preexistentes y, aunque la forma y estilo de sus decisiones judiciales siguen siendo diferentes a las empleadas en países como Italia o Alemania, no puede decirse que se trate de decisiones que se basan en algo diferente de las normas preexistentes, incluso cuando el derecho aplicable se encuentre en precedentes judiciales[10]. Con un matiz

10. Dice nuestro autor: «si el uso de los precedentes se toma como indicio de decisiones particularistas, entonces muchos tribunales del *civil law* tendrían que considerarse intensamente particularistas, dado que —con la única excepción (más aparente que real) de Francia— estos tribunales hacen uso diario de los precedentes en sus decisiones» (Taruffo, 2002b: 223).

adicional: para Taruffo, si se mira únicamente a la Corte Suprema o a los tribunales de apelación de países como Estados Unidos, puede tenerse la impresión de que se trata de decisiones altamente creativas. Sin embargo, esas decisiones no reflejan la práctica judicial de todo el sistema (Taruffo, 2002b: 223).

En cuanto a la estructura misma del razonamiento, Taruffo —aparentemente inclinado hacia el escepticismo genovés— no encuentra distinción clara entre la situación en la que un juez considera derrotable una norma, en general, y la situación en la que la norma simplemente se interpreta y aplica de manera flexible. En otras palabras, considera que ambas situaciones, aunque son distinguibles teóricamente, en casos concretos pueden ser indiferenciables. Quizás sería más exacto señalar que la frontera entre ambos fenómenos le resulta porosa, pero Taruffo considera que un sistema en el que los jueces tengan libertad para decidir no aplicar las normas jurídicas, en realidad no correspondería a un estado regido por la *rule of law*. Por eso, parece que es necesaria una sutil diferencia entre un tribunal que tiene la facultad de extender al máximo grado una regla flexible, y un tribunal que simplemente puede descartar la aplicación de una norma basada en su libre criterio. Es decir, un tribunal solo debería estar autorizado a descartar la aplicación de una norma tras haber agotado todas las posibilidades interpretativas de la norma con respecto a los hechos del caso.

Ahora bien: en los ordenamientos que se articulan a partir del llamado ideal coordinado de Damaška, habría una equitativa distribución del poder, de tal manera que la cohesión entre las decisiones de los jueces de diferentes niveles no está dada por la jerarquía o la autoridad, propias del modelo burocrático de administración, sino por factores externos (y, si se quiere, gaseosos) como la unidad de propósito (Damaška: 1986: 25). En otras palabras, la consistencia y la predictibilidad de las decisiones judiciales se alcanza, a la manera de Ulises, con ajustes voluntarios y con una cierta armonización de las actividades independientes de la decisión judicial misma. Pero en este ideal coordinado, a pesar de que la cohesión está determinada por una supuesta unidad de propósito, se rechaza expresamente la adopción de decisiones que requieran aplicar estándares alejados de las normas éticas, religiosas o políticas predominantes. De alguna manera, esto significa que el modelo considera inadmisibles las aproximaciones meramente «técnicas» a los patrones o criterios de decisión. A la mezcla de estándares de decisión de los funcionarios paritarios (o coordinados) en la que el sentido común y la prudencia se combinan con normas éticas, políticas y religiosas, la llama Damaška «justicia sustantiva» (Damaška, 1986: 27), que en principio no existe de manera precisa en el aparato judicial burocrático y jerarquizado. Este ideal, en realidad, parece pretender reflejar la estructura perfecta de la autoridad eclesiástica, que supone un poder autoritativo vertical, cuya integridad necesita de reglas y no de patrones de justicia sustantiva.

Lo anterior, que parece una observación trivial, tiene algunas implicaciones en el diseño institucional de los instrumentos jurídicos concretos, para que el modelo pueda funcionar adecuadamente, de acuerdo con el profesor de Yale. Como se trata de una estructura estratificada, se hace necesario que los procedimientos consistan en varias etapas sucesivas. Así, la existencia y posibilidad de un sistema de recursos contra las

decisiones judiciales no es un asunto extraordinario. Es, por el contrario, una parte casi necesaria de la decisión, algo que debe esperarse en el giro normal de las cosas (Damaška, 1986: 48). Esto explica por qué en este modelo, en principio, no es estrictamente necesario que el funcionario que decide en primer grado haya cometido una falta para que la decisión sea revisable por un funcionario (juez o tribunal) de segundo grado. De hecho, tiende a considerarse la impugnación, la doble instancia, como un derecho que no debe ser cercenado. Y dado que esa posibilidad de revisión es muy amplia, tiene sentido la exigencia de motivación de la decisión de primera instancia: que quien ha decidido sustente exactamente lo que ha decidido y por qué. En este sentido, las decisiones pueden ser revisadas por jueces superiores, pero no sin consecuencias.

Como advierte Nieto, dos de los pilares del modelo burocrático de la administración de justicia serían la independencia (que sería uno de los ejes del Estado liberal) y la responsabilidad (Nieto, 2004: 107 y ss.). Según este autor, la independencia encierra tres especies diferentes, todas ellas vinculadas de alguna manera al carácter burocrático del modelo: la independencia *profesional* de jueces y magistrados, que está llamada a garantizar los derechos personales que se derivan de su condición de funcionarios; la independencia *funcional* de jueces y tribunales, que garantiza la libertad de criterios a la hora de actuar; y la independencia *institucional* del poder judicial, que garantiza un funcionamiento sin fricciones con otras ramas del poder. Esa independencia, entonces, estaría diseñada para proteger a los jueces de una cierta vulnerabilidad que les es inherente a su condición de seres humanos en la tarea de aplicación del derecho.

4. CONCEPCIÓN METODOLÓGICA (GENERAL) DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EN ESTE MODELO

En lo que tiene que ver con la concepción metodológica que subyace al modelo burocrático en general, una advertencia preliminar debe hacerse: se trata de un modelo descriptivo de una tendencia general acerca de cómo se ha organizado el órgano jurisdiccional en los ordenamientos de derecho continental, y que sirve de medio de contraste a su concepción (esa sí, *prescriptiva*) de la sentencia judicial y de la prueba.

Taruffo parte de asumir —en línea de principio, dejando al margen los supuestos de creación del derecho y del remedio— que en los sistemas que adoptan este tipo de modelos burocráticos «el funcionario no elige y no crea» las normas, sino que las aplica de manera impersonal y estandarizada. Hay, en otras palabras, un poder central que pretende asegurar el funcionamiento del aparato a través de la subordinación, impersonalidad, repetitividad, neutralidad valorativa y profesionalidad de los que componen el mismo. El máximo poder del juez en el modelo burocrático consiste —señala Taruffo— en establecer el vínculo entre el caso particular y la regla general que debe aplicarse (Taruffo, 1993: 253), razón por la cual la teoría del silogismo judicial como paradigma de «máxima racionalización» del juicio, resulta útil como esquema para confinar el razonamiento del juez funcionario. Una de las críticas importantes a esta forma en la que

Taruffo reconstruye el modelo de razonamiento silogístico, podría atribuírsele a Atienza, aunque en estricto sentido el catedrático de Alicante la ha formulado en un debate con Perfecto Andrés Ibáñez y, de manera indirecta, con Luigi Ferrajoli. Esta crítica consistiría básicamente en la atribución de la falacia del hombre de paja a la reconstrucción que hace Taruffo del razonamiento judicial como un silogismo. Dice Atienza que «la teoría del silogismo —y en general, la lógica deductiva— no pretende describir el proceso del razonamiento sino controlar su validez y de ahí que ofrezca modelos abstractos e ideales del razonamiento. Pertenece no al contexto de descubrimiento de los razonamientos sino al contexto de su justificación» (Atienza, 2001: 35). Sin embargo, casi con idénticas palabras, Taruffo acepta que el modelo así descrito no constituye y nunca ha constituido una descripción de la estructura de la sentencia judicial (Taruffo, 1988: 192 y ss.). Con todo, según esa concepción, no sería el funcionario, sino el derecho, quien decide: un ente abstracto y despersonalizado que está más allá de la persona del juez, lo cual contrasta con el modelo estadounidense en el que el juez puede tener la ocasión de resolver las controversias creando el derecho aplicable.

De acuerdo con este modelo de razonamiento, la necesidad lógica de la conclusión prevalece sobre la justicia sustancial, al tiempo que se deja de lado (o se oscurece) el problema de la justificación de las premisas, bajo la asunción de que cualquier persona —esto es, cualquier juez— habría razonado de la misma manera. Esta concepción del razonamiento judicial supone, por una parte, una idea de jurisdicción como aplicación de normas de manera «rigurosamente formalista»; y, por la otra, una idea de ordenamiento jurídico compuesto de preceptos generales y completos, que no requieren interpretación ni para su valoración ni para su integración. La administración de justicia, en ese sentido, es una actividad que no requiere de elecciones morales (en sentido amplio), todo lo cual tiene implicaciones en la organización judicial en su conjunto y, de manera especial, en el modelo de corte suprema que suele predominar en los países continentales.

Derivado de lo mismo, en cuanto a la interpretación del derecho —en un plano descriptivo de la situación italiana, que podría ser paradigmática del modelo burocrático en el que piensa nuestro autor— La Torre, Pattaro y Taruffo consideran que hay una cierta homogeneidad en las prácticas relacionadas en cuanto al uso de ciertos materiales argumentativos. Esa práctica, que sería la tendencia de varios ordenamientos, se debe precisamente al modelo del juez profesional en una organización jerárquica que impulsa a los jueces a ajustar sus decisiones a las prácticas de una corte suprema con funciones unificadoras (La Torre, Pattaro y Taruffo, 1991: 225). Esta homogeneidad se reflejaría también en la forma de las decisiones judiciales, que no desarrollan un estilo propio, sino que suele coincidir con el que se emplea en la dogmática jurídica, aunque con ciertas diferencias puntuales, en función del país de origen. En efecto, además de Italia[11] el derecho comparado ofrece diferentes ejemplos de cómo las altas

11. En un estudio realizado por Taruffo junto a Robert Summers parece concluirse que hay ciertas características comunes identificadas en las prácticas interpretativas de diferentes países: la existencia de un conjunto de

cortes tienden a invocar el derecho positivo y sus interpretaciones precedentes como única fuente del derecho aplicable, mientras que solo en algunos ordenamientos (y en algunos tribunales) existe la tendencia a utilizar fuentes no autoritativas, como los trabajos preparatorios del propio derecho positivo (Summers y Taruffo, 1991: 475). En algunos ordenamientos —el italiano entre ellos— se contienen reglas que disciplinan el contenido de las decisiones judiciales. Pero la interpretación de dichas reglas, como advierten los autores citados, suscita muy variados problemas, que pasan por el significado que debe tener el contenido mínimo de los hechos del caso, o por el significado (restringido o no) que debe dársele a que la exigencia de que la motivación no pueda ser contradictoria, entre otras cuestiones. En el fondo, las disposiciones legales sobre la forma en que se debe desempeñar la función jurisdiccional, lo que establecen es un estándar mínimo de lo que la decisión judicial *debe* ser.

En ese sentido, en la decisión judicial típica se incluyen al menos los siguientes tipos de elementos estructurales: los hechos, el texto del derecho positivo, otros materiales empleados para construir los argumentos, la cuestión a resolver, las razones que se esgrimen para llegar a una conclusión y la conclusión misma (Summers y Taruffo, 1991: 490). Todos estos elementos se despliegan con diferente intensidad de acuerdo con las prácticas de cada país, de tal manera que o bien por expresa disposición legal, o bien por acuerdos (generalmente tácitos), habría una especie de contenido mínimo de la decisión judicial común al modelo burocrático. Estos autores, con todo, han identificado una tendencia en la práctica de diferentes ordenamientos, a largas justificaciones de las decisiones judiciales, que usualmente terminan en un modelo subsuntivo[12] y se dirigen primordialmente a las partes de cada caso (y solo excepcionalmente están dirigidas al público en general para la satisfacción de las llamadas funciones extraprocesales de la motivación judicial), de tal manera que la finalidad fundamental de la motivación de la decisión es mostrarle a la parte que pierde el litigio cuáles son las razones por las que, a pesar de haberle sido desfavorable, la decisión se ajusta al derecho vigente, esto es, que no es un acto de mera autoridad sino una respuesta razonada (Summers y Taruffo, 1991: 495).

Cualquiera sea la forma de la decisión, para La Torre, Pattaro y Taruffo, cuestión central es la interpretación del derecho positivo, que en Italia tiene algunas características que son extensibles a los ordenamientos que se identifiquen con el italiano en tanto paradigma del modelo burocrático: predomina la justificación de las premisas normativas sobre las fácticas, la motivación de las decisiones —como se dijo— suele

argumentos comúnmente empleados, la identidad del tipo de materiales que se incorporan para sostener esos argumentos, los criterios que se emplean para resolver contradicciones entre argumentos, entre otros (Summers y Taruffo, 1991: 462).

12. Summers y Taruffo señalan al menos dos formas de silogismo judicial: el modelo subsuntivo simple y el modelo subsuntivo complejo o sofisticado, en el que las premisas están a su vez justificadas por subpremisas. Mientras el modelo simple predominaría en Francia, el modelo sofisticado sería el que prevalece en países como Alemania, Italia, Finlandia o Polonia (Summers y Taruffo, 1991: 492). Un análisis comparativo detallado —aunque reduccionista— de las formas de las decisiones judiciales entre Estados Unidos y Francia puede verse también en el Lasser, 2009.

ser extensa, y en ella predominan los argumentos lógico-deductivos, expresados en el lenguaje especializado jurídico y ante la escasa presencia de argumentos extrajurídicos y de juicios de valor explícitos. No menos importante es la tendencia a presentar la decisión final como la única respuesta correcta que, pese a todo, no es el resultado de una decisión individual o de un tribunal colegiado, sino que es un impersonal acto estatal (La Torre, Pattaro y Taruffo, 1991: 237). Evidentemente, todo dependerá del juez o tribunal que profiera la decisión, de tal manera que mientras los jueces de primera instancia parecen prestar más atención a los hechos, los altos tribunales (en Italia, la *Corte di Cassazione*) redactan sus sentencias en un estilo que bien podría parecer un artículo académico. La Torre, Pattaro y Taruffo lo resumen señalando que se trata de un estilo «conceptualista, neutral y difícil». Pero añaden que también es «técnico y burocrático» (La Torre, Pattaro y Taruffo, 1991: 238), con lo cual el modelo estructural de administración de justicia, al final, termina haciendo eco en la función que desempeña.

En cuanto a la estructura de la decisión judicial, en opinión de Taruffo en el ámbito del derecho continental «burocrático» la sentencia suele obedecer a un modelo formal tripartito que contiene, en primer lugar, una síntesis del desarrollo del proceso; en segundo lugar, la motivación en sí misma; y, en tercer lugar, el dispositivo de la resolución. En ese sentido, la descripción de lo ocurrido en el proceso puede cumplir un doble papel, pues al mismo tiempo es información como justificación parcial de la decisión misma. Para él, esta estructura excluye de manera directa el modelo silogístico. La «doctrina del silogismo» —que no es doctrina descriptiva de qué es la decisión judicial, sino de cómo debe poder explicarse el fallo una vez motivado adecuadamente (Taruffo, 1988: 193)— obedece a un modelo fundamental de sentencia según el cual la decisión debe parecer consecuencia necesaria de las premisas y de las inferencias, mientras que la forma predominante en los países de *civil law* obedecería a un modelo «esquema» influenciado por la dogmática de la jurisprudencia de conceptos alemana, en el que predominan instrumentos clásicos de la lógica jurídica. Como se ha destacado, en este modelo tiende a echarse de menos toda alusión a elementos valorativos concretos, al tiempo que se identifica una forma reconocible (deductiva para el derecho, inductiva para los hechos), a partir de un encadenamiento de puntos justificados individualmente, con la pretensión de mostrar la validez de la decisión, pero sin estructura lógica que les conecte entre sí (Taruffo, 1988: 197). La verdadera validez lógica, entonces, no es la de un silogismo que recoja la totalidad de los puntos desarrollados en la motivación del fallo, sino que se hace depender, en este modelo, de una especie de lectura total que el destinatario de la sentencia debe hacer, integrando en una gran motivación suya —y no del juez— la validez de cada argumento empleado.

Como se ha anticipado, en este modelo suele prevalecer la motivación en derecho sobre la motivación de los hechos, debido a que el paradigma de la decisión judicial en los países de *civil law*, tanto para abogados como para jueces, ha sido históricamente el de las sentencias de las altas cortes que se ocupan de recursos de casación o de revisión (Taruffo, 1988: 198). Este énfasis en las cuestiones jurídicas hace perder de vista que nada impide que las cuestiones sobre los hechos sean más (y más relevantes) que las

de derecho, incluso en los casos en los que el análisis de la norma termina por llevar al análisis de la situación de hecho. Esto implica la posibilidad de diferentes riesgos para la decisión judicial, como se verá en el apartado correspondiente a la motivación de la decisión judicial.

En cuanto al estilo de las decisiones judiciales predominante en este tipo de modelos (que se extiende por todo el *civil law* excepto, en este punto, en Francia) podría derivarse, en opinión de Taruffo, del *stylus curiae* de los siglos XVI y XVII (Taruffo, 1988: 207). De allí se derivarían los defectos mencionados (argumentación redundante, el estilo responsivo a las partes, etcétera). Pero esa caracterización sobre el origen no explicaría otros fenómenos relacionados con la decisión judicial. La burocratización judicial hizo concebir la sentencia como acto (burocrático) del órgano, impersonal y de la *office* y no del juez. Incluso, cuando se trata de decisiones colegiadas, el secreto de las deliberaciones y la exclusión del voto particular en algunos países obliga a redactar las resoluciones en forma neutral, objetiva y despersonalizada, lo cual implica no mencionar las alternativas ni justificar las elecciones valorativas que los jueces han realizado (Taruffo, 1988: 208). Este fenómeno se acentúa en relación con el juicio de derecho y, por lo tanto, en los órganos judiciales cuya tarea no implica necesariamente juzgar hechos, como los tribunales constitucionales, pues en ellos —señala Taruffo— más que la realidad empírica, al juez le preocupa la aplicación de normas jurídicas, lo que lleva al predominio de un estilo «lógico» y una metodología formalista de interpretación, en la medida en que el juez, en esos casos, no se ve a sí mismo como un *problem-solver* sino como la «boca inanimada de la ley».

Si de identificar tendencias se tratara, Taruffo cree encontrar una uniformidad prácticamente total en el uso del lenguaje técnico–jurídico por los jueces del modelo burocrático, incluso en aspectos que podrían ser expresados en lenguaje ordinario (Taruffo, 1988: 210). Esto es así porque en el plano lingüístico el juez burócrata encuentra su máxima expresión estereotípica con sentencias-discurso que no responden a la necesidad de claridad, sino al deseo de un «nivel» elevado, tanto en abstracción como en complejidad. Esto hace que la sentencia, al final, resulte dirigida no a toda la sociedad, y ni siquiera a las partes, sino al gremio de los juristas, que son quienes poseen, como si se tratase de una clave interpretativa secreta, los elementos conceptuales para leerla. Para los ciudadanos en general, la sentencia se torna incomprensible, aunque pueda ser calificada como persuasiva y goce de un alto nivel de legitimación cultural. El jurista, así, se convierte en un sujeto aséptico y neutral desde el punto de vista político, para que pueda ser el intermediario —potencial y raras veces real— entre el juez y la sociedad, no únicamente respecto de la sentencia que se dicta al final, sino de todo el proceso, en general, lo que dificulta, en últimas el eventual control difuso sobre el poder jurisdiccional.

5. UN PERFIL DEL PAPEL DEL JUEZ EN ESTE MODELO

Para diversos autores del entorno anglosajón, entre los cuales es posible citar —a título meramente ejemplificativo de un argumento defendido por muchos— a la británica Hazel Genn, la justicia civil tiene tanto una función privada como una función pública, que consiste en reforzar valores y prácticas mediante enunciados autoritativos. Este énfasis de la justicia (civil) en tanto actor de las *policies*, quizás menos evidente en el derecho continental, no es completamente ajeno a Taruffo. En efecto, aunque un alto porcentaje de casos potencialmente litigiosos se resuelvan por arreglo directo entre las partes, es necesario que haya un flujo de decisiones judiciales efectivamente adoptadas para suministrar la guía a partir de la cual se resuelven las disputas y para evaluar cualquier modelo de organización jurisdiccional: los casos cuya solución directa fracasa, entonces, dan a los tribunales la oportunidad para decir el derecho y para mejorarse a sí mismos para casos futuros. En realidad, que la justicia pueda ser considerada tanto un bien privado como un bien público, implica que el público —es decir, los ciudadanos— pueda utilizar la maquinaria burocrática para hacer valer sus derechos, y que los procedimientos deban ser equitativos y justos (Genn, 2010:24). Pero cuando se trata de la justicia *civil*, su característica de ser esencialmente privada (es decir: de tener especial interés para a los sujetos privados, que son quienes voluntariamente acuden a ella) podría explicar por qué su existencia no estaría completamente justificada *a priori*, a diferencia de lo que ocurre con el sistema de justicia penal: en éste, los «usuarios» solo concurren a hacerlo funcionar a su pesar y por ello, evidentemente, no quieren pagar por ese «servicio», de tal suerte que debe ser el Estado quien sufrague los costos de su funcionamiento[13]. Por el contrario, la justicia civil es una maquinaria que está primariamente orientada a la satisfacción de intereses privados, lo que permite al menos formular la pregunta acerca de si los «usuarios» del sistema deberían contribuir de alguna manera con los costos de su funcionamiento. Vinculada a esta cuestión está, entonces, la pregunta acerca de la legitimidad misma de la institución como servicio público. Cuestionada —parcialmente— desde este punto de vista su legitimidad, uno de los principales problemas teóricos de la justicia civil tiene que ver con quién elige, y cómo, a quienes la administran, para reducir o paliar los costos de legitimación de un servicio que, al menos primariamente, está orientada a la satisfacción de intereses privados.

En un sistema en el que los jueces llevan a cabo una tarea potencialmente creadora de derecho, su designación tiene un carácter decididamente político, que no depende ni de un sistema de carrera o antigüedad, ni de los méritos en función de oposiciones o concursos (Hazard y Taruffo, 1993: 76), de tal suerte que la legitimidad del funcionario pasa en buena medida por la legitimidad del órgano político que interviene en su nombramiento. Como se ha advertido al examinar el llamado modelo burocrático de

13. Un ejemplo de esta discusión lo suministra Genn: en Inglaterra la cuestión del financiamiento de la justicia civil se ha suscitado en diferentes ocasiones, que han llevado a proponer que sus fondos provengan completamente de tasas o aranceles judiciales, para que no tenga que competir por recursos con otros servicios públicos (Genn, 2010: 45).

administración de justicia, en los países que lo adoptan tal incidencia del poder ejecutivo es teóricamente inadmisible, mientras que en otros —como Estados Unidos— hay una influencia política expresa en la designación de, al menos, los jueces federales, al tiempo que en los estatales se despliega una amplia variedad de posibilidades, que van desde la elección popular, pasan por el plebiscito y llegan en casos excepcionales hasta el nombramiento directo por parte del gobierno local o nacional. En estos sistemas, el ideal regulativo en unos y otros casos consiste en que quien acceda a una posición judicial debe ser ya un jurista prestigioso. En Estados Unidos, por ejemplo, esa es la razón —tanto en los casos federales como en los estatales—, por la cual la cuestión de la formación de los jueces es algo que se da por descontado, y la responsabilidad del Estado no es proveerla sino asegurarse de que ya venga garantizada. No obstante, como señalan Hazard y Taruffo, entre los jueces de ese país en realidad existen *de facto* diferencias relevantes en cuanto al nivel de educación, experiencia y entrenamiento (Hazard y Taruffo, 1993: 79).

Quién es el juez, cómo se selecciona a quienes van a desempeñar las funciones judiciales y qué formación deben tener (o recibir), entonces, concreta algunas particularidades de la noción de jurisdicción y de la forma en la que esta se ejerce a través de la adopción de resoluciones judiciales en concreto. En efecto, la llamada juridificación de la vida ha servido para llamar la atención sobre quién es el juez y cuestiones tales como cuál es su formación o cómo y por qué, al adoptar decisiones judiciales con incidencia en alguna *policy*, puede hablar en nombre de la sociedad en lugar de hacerlo el parlamento (Genn, 2010: 152). Ese incremento en la curiosidad acerca del poder judicial no es igual en todos los niveles de la jerarquía de la magistratura, pero resulta evidente que existe una demanda en aumento por mayor diversidad e inclusión en la conformación de los órganos judiciales, que va (o debe ir) de la mano de la exigencia de mejor y mayor comprensión empírica no sólo de quiénes son los jueces[14], sino también acerca de qué es lo que hacen. En palabras de Stammler, «si hay alguna profesión que pueda servir de modelo a toda la sociedad, es precisamente la profesión de juez» (Stammler, 2013: 87).

De acuerdo con Taruffo, el año 1215 es el punto de referencia para la reconstrucción histórica de casi todo cuanto tiene que ver con la administración de justicia moderna occidental, por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque en ese año tuvo lugar el otorgamiento de la *Magna Charta Libertarum* por parte de Juan Sin Tierra, que en su capítulo 29 instituyó el sistema de *jury trial* más próximo al que conocemos actualmente[15]; en segundo lugar, por la prohibición de las ordalías en el Concilio de

14. Malem ha destacado el auge que ha tenido en tiempos recientes la «necesidad» de averiguar sobre la vida privada de los jueces y magistrados. Según él, la posibilidad de decisiones discrecionales hace que en algunos casos el juez deba hacer uso de su moralidad y sus creencias personales, aunque no haya necesariamente un consenso acerca de cuáles aspectos de la vida privada del juez deban ser conocidos por todos (Malem, 2003: 167): se habla entonces de su salud física y mental, sus virtudes personales (sobriedad, equilibrio, paciencia, etcétera), sus hábitos de consumo (por ejemplo, de alcohol o tabaco), sus prácticas sexuales, su situación económica, entre otros que puedan tener impacto directo en el desempeño de sus funciones.

15. No son pocas las investigaciones que sitúan el origen del jurado británico en momentos anteriores a 1215 (investigaciones que, además, no son desconocidas por Taruffo, quien ve en 1215 el origen del *mito* del

Letrán por el papa Inocencio III. Evidentemente, fue la introducción del jurado como juez de los hechos, es decir, como una función separada de la del juez del derecho, lo que supuso la reforma más importante para la justicia inglesa, de la cual se derivan las construcciones teóricas más prominentes del mundo anglosajón en relación con la facultad de juzgar (Taruffo, 2009b: 3 y ss.). Con todo, para Taruffo esa reforma no supuso una transformación de fondo en la tarea judicial y ni siquiera en la manera de fijar los hechos en el proceso, pues inicialmente el jurado era optativo para las partes y, por lo tanto, no se constituía en todos los casos (Taruffo, 2009b: 33). Solo cuatro años después, cuando se hizo efectiva la prohibición de las ordalías, el jurado terminó siendo obligatorio. Esa separación de las funciones en 1215, en opinión de Taruffo, fue el momento final (y quizás simbólico) de una serie de eventos que terminó confirmando el abandono de los juicios de Dios como mecanismo para resolver controversias. Ese año, entonces, decidió la suerte de los sistemas probatorios y marcó una diferencia —que persiste hasta nuestros días— entre los sistemas de derecho continental y de *common law*. El jurado —que en opinión de muchos tiene en realidad un origen romano (Nieva, 2016a: 53)— llegó a ser «el símbolo de la libertad de los ingleses contra el poder», y la aceptación de su veredicto se convirtió en un acto de fe (Taruffo, 2009b: 24), mientras que en Europa continental las ordalías fueron reemplazadas por medios de prueba racionales que se derivaban de la tradición romana, como la transformación de la prueba testimonial en su concepción moderna, al reconocerse el descubrimiento de la verdad como fin al que estaba dirigida la actividad probatoria.

Pero aunque el juez profesional o juez-jurista, que es al que Taruffo dedica su atención de manera primordial (si bien reconoce la existencia de otro tipo de jueces que suelen ser excepciones respecto de la regla general) existe ya desde las cortes longobardas entre los siglos VI y VIII, es solo a partir de las reformas napoleónicas que, en Europa continental, se convierte en el modelo de juez que hace parte de un aparato burocrático y piramidal, que mayoritariamente se ocupa de decidir tanto las cuestiones de hecho como las de derecho y que está obligado a motivar sus decisiones (Taruffo, 2009b: 180). Ese juez, por el hecho de ser tal, sólo tiene una formación técnica en derecho y carece de formación específica en conocimientos necesarios —filosóficos, científicos, psicológicos, por ejemplo— para adoptar la decisión fáctica. Dicha formación, al mismo tiempo empírica y precaria, se adquiere de manera fundamental en la experiencia judicial, de tal manera que en su desempeño sobre esta cuestión influyen factores muy diversos y

jurado). Por ejemplo, Levy —en un interesante estudio histórico sobre el jurado estadounidense— también ve en la Carta Magna el origen formal del jurado de su país. Sin embargo, encuentra que bajo el reinado de Henry I, se intentó el establecimiento de jueces permanentes, que fueron puestos en marcha de manera formal durante el reinado de Henry II entre 1154 y 1189, de tal manera que cuando llegó la Carta Magna en 1215, el procedimiento a través de los *inquest* en los casos civiles ya se encontrada establecido (Levy, 1999: 15). No obstante lo anterior, Nieva Fenoll cree que el jurado inglés tiene un origen que se remonta incluso al derecho romano: «(…) existe una sorprendente similitud entre el jurado inglés previo a la *Carta Magna* y el proceso formulario romano, que se practicó en varias provincias romanas hasta inicios del siglo IV. Es decir, se trataba del proceso romano vigente, originalmente concebido para los ciudadanos no romanos, justo en el momento en que se produce la ocupación romana de Britannia y mucho después» (Nieva, 2016b: 63 y ss.).

predominantemente culturales. Incluso, en las labores no judiciales que desempeñan los jueces (aun aquellas reguladas por la ley) la preparación que se demanda también es eminentemente jurídica y solo en ocasiones complementaria o derivada de la experiencia judicial: participar en comisiones, desempeñar funciones gerenciales, cumplir un papel de intelectuales públicos, entre otras (Garoupa y Ginsburg, 2015: 75). Estas funciones, según Garoupa y Ginsburg, abarcan un rango amplio: desde las que son aparentemente judiciales, hasta las completamente administrativas, y de ellas podrían los jueces obtener algún provecho —como incrementar su reputación al involucrarse en actividades académicas— aunque con riesgo para las labores consistentes propiamente en el ejercicio de la jurisdicción.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LOS RASGOS GENERALES DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL EN EL MODELO DE TARUFFO

El razonamiento jurídico, del cual es paradigma el razonamiento propiamente judicial, se ha convertido en tema central de estudio de la teoría del derecho en la segunda mitad del siglo XX por tres razones que Aarnio, Alexy y Peczenick explican de la siguiente manera, a pesar de que aceptan que no hay una teoría del derecho que suscite amplios consensos: (i) porque la teoría del derecho ha superado las viejas fronteras entre diferentes aproximaciones, para tender a la construcción de una teoría integral y comprensiva; (ii) porque se produjo una rehabilitación de la razón práctica (con impacto en la sociología, en filosofía de la ciencia, y en la filosofía en general), lo cual ha permitido a la teoría del derecho emplear ideas de diverso origen filosófico, y esto a su vez le permite contribuir a solucionar problemas comunes a otras áreas del conocimiento; y (iii) porque la teoría del razonamiento jurídico ofrece una estructura que permite un desarrollo óptimo de una teoría jurídica integral que, acompañada del interés práctico que tiene el razonamiento jurídico mismo, tienden a mejorar el procedimiento de *legal decision-making* y a dotar de legitimidad su pretensión de resolver conflictos sociales (Aarnio, Alexy y Peczenick, 1987: 122).

Para Taruffo —como también pusieron en evidencia los realistas estadounidenses[16]— es obvio que el razonamiento jurídico (y judicial) así reivindicado, va más allá del derecho mismo. El problema de ese razonamiento pasa, más bien, por determinar cuáles son las garantías de racionalidad, razonabilidad, aceptabilidad y posibilidad de control de la decisión judicial, las cuales no dependen de manera necesaria y exclusiva del ordenamiento positivo (Taruffo, 2002a: 108). Nieto, por ejemplo, ha sostenido que el arbitrio judicial y la licitud de su ejercicio han acompañado siempre a la actividad de los jueces, pero con influencia variable en función de los tiempos: «Negarse a admitir la existencia del arbitrio es una actitud infantil […] Guste o no guste, en cada sentencia

16. Es célebre el pasaje, citado entre nosotros por Pérez Lledó, según el cual «los realistas fueron quienes nos hicieron ver que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo» (Pérez Lledó, 2008: 151).

hay una dosis mayor o menor de arbitrio, del que no pueden prescindir —aunque intenten ocultarlo o ignorarlo— los jueces legalistas más rigurosos» (Nieto, 2000: 207). Pero ese arbitrio supone como contrapartida una carga racional de argumentación, que en la versión que adopta Taruffo se remonta, como se ha advertido ya, a la llamada ideología «legal-racional» de Wróblewski según la cual la decisión judicial puede ser aceptada solo si es la conclusión de un razonamiento que se ajuste a derecho y a criterios de racionalidad cognoscitiva y argumentativa, de imparcialidad y de justificación de las elecciones judiciales. Tal racionalidad no es unívoca: el sentido común (esto es, la *episteme* de estirpe foucaultiana) que es quizás el material fundamental del que se sirve el juez, depende en buena medida del contexto, de la cultura y del momento en que se adopta la decisión (Taruffo, 2002a: 109). Una parte de ese sentido común se expresa bajo la forma de enunciados cuya autoría se atribuye a la experiencia colectiva, mientras que otros se refieren al uso del lenguaje, algunos más a modelos de interpretación de la realidad que se consideran típicos, y otros tienen la forma de datos precisos que conforman la cultura media de lo que, en otros ámbitos jurídicos, se ha denominado la persona razonable como patrón de conducta. Ese sentido común, pues, para Taruffo se utiliza en operaciones tan diversas como la interpretación y aplicación de normas (en especial las llamadas «cláusulas generales»), la verificación de hechos (al evaluar la credibilidad de testigos, por ejemplo, o al determinar la aceptabilidad del medio probatorio) o la aplicación del denominado «razonamiento justificativo» a la motivación de la decisión. En efecto, según Taruffo, el recurso a datos y a argumentos metajurídicos permite situar la decisión judicial en el amplio marco del sentido común; y, en suma, permite también hacer uso racional de la discrecionalidad cuando el ordenamiento correspondiente se la concede al operador judicial. Así, y pese a que nuestro autor no pertenece propiamente a la tradición hermenéutica, acepta con Gadamer que la tradición y la cultura influyen en los rasgos del razonamiento judicial que las denominadas teorías lógicas habían descuidado (Taruffo, 2002a: 128). De manera reciente Taruffo —que ya al publicarse la traducción al español de *La motivazione della sentenza civile* consideraba que debía prestársele más atención a las contribuciones de la hermenéutica— analizó algunas de las que, desde su perspectiva, son las más importantes contribuciones de esta corriente del pensamiento filosófico en el derecho, y que ha tenido especial éxito en Italia. Para Taruffo, estos aportes se evidencian en la definición de lo que es un hecho y, sobre todo, en la idea de la *construcción* del juicio de hecho pues al proceso entran las diferentes narraciones que hacen las partes, de tal manera que puede interpretarse el proceso como un contexto de narraciones fácticas, que determina la selección de las premisas normativas, a la manera del círculo hermenéutico (Taruffo, 2018).

Ahora bien: como puso de presente el profesor de Pavía desde los años setenta del siglo XX, la motivación de la decisión judicial puede ser, en sí misma, fuente de numerosos indicios: lo ostensible en la motivación puede indicar lo que hay de oculto en ella. Por ejemplo, sobre juicios de valor o sobre aspectos de la decisión que no se expresan de manera directa en la argumentación de la resolución (Taruffo, 1975: 77 y ss.). En ese sentido, Taruffo considera que hay ciertas características estructurales de la

motivación, e incluso su ausencia, que pueden ser interpretadas o bien para destacar el contexto cultural o histórico social desde el que escribe (o mejor: razona) el juez, tales como cierto estilo, léxico, jerga técnica, etcétera, que podrían revelar elecciones políticas o incluso el ocultamiento de un cierto discurso «real» suyo. Así mismo, la motivación podría revelar su ideología respecto de la función judicial o del derecho mismo, de tal suerte que, por ejemplo, la alusión a la completitud del derecho podría reflejar alguna forma de iuspositivismo (Taruffo, 1975: 95).

Con la mirada puesta en las teorías de la argumentación jurídica, para Atienza en el razonamiento jurídico deben tenerse en cuenta las tres dimensiones que lo configuran (formal, material y pragmática), «aunque alguna de ellas pueda ser predominante, según el campo del derecho, la institución jurídica o el tipo de operador (jueces, abogados, etcétera) que se tome en consideración» (Atienza, 2015: 204). Por su parte, Toulmin, Rieke y Jani —desde afuera del derecho— parecen tener una visión más aséptica de las prácticas jurídicas y destacan únicamente los dos aspectos centrales del razonamiento de los juristas: las cuestiones de hecho y de derecho (que interactúan entre sí, en su opinión, a través de las nociones de presunción, carga de prueba y caso *prima facie*), aunque advierten que desde el punto de vista de las partes, solo hay una única cuestión y es la de quién tiene la razón (Toulmin y otros, 1984: 285). Esta simplificación que operaría desde el punto de vista de las partes es excesiva: las funciones de la motivación rebasan los intereses inmediatos de las partes, y pasan por alto el universo complejo de cuestiones de las que se ocupa el juez cotidianamente. Como señala Hernández Marín, la obligación de juzgar que tiene el juez es sin duda la más importante de las que están a su cargo, pero no es la única. Una decisión que sea conforme al derecho, tanto procesal como materialmente, podrá poner fin al litigio, pero ante un litigio un juez tiene al menos tres actividades por delante: la actividad *procesal*, que consiste en administrar el procedimiento para dirimir el litigio de tal manera que éste se desarrolle conforme a las normas procesales; una actividad decisoria, que consiste en dictar una decisión que resuelva el litigio, de tal manera que el contenido de esa actividad se satisface con cualquier decisión; y finalmente, una actividad *justificatoria*, que consiste en motivar la decisión (Hernández, 2013: 100).

Pues bien: Taruffo considera que el razonamiento judicial es, en sí mismo —y sin considerar aun las demás operaciones a cargo del juez— una operación compleja, en la que inciden numerosos factores: el tamaño y formato de la corte correspondiente, la composición de la misma (jueces legos o profesionales), las reglas procesales, los hechos del caso, la forma y contenido de las reglas sustantivas, los métodos y estándares para decidir sobre las pruebas y las cuestiones propiamente jurídicas (Taruffo, 1998: 311).

En tal complejidad, resulta necesario distinguir al menos tres cosas diferentes implicadas en el razonamiento decisorio. En primer lugar, (i) el razonamiento propiamente dicho, es decir, el razonamiento como actividad y no como resultado; (ii) en segundo lugar, el resultado de ese razonamiento, es decir, la resolución judicial; y finalmente, (iii) la justificación o motivación de lo decidido, que es cuestión de la que nos ocuparemos más adelante (Taruffo, 2012a: 107). Esta triple distinción permite una afirmación

recurrente en Taruffo y en buena parte de las teorías de la argumentación desde los años setenta: el silogismo judicial, en tanto ideal de certeza lógica, «si se toma como una descripción de lo que hace el juez, siempre ha sido falsa» (Taruffo, 2012a: 108; 2009a: 522), aunque se le pueda considerar como un «punto de referencia ideal», lo que justifica calificarlo como ideología. Taruffo, en ese orden de ideas, prefiere hablar de la decisión judicial como una actividad dialéctica y no lineal, más que como un silogismo. En este sentido, el esquema dialéctico que debe emplear la decisión judicial es un razonamiento heurístico, y no demostrativo, tan complejo que «no tolera la descripción con esquemas elementales» (Taruffo, 2012a:110). En ese recorrido decisional el juez debe enfrentarse a las relaciones entre hecho y derecho, que se establecen en un camino de ida y vuelta semejante a las metáforas del círculo hermenéutico, para seleccionar las normas aplicables y los hechos relevantes. En algunas ocasiones puede haber relaciones claras entre normas y hechos (serían al menos una de las modalidades de los llamados casos fáciles), y en tales eventos en el cual parece posible hablar, al menos en un sentido preliminar, de subsunción, pero ese no es el caso siempre y ni siquiera la mayoría de las veces, en opinión de Taruffo: un caso fácil puede volverse inmediatamente difícil si se cuestiona el significado de la norma que se está aplicando. Por eso, para Taruffo, los límites de la interpretación de los que hablaba Umberto Eco son trasladables perfectamente al derecho[17]. En el nivel del lenguaje, por ejemplo, hay límites respecto de significados consolidados; pero también hay límites —afirma— en las convenciones interpretativas de una comunidad lingüística (Taruffo, 2012a: 131), pues estas filtran el universo de significados posibles, incluso con efectos jurídicos, como en los casos de las normas sobre interpretación que suelen existir en los títulos preliminares de diferentes códigos civiles: normas sobre interpretación de normas, normas sobre interpretación de contratos, cánones interpretativos, etcétera.

En cuanto al juicio de hecho[18], la cuestión no es esencialmente diferente, al menos en lo relacionado con las complejidades y límites que entraña. Desde «Il giudice e lo storico» en 1967, ya advertía Taruffo que la tarea fundamental del juez, en cuanto al juicio de hecho, consiste en reconstruir una situación concreta que tuvo lugar con anterioridad, sobre la base de cierta cantidad de datos empíricos respecto de los que nunca tuvo experiencia directa (Taruffo, 1967: 442), para confirmarlos a través de una operación de confirmación probabilística. De esta manera, para él el juicio de hecho consistiría en una especie de vinculación lógica de hechos conocidos y considerados relevantes, con un hecho inicialmente desconocido. Las tareas del historiador y del juez, entonces, se asemejarían en tanto ninguno de ellos se enfrenta al hecho como una

17. Eco se refiere a límites tales como la creación y uso de idiolectos, dificultades en la interpretación de las metáforas, falsas identificaciones, entre otros (Eco, 2004: 101 y ss.)

18. Una forma inicial de distinguir el juicio de *hecho* del de *derecho* consiste en advertir que éste tiene que ver con la elección de las normas jurídicas que regulan el caso y con su interpretación y aplicación (e incluye la referencia a normas escritas, precedentes, argumentos, etcétera), mientras que aquél tiene que ver con la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos fundamentales del caso, lo cual se resuelve a partir de los medios de prueba presentados, y de lo que dichos medios de prueba revelan (Taruffo, 1998: 312).

realidad existente sino como algo a reconstruir. Esta analogía, con todo, nada dice sobre las características de lo que se averigua en uno y otro caso, ni sobre los procedimientos para hacerlo, ni sobre los datos de los que se parte. Pese a esta semejanza, la principal diferencia entre el juez y el historiador en cuanto al juicio de hecho (tarea que se suele asimilar en la doctrina, al menos desde Calamandrei) es que el juez no elige su objeto de averiguación, sino que se lo proponen —o mejor, se lo imponen— las partes (Taruffo, 1967: 443) lo cual le obliga, además, a considerar verdaderos los hechos no discutidos por aquellas y a sujetarse a los procedimientos probatorios y a las pruebas sobre las que el legislador haya fijado una tarifa legal, en claro contraste con la libertad de la que dispone el historiador incluso para valorarlas[19].

De acuerdo con Taruffo, una especie de metateoría sobre la decisión judicial que ha construido la cultura jurídica occidental giraría alrededor de la determinación de cuál de las teorías específicas es la que mejor se ajusta a la *experiencia* del proceso de construcción de la decisión misma, pues todas ellas serían racionalizaciones de la experiencia de decidir. De esta manera, el número y variedad de las teorías existentes depende de las experiencias concretas que se han tenido (Taruffo, 1998: 311). Por ello, una única teoría no es válida en todos sus detalles: si la decisión judicial supone un conjunto de decisiones entre hipótesis alternativas, hasta el momento de la decisión misma hay al menos dos posibilidades de decidir. Pero elegir, a su vez, no es un problema sencillo pues un «caso» es un conjunto de cuestiones fácticas y jurídicas, cuyo número es tendencialmente ilimitado, de tal manera que las combinaciones entre esas posibles cuestiones también lo son.

Ahora, el razonamiento judicial —tanto fáctico como jurídico— tiene una estructura dialógica, pues (i) se fundamenta en la comparación y el contraste entre las diferentes hipótesis, algunas de las cuales son propuestas (e, incluso, discutidas) por las partes; (ii) es evidente que las partes de un proceso civil proponen soluciones enfrentadas, de entre las cuales el juez debe elegir; y (iii) el razonamiento puede interpretarse, también, como un diálogo del juez consigo mismo, a través de un procedimiento de ensayo y error, en relación con la corrección de cada hipótesis posible (Taruffo, 1998: 313 y ss.). Cuestión diferente a la estructura dialógica es que la forma final de la decisión deba incluir su justificación: un razonamiento articulado que exprese los argumentos a la luz de los cuales el juicio en sí mismo debe ser válido, confiable, justo y razonable (Taruffo, 1998: 314). Pero esto implica reconocer que, analíticamente, hay dos «productos» diferenciables: la decisión con sus complejidades, y su justificación. Para Taruffo, la primera cuestión (la complejidad de la decisión) influye de manera evidente en la segunda (el contenido de la justificación), a pesar de que no exista correspondencia conceptual entre una y otra. En efecto, el razonamiento justificatorio asume como punto de partida el resultado del razonamiento decisorio, de tal manera que, si la decisión ha sido compleja, el discurso justificativo reflejará esa complejidad.

19. Con todo, Taruffo destaca, como Calamandrei, que en cualquier caso tanto el juez como el historiador formulan su juicio de hecho en términos de probabilidad y verosimilitud (Taruffo, 1967: 444).

Como no hay prácticas comunes entre los diferentes sistemas jurídicos en relación con la justificación de las decisiones judiciales, hay diferentes estilos —personales o institucionalizados— para la expresión de las *opinions* de los jueces (Summers y Taruffo, 1991: 461), que en general cumplen la misma función y respetan una estructura aproximadamente igual. En opinión de Taruffo, los estilos de las *opinions* casi siempre tienen —también— estructura dialógica pues (i) constituyen la respuesta que el juez da a los argumentos de las partes y (ii) usualmente al juez se le exige exponer las razones que fundamentan sus propias elecciones, sea tanto por razones positivas —por qué es válida o aceptable, por ejemplo, la elección realizada— como por razones negativas —por qué la alternativa rechazada no es mejor que la elegida— (Taruffo, 1998: 316)[20].

De esa estructura dialógica se derivaría parte de la desconfianza —de raigambre holmesiana,— en la posibilidad de una formalización estrictamente lógica del razonamiento judicial y, por esa vía, de una lógica computacional para la decisión judicial[21], bajo la idea general de que la inteligencia artificial no lograría aprehender algunos de los rasgos esenciales del modelo que pretende describir Taruffo: su complejidad, variabilidad, incertidumbre y carga valorativa, fundamentalmente. En efecto, para nuestro autor, el intento por racionalizar las decisiones discrecionales es uno de los grandes retos de la inteligencia artificial en el derecho. Tanto si se trata de discrecionalidad en sentido *fuerte* como si se trata de discrecionalidad regulada (o en sentido *débil*), no sería posible racionalizarla *ex ante* en operadores lógicos aptos para el diseño de un programa computacional. En efecto, para él a los jueces únicamente se les exige justificar sus elecciones *ex post*, pues considera que sólo es posible —y, debería añadirse, necesario— mostrar bajo qué circunstancias una elección es razonable y válida de acuerdo con las premisas de las que se parte. Como señala Atienza, se puede hablar de decisiones jurídicas razonables en sentido estricto y en sentido amplio (Atienza, 1987: 192). Según el primero de los sentidos, la razonabilidad solo es predicable de las decisiones que no

20. Ya se ha señalado que Taruffo, como la inmensa mayoría de los autores que adoptan una concepción —en sentido amplio— argumentativa de la decisión judicial, considera que la interpretación del razonamiento judicial de acuerdo con modelos y reglas lógicas está condenada al fracaso (Taruffo, 1998: 316).

21. Con todo, buena parte de las reflexiones de Taruffo sobre la materia datan de finales del siglo XX. Si bien los desarrollos posteriores eran impensables aun entonces, se basan en buena medida en las lógicas no clásicas, de las que el propio autor dio cuenta en *La prueba de los hechos* (Taruffo, 1992: 223 y ss.). Taruffo no es ingenuo y advierte, aun entonces, los rápidos avances de la inteligencia artificial, de entre los cuales destaca las importantes herramientas analíticas que ofrece (Taruffo, 1998: 317). Pero hace casi tres décadas ya encontraba serias dificultades. En primer lugar, el tipo de estudios dirigido a estandarizar procedimientos judiciales de acuerdo con modelos computarizados, pero que exigen características que difícilmente se encontrarían en los procedimientos judiciales, ni siquiera en los llamados casos fáciles: simplicidad, repetitividad y frecuencia. En segundo lugar, la simplicidad o complejidad de un procedimiento depende de elecciones políticas del legislador (por ejemplo, facilitar la satisfacción del acreedor o la defensa del deudor), que no son racionalizables en sistemas informáticos. Tercero, la simplicidad misma es una cuestión de grado, de tal manera que no hay estándares de simplicidad o complejidad *a priori*: «un gran peligro que existe en la tendencia a simplificar los procedimientos judiciales (para eventualmente estandarizarlos y traducirlos en programas de computador) es, no obstante, el de perder la complejidad relevante de los casos reales o tener procedimientos que, al no ser capaces de aprehender esa complejidad y tratarla, llevarían a decisiones imprecisas o inapropiadas» (Taruffo, 1998: 319).

deberían (o no podrían) adoptarse según criterios estrictamente racionales mientras que, según el segundo criterio, todas las decisiones jurídicas deberían ser razonables porque la razonabilidad es un criterio general que afecta a las decisiones «propiamente razonables» y a las «estrictamente racionales». Para Atienza, pues, hay escenarios en los que los criterios de racionalidad estricta[22] —que serían esencialmente procedimentales— no permiten llegar a una decisión aceptable. Tales serían los casos de resultados racionales que entran en contradicción con los objetivos del sistema jurídico, o con los valores que el sistema jurídico incorpora, de manera explícita o implícita. Parece que a ese mismo tipo de casos apunta Taruffo cuando menciona la desconfianza en sistemas de inteligencia artificial que puedan decidir en aquellos supuestos en los que opera la discrecionalidad judicial, especialmente si se trata de discrecionalidad fuerte o no regulada (pues en la discrecionalidad débil —como sería el caso, por ejemplo, de la que se ejerce en materias penales al determinar la pena imponible en un marco con máximos y mínimos— habría al menos una racionalización de los criterios discrecionales de elección que definen el contexto en el que debe ejercerse la discrecionalidad).

Con todo, Taruffo no se muestra completamente categórico, sino desconfiado —como corresponde a la época en la que escribe—, de tal manera que la única consecuencia necesaria de todo ello sería la reivindicación de que la decisión judicial no puede plantearse en términos de la oposición fatal entre deducción silogística e irracionalidad, pues claramente puede haber razonamiento judicial, racional y lógico, aunque no sea deductivo.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis, Alexy, Robert y Peczenick, Aleksander, 1987: «I fondamenti del ragionamento giuridico», en Comanduci, P. y Guastini, R: *L'analisi del ragionamento giuridico*. Torino: Giappichelli, pp. 121-187.

Andrés Ibáñez, Perfecto, 2007: *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Atienza, Manuel, 1987: «Para una razonable definición de razonable», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 4, pp. 189-200.

Atienza, Manuel, 2001: *Cuestiones judiciales*. México: Fontamara.

Atienza, Manuel, 2006: «Prólogo», en Courtis, C. (ed.): *Observar la ley.* Madrid: Trotta.

Atienza, Manuel, 2014: «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en Núñez, Álvaro (coord.): *Modelando la ciencia jurídica.* Lima: Palestra, pp. 115-159.

Atienza, Manuel, 2015: «Razonamiento jurídico», en González, D. (coord.): *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 203-217.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, 2007: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 4ª ed. Barcelona: Ariel.

22. Señala Atienza, siguiendo a Aarnio, que la racionalidad estricta supone respeto a las reglas de la lógica deductiva, a los principios de la racionalidad práctica (consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad), la utilización de fuentes de derecho que sean vinculantes, y no se adopta a partir de criterios éticos o políticos no previstos específicamente por el ordenamiento (Atienza, 1987: 193 y ss.)

Buchely, Lina, 2014: «Más allá del modelo weberiano: el debate sobre las burocracias y el Estado», en *Las burocracias. Una aproximación distinta a la manera en la que pensamos el Estado*. Bogotá: Siglo del Hombre – Universidad de Los Andes – Pontificia Universidad Javeriana, pp. 13-95.

Comanducci, Paolo, 2000: «Ragionamento giuridico», en Bessone, M., Silvestri, E. y Taruffo, Michele (a cura di): *I metodi della giustizia civile*. Cedam: Padova, pp. 79-136.

Comoglio, Luigi Paolo; Ferri, Corrado y Taruffo, Michele, 2005: *Lezioni sul processo civile*, v. I. Bologna: Il Mulino.

Courtis, Cristian, 2006: «El juego de los juristas», en *Observar la ley.* Madrid: Trotta, pp. 105-155.

Damaška, Mirjan, 1986: *The Faces of Justice and of State Authority*. New Haven: Yale University Press.

Denti, Vittorio, 1986: «Sistematica e postsistematica nella evoluzione delle dottrine del processo», en *Rivista Critica di Diritto Privato*, IV, pp. 469-492.

Denti, Vittorio y Taruffo, Michele, 1986: «Costo e durata del processo civile in Italia», en *Rivista di Diritto Civile*, vol. 32, pp. 285-310.

Eco, Umberto, 2004: *I limiti dell'intepretazione*. Milano: Bompiani.

Garoupa, Nuno y Ginsburg, Tom, 2015: *Judicial Reputation. A Comparative Theory*. Chicago: Chicago University Press.

Genn, Hazel, 2010: *Judging Civil Justice*. *The Hamlyn Lectures 2008*. Cambridge: Cambridge University Press.

Guastini, Riccardo, 1982: *Lezioni di teoría analitica del diritto*. Torino: Giappichelli.

Ferrajoli, Luigi, 1995: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Citado por la traducción al castellano de P. Andrés, J. Bayón y A. Ruiz Miguel: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta, 4ª ed., 2000.

Ferrer, Jordi, 2016: «El gen iusrealista de Michele Taruffo», en *Debatiendo con Taruffo.* Madrid: Marial Pons, pp. 177-191.

Hazard, Geoffrey y Taruffo, Michele, 1993: *American Civil Procedure. An Introduction*. Citado por la traducción al español de F. Gascón: *La justicia civil en Estados Unidos*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006.

Iglesias, Alberto, 2012: *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación*. Madrid: Dykinson – Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III: Madrid.

Lasser, Mitchel, 2009: *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.

LaTorre, Massimo, Pattaro, Enrico y Taruffo, Michele, 1991: «Statutory Interpretation in Italy», en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.): *Interpeting Statutes. A Comparative Study.* Aldershot-Brookfield: Dartmouth, pp. 461-510.

Levy, Leonard, 1999: *The Palladium of Justice. Origins of Trial by Jury*. Chicago: Ivan R. Dee.

Malem, Jorge, 2003: «La vida privada de los jueces», en Malem, J., Vázquez R. y Orozco, J.: *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa-Tribunal Electoral-ITAM.

Nieto, Alejandro, 2000: *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

Nieto, Alejandro, 2002: *El pensamiento burocrático*, 2ª ed. Granada: Comares.

Nieto, Alejandro, 2004: *El desgobierno judicial*, 3ª ed. Madrid: Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero.

Nieva, Jordi, 2016a: *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Madrid: Marcial Pons.

Nieva, Jordi, 2016b: «Ideología y justicia legal» (con una hipótesis sobre el jurado romano)

Núñez, Álvaro, 2014: «Ciencia jurídica: un mapa conceptual», en *Modelando la ciencia jurídica*. Lima: Palestra, pp. 13-51.

Pérez Lledó, Juan Antonio, 2008: *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Bogotá-Lima: Temis-Palestra.

Posner, Richard, 2011: *How Judges Think?* Citado por la traducción al castellano de V. Roca: *¿Cómo deciden los jueces?* Madrid: Marcial Pons, 2011.

Pound, Roscoe, 1906: *The Spirit of the Common Law*, en *The Green Bag*, No. 18, pp. 17-25.

Stammler, Rudolph, 2013: *El juez*. México: Coyoacán.

Summers, Robert y Taruffo, Michele, 1991: «Interpretation and Comparative Analysis», en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.): *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot-Brookfield: Dartmouth, pp.461-510.

Taruffo, Michele, 1967: «Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche», en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII (II Serie), pp. 439-465 (incluido en este mismo número, en trad. de M. Aramburo).

Taruffo, Michele, 1975: *La motivazione della sentenza civile*. Citado por la trad. al español de L. Córdova: *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta: 2011.

Taruffo, Michele, 1979: *Il processo civile* adversary *nell'esperienza americana*. Citado por la trad. al español de B. Quintero: *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis, 2008.

Taruffo, Michele, 1988: «La fisionomia della sentenza in Italia», en *La sentenza in Europa. Metodo*, *tecnica e stile*. Padova: Cedam, pp. 180-214.

Taruffo, Michele, 1989: «La giustificazione della decisione fondata su standars», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XIX-1, pp.151-173.

Taruffo, Michele, 1991: «Introduzione alla edizione italiana» de Damaška, Mirjan: *I volti della giustizia e del potere*. *Analisi comparatistica del processo*. Milano: Giuffrè, pp. 9-21.

Taruffo, Michele, 1992: *La prova dei fatti giuridici*. Citado por la trad. al español de J. Ferrer: *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002.

Taruffo, Michele, 1993: «Il modello burocratico di amministrazione della giustizia», en *Democrazia e Diritto*, 93-3, pp. 249-263.

Taruffo, Michele, 1998: «Judicial Decisions and Artificial Intelligence», en *Artificial Intelligence and Law*, vol. 6-4, pp. 311-324.

Taruffo, Michele, 1999a: «Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización» (trad. S. Álvarez), en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1999, pp. 61-75.

Taruffo, Michele, 1999b: «Racionalidad y crisis de la ley procesal» (trad. M. Fernández), en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 22, pp. 311-320.

Taruffo, Michele, 2001: «Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. LV, pp. 11-31.

Taruffo, Michele, 2002a: *Sui confini*. *Scritti sulla giustizia civile*. Citado por la trad. al español de B. Quintero: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.

Taruffo, Michele, 2002b: «Some Observations in Legal Decision-Making», en *Notizie di Politeia*, vol. XVIII, No. 66, pp. 219-224.

Taruffo, Michele, 2009a: *Páginas sobre justicia civil* (trad. de M. Aramburo). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, Michele, 2009b: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione del fatto*. Citado por la trad. al español de D. Accatino: *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Taruffo, Michele, 2012a: *Proceso y decisión. Lecciones mexicanas de derecho procesal* (trad. al español de L. Bonifaz). Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, Michele, 2018: «Hermeneutics, Evidence and Judgement», en *Ars Interpretandi*, 2018-1, pp. 29-42.

ARTÍCULOS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

La acumulación de desventajas*

The Accumulation of Disadvantages

Owen M. Fiss

Autor:
Owen M. Fiss
Yale University, Estados Unidos
Owen.Fiss@yale.edu
https://doi.org/10.15779/Z38P55DH0H

Recibido: 17-9-2020
Aceptado: 10-11-2020

Citar como:
Fiss, Owen M. , (2021). La acumulación de desventajas Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 95-129. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.04

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Owen M. Fiss

Resumen

Grupos históricamente marginalizados en una estructura de castas sufren desventajas en varias esferas sociales. Cualquier estrategia correctiva debe reconocer el carácter interdependiente de este sistema de desventaja y elaborar reglas que impidan que una desventaja sufrida en una esfera (tal la de educación) se transmita a otra (tal el empleo). En este ensayo se explica y defiende una de estas estrategias —la idea de la responsabilidad acumulativa— inspirándose en la experiencia estadounidense del movimiento de derechos cívicos.

Palabras clave: Derechos civiles; desigualdad estructural; anti subordinación; responsabilidad acumulativa; Corte Suprema de los Estados Unidos.

Abstract

Historically subordinated groups in a caste structure are disadvantaged in a multitude of social spheres. Any corrective strategy must acknowledge the interconnected character of this system of disadvantage and devise rules that prevent a disadvantage inflicted in one sphere (such as education) from being carried over and transferred to another (such as employment). This essay, drawing on the civil rights experience of the United States, explains and defends one such strategy—the idea of cumulative responsibility.

Keywords: Civil rights; structural inequality; antisubordination; cumulative responsibility; United States Supreme Court.

* Traducción de Juan Francisco Patzán Sánchez.
Nota del autor: Este ensayo se inspiró en la ponencia que presenté al Simposio Thomas M. Jorde en homenaje al juez William J. Brennan, Jr. de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La presenté primero el 16 octubre del 2017 en la Universidad de California a Berkeley y después el 23 abril del 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago. Las ideas se forjaron en un seminario que doy en la Facultad de Derecho de Yale desde hace varios años, «Una Comunidad de Iguales». Se publicó en inglés en la California Law Review, volumen 106 (2018) bajo el título «The Accumulation of Disadvantages». Les agradezco a los alumnos los debates animados del seminario y sobre todo al traductor, Juan Francisco Patzán Sánchez, Abogado Asesor de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

La continua subyugación de grupos históricamente desaventajados es producto de políticas que abarcan todos los ámbitos de su vida. Sus miembros son generalmente rechazados, sus oportunidades educativas desiguales, su campo de empleo limitado, y se les confina a vivir juntos, en el mismo vecindario, generalmente en los lugares más antiguos y deteriorados; inclusive, sin la posibilidad de gozar de los servicios públicos más elementales. A menudo, a los miembros de esos grupos se les niega hasta el derecho a votar.

La Segunda Reconstrucción –un programa de reforma implementado luego de la segunda guerra mundial y destinado a erradicar la subordinación de los afrodescendientes en los Estados Unidos–, fue exhaustiva en sus aspiraciones y, eventualmente, llegó a todas las esferas sociales; sin embargo, debe recordarse que evolucionó de forma gradual. El programa se lanzó formalmente en 1954 con la decisión de la Corte Suprema en *Brown v. Board of Education*[1], y su mandato, que exigía la desegregación de la educación pública, pronto se extendió a todas las actividades estatales. Pese a ello, el país tuvo que esperar hasta 1964 para que el Congreso garantizara a los afrodescendientes la igualdad de oportunidades de empleo con las empresas particulares y el acceso igualitario a hoteles y restaurantes de propiedad privada. Aún más tarde, en 1967, la Corte Suprema dio un paso adelante una vez más y rechazó las leyes estatales que interferían con las relaciones más privadas entre afrodescendientes y blancos, y que les prohibían casarse entre sí. En 1968, el alcance de la Segunda Reconstrucción fue extendido de nuevo, esta vez por el Congreso, que promulgó una medida para garantizar el acceso equitativo a la vivienda.

El derecho al voto de los afrodescendientes fue también un tema de reforma durante este periodo. Si bien este fue consagrado en la Constitución, en los años inmediatamente posteriores a la Guerra Civil, siguió siendo una promesa incumplida durante casi cien años. No fue sino hasta 1965 que se le dio cumplimiento cuando el Congreso, en respuesta a la dramática marcha de Selma a Montgomery, prohibió una gran cantidad de instrumentos y políticas que habían sido utilizadas por los Estados del Sur para privar a los afrodescendientes de sus derechos civiles.

Ninguna de estas garantías que pretendían la igualdad de trato, independientemente de si fueron creadas por la Corte Suprema o el Congreso, se implementaron por sí mismas. Se debieron entablar demandas para hacerlas cumplir, lo que solamente acentuó el carácter ya fragmentado de la Segunda Reconstrucción. Las demandas, después de todo, no pueden presentarse contra la sociedad en general, sino solo contra instituciones particulares que han actuado de manera inadecuada. Como resultado, hubo que interponer innumerable cantidad de demandas contra las autoridades educativas locales que: dirigían sus escuelas con políticas de segregación, contra empresas individuales que se negaban a contratar afrodescendientes, contra propietarios de tierras que los excluían, y contra los departamentos de policía que utilizaban la fuerza y las armas para abusar de ellos. Cada demanda tenía sus propias víctimas y perpetradores;

1. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954)

cada una fue administrada por su propio equipo legal; y cada una fue escuchada por alguno de los muchos jueces federales de todo el país.

EL PRINCIPIO DE GRIGGS Y SUS ORÍGENES

En 1969, quince años después de que la Corte Suprema dictara su decisión en *Brown v. Board of Education*, ese tribunal reconoció finalmente la artificialidad del enfoque fragmentado de la reforma y anunció una doctrina fundada en un entendimiento de la interconexión de las prácticas que perjudicaban a los afrodescendientes. En el caso *United States v. Gaston County*,[2] se condenó la práctica de negar a ese grupo el derecho a votar por no aprobar una prueba de alfabetización, sin tomar en cuenta que la igualdad de oportunidades educativas les fue negada sistemáticamente cuando eran niños. Era irrelevante para el análisis del Tribunal el hecho de que ante él se encontraba una autoridad electoral denunciada por sus acciones y no una junta escolar. Tampoco que algunos afrodescendientes que buscaban el derecho al voto hubieran recibido educación en otros condados o en otros estados. En esencia, los jueces fueron impulsados por una idea, llamémosla, *«la teoría de la responsabilidad acumulativa»*, que condena la participación de cualquier institución, independientemente de sus acciones pasadas, en prácticas que agravan, perpetúan o simplemente suman a alguna de las desventajas que los afrodescendientes recibieron a manos de otras instituciones, aunque fuese en otro momento y en otros ámbitos.

El Congreso pronto dio un nuevo impulso a esta decisión al aprobar un estatuto que impuso una prohibición a nivel nacional de las pruebas de alfabetización.[3] Esta medida, así como el fallo judicial que la impulsó, fue reforzada por el sentimiento democrático que favorece la ampliación de los votantes: mientras más, mejor. La Corte y el Congreso también fueron ayudados, al menos filosóficamente, por el hecho de que el derecho al voto no es un recurso escaso: permitir que una persona vote no niega a otra esa oportunidad. Sin embargo, como el Tribunal pronto dejó en claro, la teoría de la responsabilidad acumulativa implícita en el fallo de *United States v. Gaston County*, por lógica no podía limitarse solo al voto. En la primavera de 1971, en un caso titulado *Griggs v. Duke Power Company*, la Corte Suprema aplicó la teoría de la responsabilidad acumulativa en el contexto laboral y prohibió a los empleadores privados usar pruebas u otros requisitos educativos que, debido a la calidad inferior de la escolaridad que los afrodescendientes habían recibido, les impactara de forma desigual.[4] La opinión fue unánime y presentada por el entonces nuevo Presidente del Tribunal Supremo, Warren Burger. No se reconoció una diferencia entre el voto y el empleo, y, de hecho, el caso *United States v. Gaston County*, un caso de votación, fue el único precedente que se

2. *Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285 (1969)
3. Voting Rights Amendments Act of 1970, PUB. L. NO. 91-285, 84 Stat. 314, 315 (1970).
4. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S 424, 429-30 (1971).

citó en lo que ahora se entiende como la decisión histórica de empleo de la Segunda Reconstrucción.

En los años inmediatamente posteriores a la decisión del caso *Griggs v. Duke Power Company*, el Tribunal desarrolló un proceso de tres pasos para evaluar los requisitos de empleo: (1) el demandante debe demostrar que la prueba impugnada tiene un impacto adverso y desigual en los afrodescendientes, al negarles oportunidades laborales a un grupo de ellos desproporcionadamente más grande; (2) si el demandante lo comprueba, la carga se traslada a la empresa para que demuestre si la prueba está razonablemente diseñada para medir el desempeño laboral. Si no lo logra, la prueba aportada será excluida; (3) incluso si la empresa es capaz de demostrar que la prueba de empleo es una medida adecuada del desempeño laboral, el demandante todavía tiene la oportunidad de demostrar que existe otra prueba que mida el desempeño laboral de igual manera, pero que tiene menos efectos adversos en la comunidad de afrodescendientes que aquella preferida por la empresa. Si se logra esta demostración, la prueba de la empresa será excluida, y, probablemente, se instituirá la alternativa.[5]

Este método de tres pasos, comúnmente conocido como *«el principio de Griggs»,* pretende generar presión sobre las empresas para que desarrollen e implementen pruebas de empleo que minimicen el impacto desigual hacía la comunidad afrodescendiente. Aunque esta presión es limitada, pues nunca es tan grande como para exigir a las empresas que contraten a personas que no pueden realizar adecuadamente el trabajo en cuestión, impone de alguna manera obligaciones afirmativas a los empleadores y les exige sacrificios económicos: primero, les requiere que dediquen recursos para desarrollar pruebas que puedan medir el desempeño laboral; segundo, les obliga a utilizar una prueba, entre todas las que puedan medir el desempeño laboral, que genere menos desigualdad en los afrodescendientes, incluso si esta prueba es más costosa de administrar, suponiendo, por supuesto, que los costos adicionales no sean prohibitivos. La teoría de la responsabilidad acumulativa, tal como se aplica en *Griggs*, no impone estas obligaciones a la empresa únicamente por sus propias acciones, específicamente, que haya elegido evaluar a los empleados sobre la base de la prueba en disputa, sino también porque los afrodescendientes habían recibido, en el pasado, una educación inferior.

Tanto el caso *Gaston County* como *Griggs* se basaron en leyes que, explícitamente, prohibían la discriminación por motivos de raza. Pero los funcionarios y empresarios que habían sido llamados a rendir cuentas en estos casos no podían ser acusados literalmente de discriminación por motivos de raza –es decir, utilizar la raza como criterio para determinar quién podía votar o quién debería obtener el trabajo. Las pruebas invalidadas en estos casos se aplicaron a todos los solicitantes –blancos o afroamericanos– y se supuso que las pruebas se administrarían de manera imparcial, es decir, no habría favoritismo basado en la raza al calificar el rendimiento en la prueba. Ciertamente, siempre es posible impugnar los motivos de los funcionarios que eligen pruebas que tienen resultados dispares predecibles. Sin embargo, en estos dos casos, el Tribunal no

5. *Vid.* Albemarle Paper Co. V. Moody, 422 U.S, 406 (1971).

tomó esa ruta. No se habló de animadversión. El Tribunal asumió que las pruebas en cuestión se adoptaron como parte de un esfuerzo de buena fe para identificar buenos trabajadores o votantes calificados.

En su opinión en el caso *Griggs*, el Presidente Burger introdujo la idea de *«discriminación indirecta»*[6], sugiriendo así que una práctica que tiene el efecto de perpetuar una discriminación previa basada en la raza debería considerarse, en si misma, como una discriminación basada en la raza. Tal punto de vista, sin embargo, no es del todo convincente, porque no proporciona razón alguna para tratar las dos prácticas de la misma manera. Podríamos prohibir el uso de la raza al seleccionar empleados o al asignar el sufragio sobre la base de que constituye una forma de trato injusto, ya que la raza es un criterio irrelevante para determinar la productividad o juzgar si las personas están calificadas para votar. No se puede decir lo mismo de una prueba, como fue el caso de las utilizadas en *Griggs* y *Gasto County*, que parece tener un propósito social legítimo, como elegir buenos trabajadores o votantes calificados.

La teoría de la *«discriminación indirecta»* tampoco puede justificar el tercer paso implicado en el principio de Griggs: la obligación de una empresa o una agencia pública de adoptar una prueba alternativa que satisfaga sus necesidades legítimas pero que tenga un efecto menos adverso sobre los afroamericanos. El remedio para la discriminación, ya sea directa o indirecta, es una limitación que prohíbe la discriminación, no una obligación afirmativa de minimizar el impacto dispar. Además, y lo que es más importante, la idea de *«discriminación indirecta»* que ofreció el Presidente Burger no explica por qué es legítimo responsabilizar a una empresa (Duke Power Company) o un distrito electoral (Condado de Gaston) por la discriminación racial perpetrada por autoridades educativas, algunas de diferentes estados, sobre las cuales las autoridades en el caso no tenían control alguno.

Sostengo que no deberíamos ver decisiones como las de *Griggs* y *Gaston County* o la *teoría de la responsabilidad acumulativa* en general, como aplicaciones o incluso extensiones de normas antidiscriminatorias enfocadas individualmente. Por el contrario, estas decisiones judiciales deberían verse como impulsadas por consideraciones más grandes y fundamentales: un deseo de poner fin a la estratificación social, arraigada en la esclavitud y mantenida por las leyes Jim Crow, que trata a los afroamericanos como parias.[7] La discriminación basada en la raza es solo una de las muchas técnicas que se han usado para crear y mantener esa estructura; es un instrumento para lograr el mal, no el mal en sí mismo. Lo incorrecto es la subordinación perpetua y sistemática de un grupo que está racialmente definido.

La teoría de la responsabilidad acumulativa aprecia la interconexión de la vida social y el hecho de que las personas llevan las desventajas que reciben en un ámbito,

6. *Vid. Griggs,* 401 U.S en 430 («Allí, debido a la educación inferior recibida por los *negros* en Carolina del Norte, esta Corte prohíbe la institución de una prueba de alfabetización para el registro de votantes debido a que la prueba reducirá indirectamente el derecho a voto por la raza.»).

7. Fiss, 1976, 2004.

digamos la educación, a otros, como el empleo. Se basa en la triste verdad de que la desigualdad engendra desigualdad. El principio de *Griggs* se basa en esta teoría y requiere que las empresas tomen medidas, en consonancia con su interés en contratar trabajadores calificados, que minimicen las desventajas impuestas a los afroamericanos en otros ámbitos y en otros momentos. Específicamente, ordena a cada empresa que se asegure de que las pruebas que usa estén relacionadas con el trabajo y, más allá de eso, instituir dispositivos de evaluación que puedan servir a sus intereses comerciales, al mismo tiempo que minimiza la exclusión de la comunidad afrodescendiente.

Esta obligación no se impone porque suponemos o incluso creemos que la empresa en cuestión ha jugado un papel en la creación del sistema de casta racial que ahora subyuga a los afrodescendientes. Más bien, surge de una comprensión adecuada de la responsabilidad que cada miembro de la comunidad tiene ahora, incluso uno nacido ayer, de erradicar la estructura social estratificada que ha estropeado la sociedad estadounidense desde su inicio. Todos nosotros, simplemente porque vivimos juntos y somos miembros de la misma sociedad, debemos hacer lo que podamos para honrar los valores de la Constitución y cumplir su promesa de transformar a Estados Unidos en una comunidad de iguales.

El principio de *Griggs* no es autoejecutable. A menudo requiere la implementación por parte del poder judicial y la emisión de una orden o decreto por un tribunal. En tal caso, un juez podría condenar una prueba de empleo porque la empresa no puede demostrar que la prueba que causó un impacto desigual fue un buen indicador del desempeño laboral. O el juez podría ordenar a la empresa que instituya una prueba propuesta por el demandante sobre la base de que la prueba de la empresa no minimiza el impacto disparejo en los afroamericanos, a pesar de que mide adecuadamente el desempeño laboral. En tal litigio, podemos imaginar al jefe de una empresa preguntando: *«¿Por qué yo? ¿Por qué tengo que ajustar o cambiar mis prácticas para dar cuenta de las deficiencias impuestas por el sistema educativo?»*

Esta duda surge de un desajuste entre el carácter estructural de la reforma buscada por el principio de *Griggs* y la necesidad de adjudicación para implementar ese principio en las prácticas cotidianas de la comunidad empresarial. La aspiración es social pero el método es individualizado. Si bien el objetivo final del principio de *Griggs* es de naturaleza estructural –es decir, erradicar la estratificación racial que ha sobrevivido a la abolición de la esclavitud y el desmantelamiento de las leyes Jim Crow– en la medida en que dependamos de demandas para lograr ese propósito, necesitaremos proceder de manera fragmentaria. Tendremos que demandar a una empresa a la vez.

El CEO perjudicado en nuestra demanda imaginada debe llegar a comprender que la empresa no se hace responsable de las deficiencias en la educación que los afrodescendientes habían recibido. Por el contrario, la empresa es responsable de sus propias acciones, el método que eligió para seleccionar a sus empleados. Superficialmente, este método puede parecer lo suficientemente inocente, pero en verdad, debido a una infinidad de factores, incluido el carácter inferior de la educación que recibieron los afroamericanos, tendrá consecuencias estructurales sociales desafortunadas.

Como cuestión de fondo, la doctrina legal debe reflejar todas las dimensiones de desventaja, de lo contrario, nunca se le pondrá fin a la subordinación de los afrodescendientes. Sin embargo, desde el punto de vista procesal, debemos confrontar a un actor social a la vez, dejando el resto para otro día, con la teoría de que debemos comenzar en alguna parte. La esperanza es que la victoria alcanzada en cualquier demanda guíe a la industria y luego se extienda a otros dominios y, finalmente, se convierta en la ley del país.

DE LA CONSTITUCIÓN A LA LEY

Aunque el objetivo de la Segunda Reconstrucción —la erradicación de la estructura de casta racial que ha desfigurado a la sociedad estadounidense durante mucho tiempo— es realmente admirable, el compromiso con el proyecto comenzó a disminuir a principios de los años setenta. Varios de los jueces que habían sido responsables de *Brown* y su implementación renunciaron, y en su lugar, dos presidentes republicanos, Richard Nixon y luego su reemplazo, Gerald Ford, nombraron jueces que estaban menos comprometidos, y, tal vez, opuestos a la reforma que *Brown* había prometido.[8]

La sociedad estadounidense también comenzó a cambiar. La guerra en Vietnam aumentó la desconfianza en la autoridad del gobierno, y la inflación puso fin a la sensación de riqueza que sustentaba gran parte del idealismo de la década de 1960. Las interpretaciones clásicas del mercado ganaron mayor importancia y las personas comenzaron a ver el intercambio privado y bilateral, en lugar de la acción de las autoridades, como el principal mecanismo de ordenamiento de la sociedad.[9]

En su decisión de 1976 en *Washington v. Davis*,[10] la Corte Suprema respondió a estas situaciones, pero de una manera extraña. La mayoría hizo una distinción audaz entre Constitución y ley y rebajó el principio de Griggs a una regla legal. Tal movimiento siempre me ha parecido una lectura forzada de Griggs. Aunque, como cuestión puramente técnica, Griggs había sido sometido al Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, y la opinión del Presidente de la Corte en ese caso tenía una calidad constitucional. El precedente crucial en el que se fundamentó el Presidente Burger, a saber, *Gaston County*, se basó en la Constitución (la Decimoquinta Enmienda o su codificación en la Ley de Derechos de Voto de 1965). Además, la atención que los jueces suelen prestar al lenguaje de una ley fue reemplazada por una referencia a la antigua fábula de la cigüeña y el zorro, un modo de análisis más adecuado para la exégesis constitucional que la interpretación legal.

El Presidente de la Corte comprendió bien que, al promulgar el Título VII, el Congreso simplemente estaba tratando de ampliar la interpretación de la igualdad de protección articulada por la Corte Suprema en *Brown* a entidades o actividades no

8. *Vid.* Kalman, 2017.
9. Posner, 1973, es illustrative de este desarrollo.
10. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

cubiertas por esa decisión debido al requisito de acción estatal de la Decimocuarta Enmienda.[11] Los legisladores no imaginaban que estaban creando una nueva regla de conducta sustantiva. Por lo tanto, no fue sorprendente que, desde 1971 (cuando se decidió *Griggs*) hasta la decisión de la Corte en *Washington v. Davis* en 1976, la profesión legal trató el principio de *Griggs* como legal y constitucional.

El procedimiento que dio lugar a la decisión *Washington v. Davis* fue inicialmente presentado contra el departamento de policía de Washington, D.C., con base en la Constitución (específicamente el componente de igual de protección de la Quinta Enmienda). Durante la tramitación de la demanda, el Congreso reformó el Título VII para que fuese aplicable a las prácticas laborales de las agencias gubernamentales, pero los abogados de los solicitantes afroamericanos rechazados persistieron en sus reclamos constitucionales. Aunque la mayoría de los jueces eventualmente rechazó el reclamo del Título VII (considerando que la prueba de empleo cuestionada estaba relacionada con el desempeño laboral), primero dictaminaron que el estándar de impacto dispar de *Griggs* no regía los reclamos constitucionales.

Esta era la forma más irregular de proceder –la Corte generalmente busca evitar fallos constitucionales, si hay otro motivo de decisión disponible. De conformidad con este precepto, la Corte podría haber negado en primer lugar que se cumplieran los requisitos del principio de *Griggs*, independientemente de si el principio tenía base en la ley o en la constitución, y de esa manera eliminar la necesidad de decidir si el principio era de proporciones constitucionales. La decisión de la Corte de llegar y negar el estatus constitucional del principio de *Griggs* fue especialmente desconcertante, porque ese asunto no fue planteado ni informado por las partes. Tampoco fue una de las cuestiones presentadas formalmente a la Corte.

Al elegir el decidir en *Washington v. Davis* de la manera en que lo hizo, la Corte Suprema, en efecto, renunció a su liderazgo en la Segunda Reconstrucción. El Tribunal decidió dar un paso atrás, y durante los próximos veinte años, hasta enero de 1995, cuando los republicanos, liderados por Newt Gingrich, tomaron el control del Congreso, la responsabilidad principal de la agenda de derechos civiles de Estados Unidos se trasladó al Capitolio.[12] Durante este período, el Congreso abrió nuevos caminos cuando, en 1990, promulgó la Ley de Estadounidenses con Discapacidades, exigiendo que las entidades que prestan servicios de salud realicen ajustes razonables para las necesidades de las personas con discapacidad.[13] Sin embargo, en su mayor parte, durante esta fase en particular de la Segunda Reconstrucción, el Congreso no se embarcó en una expansión audaz y dinámica de los derechos civiles. Más bien, el Congreso se limitó a deshacer

11. *Vid*, p. ej., 110 CONG. REC. 1517 (1964) (declaración del Representante Celler, el proponente de la legislación) («La legislación ante ustedes únicamente busca honrar las garantías constitucionales de igualdad ante la ley para todos.») Refiriéndose a las disposciiones en la ley propuesta que rige los acuerdos públicos de Estado, el Representatne Celler agregó: «La discriminación de ese tipo ya ha sido declarada inconstitucional por un gran número de casos». 110 CONG. REC. 1518.
12. *Vid.* Eskridge, 1991.
13. 42 U.S.C. §§ 12101-12213 (2012).

decisiones selectas de la Corte recién constituida que consideró que habían reducido o diluido los logros anteriores.

En la Ley de Discriminación por Embarazo de 1978, por ejemplo, el Congreso modificó el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 para prohibir las decisiones de empleo basadas en el embarazo, de la misma manera que la Ley de 1964 regulaba las decisiones de empleo basadas en el sexo.[14] En 1980, el Congreso autorizó al Fiscal General iniciar y participar en demandas para proteger los derechos civiles de las personas confinadas en hospitales y prisiones.[15] Al promulgar esta medida, el Congreso respondió principalmente a una opinión presentada por William Rehnquist (juez asociado en ese entonces), acompañado por el Juez Lewis Powell y el Presidente Burger, disidentes de la negación de *certiorari*. En esa opinión, Rehnquist indicó su desaprobación de un fallo de los tribunales inferiores que permitía al Fiscal General intervenir en el litigio general de la prisión de Texas.[16] El Congreso lo entendió claramente.

En las enmiendas de 1982 a la Ley de Derechos de Voto de 1965, el Congreso prohibió las prácticas que tenían el efecto, no solo el propósito, de perjudicar a los afroamericanos en el proceso electoral. Al promulgar esta medida, el Congreso estaba respondiendo a la decisión reciente de la Corte Suprema que permitía a Mobile, Alabama, continuar su sistema general para elegir miembros del consejo de la ciudad, un acuerdo que, efectivamente, le negó a los afrodescendientes la oportunidad de elegir representantes de su elección.[17] En otra intervención legislativa de este tipo, la Ley de Restauración de los Derechos Civiles de 1987,[18] el Congreso revocó la decisión de la Corte Suprema que había reducido el alcance de las leyes de derechos civiles que prohibían la discriminación en programas o actividades que recibieran asistencia financiera federal. El estatuto de 1987 amplió el alcance de estas medidas de derechos civiles de tal manera que el receptor de los fondos federales fuera responsable de la discriminación que ocurriera en cualquiera de sus programas o actividades.

Este patrón se repitió una vez más con la Ley de Derechos Civiles de 1991.[19] El objetivo principal de esa ley, posiblemente la más importante de todas estas medidas de reparación, era revocar una decisión de la Corte Suprema de 1989 que, según los proponentes de la legislación, había debilitado la doctrina del impacto dispar de *Griggs*.[20] La Ley de 1991 procedió, no enmendando la prohibición de discriminación basada en

14. *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976), sustituido por estatuto, Ley de Discriminación por Emberazo de 1978, 42 U.S.C § 2000e(k) (2012), PUB. L. NO. 95-555, 92 Stat 2076 (1978)
15. *Civil Rights of Institutionalized Persons Act* (Ley sobre Derechos Civiles de Personas Institucionalizadas), PUB. L. NO. 96-247, 94 Stat 349 (1980).
16. *Estelle v. Justice*, 426 U.S. 925 (1976) (Rehnquist, J., opinión disidente).
17. *Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980), sustituido por estatuto, Modificación a Ley de Derechos de Voto de 1982, PUB. L. NO. 97-205, 96 Stat. 131 (1982)
18. *Grove City College v. Bell*, 465 U.S. 555 (1984), sustituido por estatudo, Ley de Restauración de los Derechos Civiles de 1987, PUB. L. No. 100-259, 102 Stat. 28 (1988).
19. PUB. L. NO 102-166, 105 Stat. 1071 (1991) (las disposiciones de la Ley que rige la responsabilidad del impacto dispar se codifican en 42 U.S.C. § 2000e-2(k)).
20. *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

la raza que se promulgó en 1964, sino agregando una disposición separada que rige la responsabilidad por impacto dispar. Al elaborar esta disposición, los proponentes de la Ley de 1991 no se ocuparon con mucha especificidad a la redacción sobre el imperio de la ley que estaban promulgando. Simplemente adoptaron un lenguaje general de una serie de decisiones anteriores de la Corte Suprema, mientras que al mismo tiempo desaprobaron la última aplicación de esos precedentes por parte de ese tribunal.[21]

Tal ejercicio del poder legislativo parece estar en desacuerdo con la teoría subyacente de *Washington v. Davis*. Pese a que esa decisión no fue fiel a la historia legislativa de la Ley de Derechos Civiles de 1964, y aunque la disposición de la Corte de aceptar la responsabilidad por impacto dispar no se derivó de manera obvia del lenguaje de esa medida, la decisión de la Corte de llevar el principio de *Griggs* del nivel de una norma constitucional a la de una norma legal, en efecto, amplió el poder del Congreso para supervisar la aplicación e interpretación de la doctrina de impacto dispar. Al entregar la responsabilidad del principio de *Griggs* al Congreso, se puede interpretar que *Washington v. Davis* promueve los valores mayoritarios. Sin embargo, la Ley de 1991 frustró esta comprensión de *Washington v. Davis*, ya que al elaborar esa Ley de la manera en que se hizo, el Congreso se negó a asumir la responsabilidad de la doctrina del impacto dispar y, en cambio, insistió en tratarla como una creación judicial. Después de este juego inter-rama de papa caliente, solo queda preguntarse: ¿Quién está a cargo aquí? ¿Es la corte o el Congreso?

Los veinticinco años siguiente a la promulgación de la Ley de 1991, la Corte Suprema ha sido gobernada en gran medida por un bloque conservador. De hecho, en todo momento, una clara mayoría de los jueces que estaban en el banquillo habían sido nombrados por presidentes republicanos, algunos por Nixon y Ford, otros por Ronald Reagan, George H. Bush y su hijo, George W. Bush. Sin embargo, notablemente, en dos ocasiones distintas durante este período de veinticinco años, la Corte consideró el lugar del principio de *Griggs* en la ley estadounidense, y en ambos casos, uno de estos

21. Sección 2(2) de la Ley de Derechos Civiles de 1991 declaró «El Congreso considera que…la decisión de la Corte Suprema en el caso *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*…ha debilitado el alcance y efectividad de las protecciones Federales de los derechos civiles….» Particularmente el Congreso dejó claro que objetaba sobre la forma en que la decisión en *Wards Cove* había alterado la carga de la prueba que regía en los reclamos de impacto dispar. Mientras que *Wards Cove* sostenía que el empleador tenía la carga de presentar evidencia de que la prueba se relacionaba al trabajo, la Corte en este caso adjudicó la carga de persuasión sobre el demandante. La Ley de 1991 señala su objeción sobre este elemento del fallo colocando la carga de la prueba sobre el patrono. Sin embargo, a partir de ahí en los cambios que la Ley causó en *Wards Cove* y la doctrina de impacto dispar, en general, permanecieron inciertos. El Congreso emitió un memorando interpretativo para acompañar la Ley de 1991, el cual dice que la Corte de *Wards Cove* malinterpretó los términos «necesidad comercial» y «relación al trabajo». Sin embargo, en lugar de proporcionar una correcta interpretación a dichos términos, simplemente se refirió al pronunciamiento de la Corte Suprema sobre esos términos en *Griggs*. *Véase* 137 CONG. REC. S28,623 (diario ed. Oct. 25, 1991) (memorando interpretativo) («Los términos "necesidad comercial" y "relacionado al trabajo" intentan reflejar los conceptos enunciados por la Corte Suprema en *Grigss v. Duke Power Co.,* y en otras decisiones de la Corte previo a la de *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*») (se omitieron citas internas).

nombrados republicanos, el juez Anthony Kennedy, escribió una opinión que sostenía dicho principio.

El primero de ellos ocurrió en la decisión *Ricci* de 2009 que involucraba a los bomberos de New Haven, Connecticut.[22] El segundo consistió en la decisión de *Inclusive Communities* de 2015, en la cual la Corte amplió la doctrina del impacto dispar del Título VII al Título VIII, por la ley de vivienda justa que fue promulgada en 1968.[23] Sin embargo, hubo elementos en las opiniones de Kennedy en ambos casos que podrían parecer en tensión con cómo se entiende tradicionalmente el principio de *Griggs*.[24]

Al decidir *Ricci*, Kennedy tuvo cuidado de estructurar su opinión dentro de los términos del Título VII, aunque entendió que el caso no era un ejercicio ordinario de interpretación legal, sino que implicaba un choque entre dos principios fundamentales. Uno fue el de *Griggs* y su orden de que los empleadores minimicen el impacto dispar. Después de *Washington v. Davis*, este principio se basó en la prohibición de discriminación en la versión original de la Ley de Derechos Civiles de 1964 y, más tarde, en la codificación explícita de la responsabilidad por impacto dispar por las enmiendas de 1991 a esa Ley. El otro principio, que ahora se entiende como basado en la versión original del Título VII, prohíbe el trato dispar –siempre que las oportunidades de empleo no se puedan asignar en función de la raza.

Al principio, Kennedy anunció que su propósito era dar efecto a ambos principios (impacto dispar y trato dispar), pero en realidad le asignó una prioridad al impacto dispar. De hecho, dictaminó que, si el principio de *Griggs* requiere que un empleador deseche los resultados de una prueba para evitar una responsabilidad de impacto dispar, cualquier objeción que un solicitante blanco descontento, que tuvo éxito en esa prueba, pueda plantear contra la acción del empleador, basada en el trato dispar, sería rechazada. Al asignar una prioridad al impacto dispar, Kennedy podría estar reflejando una creencia en el papel especial que puede desempeñar la doctrina para lograr la igualdad racial. En un nivel más técnico, su posición podría basarse en una regla de interpretación legal, que asigna una prioridad a la medida promulgada más recientemente (Ley de 1991). O bien, Kennedy podría estar reflejando un compromiso de adherirse al precedente, a saber, *Washington v. Davis*, ya que interpretó la prohibición de discriminación contenida en el Título VII como la fuente del principio de impacto dispar y, por lo tanto, no podría prohibir las medidas adoptadas de conformidad con ese principio.

Sin embargo, *Ricci* implicaba un elemento adicional que complicaba la aplicación del marco creado por Kennedy. No estaba del todo claro que la acción de New Haven, descartando los resultados de una prueba que implicara un impacto dispar, se basara en un deseo de cumplir con el principio de *Griggs*. La ciudad había actuado por sí sola –sin una orden judicial que implementara el principio de *Griggs*– después de revisar

22. *Ricci v. DeStefano*, 557 (2009).
23. *Tex. Dep't of Hous. & Cmty. Affairs v. Inclusive Cmtys. Project, Inc.*, 135 S. Ct. 2507 (2015).
24. Los dos artículos más importantes sobre el principio de *Griggs,* uno escrito antes de *Ricci*, el otro después de *Ricci* pero antes de *Inclusive Cmtys.,* son los de Primus 2010 y 2003.

los resultados de una prueba que rige las promociones, y luego de que se hiciera de conocimiento público que la prueba, si se permitía que surtiera efecto, conduciría a la promoción de numerosos solicitantes blancos y ningún solicitante afroamericano. La perspectiva de tal resultado desencadenó una reacción pública hostil, y ante esa protesta, el ayuntamiento anuló los resultados de la prueba alegando que existían pruebas o métodos de evaluación alternativos e igualmente válidos que minimizarían el impacto dispar de los afroamericanos.

Bajo estas circunstancias, a Kennedy le preocupaba que la razón declarada por New Haven para desechar el examen pudiera ser un pretexto y que, en realidad, el motivo por el que rechazó a los solicitantes que obtuvieron el puntaje más alto en el examen fue por su raza –eran blancos. Para protegerse contra esta contingencia, Kennedy dictaminó que un empleador, actuando por su cuenta, podría descartar los resultados de una prueba validada bajo el supuesto de que existen pruebas alternativas, igualmente válidas, que minimizarían el impacto dispar solo si existiera, en sus términos, *«una base sólida en evidencia»* de que la acción era necesaria para evitar una responsabilidad por impacto dispar.[25] En el caso específico que debía decidir, Kennedy concluyó que este requerimiento de *«una base sólida en evidencia»* no se cumplía. Una vez que se rechazó ese reclamo, parecía que la acción de New Haven de rechazar la prueba se basó en gran medida en *«los resultados raciales en bruto»* –los solicitantes seleccionados eran blancos– lo que constituiría una violación de la disposición de tratamiento dispar del Título VII.[26]

El Tribunal fue dividido 5-4. La jueza Ruth Ginsburg presentó una disidencia en nombre del bloque liberal, pero se debe subrayar la naturaleza limitada de esa disidencia.[27] Ella estuvo de acuerdo con Kennedy en que el caso involucraba una tensión entre los dos principios fundamentales –tratamiento dispar e impacto dispar– que se encarnan en el Título VII. También estuvo de acuerdo con el orden que Kennedy había establecido entre estos dos principios: el impacto dispar es anterior, o como ella lo diría, *«fundacional»*.[28] Esto significa que Ginsburg creía, al igual que Kennedy, que si una decisión de deshacerse de una prueba se hace para implementar el principio de *Griggs* y para minimizar el impacto dispar requerido por ese principio, los solicitantes blancos perjudicados por esa decisión no tendrían derecho de reclamo bajo el Título VII.

Sin embargo, Ginsburg se opuso al estándar que Kennedy había elaborado para determinar, cuando hay un acuerdo voluntario, si el deseo del empleador de evitar la responsabilidad por impacto dispar es de hecho la base de su acción. Específicamente, se quejó de la rigurosidad de la prueba de *«base sólida en evidencia»* de Kennedy para protegerse contra el trato desigual. Pero la regla que Ginsburg ofreció para protegerse contra esta misma contingencia fue notablemente similar a la de Kennedy. Si bien Kennedy insistió en *«una base sólida en evidencia»*, Ginsburg exigió que, al descartar

25. *Ricci,* 557 U.S. en 584.
26. *Íd.* en 593.
27. *Íd.* en 621 (Ginsburg, J., opinión disidente)
28. *Idem.* (citando *idem* en 581 (opinión mayoritaria))

los resultados de una prueba, el empleador debe tener una «*buena causa*» para creer que existían pruebas alternativas igualmente válidas que minimizarían el impacto dispar.[29] La similitud entre los dos estándares –«*base sólida en evidencia*» y «*buena causa*»– se hizo especialmente evidente en un caso de derechos de voto de 2017, donde Kennedy, en una opinión mayoritaria en conjunto con Ginsburg, usó los dos estándares indistintamente.[30]

Ginsburg tenía motivos más firmes, aunque todavía limitados, cuando ella se opuso a la aplicación del estándar de Kennedy en el caso *Ricci*. Ella creía que el tribunal de distrito debería aplicar la prueba de «*base sólida en evidencia*» en primera instancia en una prisión preventiva. Ese estándar, extraído de una opinión de la juez Sandra Day O'Connor en el caso de acción afirmativa de *Richmond*,[31] nunca se había aplicado en el contexto de *Griggs* y, en cualquier caso, la aplicación de dicho estándar al expediente no estaba en el timón de la Corte Suprema.

Después de expresar esta objeción, Ginsburg aplicó prácticamente el mismo estándar que Kennedy y llegó a una conclusión opuesta.[32] Concluyó que la acción de la ciudad, deshacerse de la prueba, se basó en un fallo bien fundamentado de que existían métodos alternativos de selección que eran igualmente válidos, que producirían un menor impacto dispar y que permitirían que la prueba no se basara en la raza de los candidatos. Pero esta conclusión constituye principalmente una diferencia sobre los hechos, no en el marco legal, aunque su lectura del expediente bien puede haber sido guiada por su comprensión de la ley o, más específicamente, por una duda de que ella podría haber albergado acerca de si la prohibición de tratamiento dispar proporciona una protección tan extenuante a los blancos como a los afrodescendientes.

Al hablar por la mayoría, Kennedy dictaminó que New Haven no tenía una «*base sólida de evidencia*» para desechar la prueba y que, por lo tanto, su acción no estaba dictada por el principio de *Griggs*. Luego concluyó que New Haven había violado la

29. *Idem*. en 625-26 (Ginsburg, J., disidente) («Por lo tanto, yo sostendría que un empleador que desecha un dispositivo de selección cuando su impacto racial desproporcionado se hace evidente no viola automáticamente o en absoluto la barra de tratamiento dispar del Título VII, sujeto a esta condición clave: El empleador debe tener una buena razón para creer que el dispositivo no resistirá la prueba por necesidad comercial»).
30. *Cooper v. Harris*, 137 S. Ct. 1455, 1464 (2017) (se omite la cita) («Cuando un Estado invoca el VRA para justificar el distrito basado en la raza, debe demostrar (para cumplir con el requisito de "adaptación estrecha") que tenía "una base sólida de evidencia" para concluir que el estatuto requería su acción. O dicho de otra manera, el Estado debe establecer que tenía "buenas razones" para pensar que transgrediría la Ley si trazaban líneas de distrito basadas en la raza»).
31. *City of Richmond v. J.A. Croson Co*., 488 U.S. 469 (1989)
32. En otro voto, el juez Samuel Alito se quejó de la disposición de Ginsburg de otorgar un juicio sumario a la ciudad, ya que eso requeriría un hallazgo que ningún jurado racional podría encontrar para los solicitantes blancos rechazados. *Ricci*, 557 U.S. en 597 (Alito, J., concurrente). Sin embargo, Ginsburg dejó en claro que estaba a favor de una devolución y otros procedimientos (que podrían incluir un juicio) y declaró que estaba dispuesta a deshacerse del caso en una moción de juicio sumario (en su caso, al otorgar la moción de la ciudad) porque la mayoría había otorgado la moción de los demandantes blancos rechazados para juicio sumario y, por lo tanto, consideró que «la adjudicación final por este Tribunal [era] apropiada». *Idem*. en 632 n.10 (Ginsburg, J., disidente); *véase también idem* en 639 («No me opondría a una devolución por nuevos procedimientos justos para ambas partes»).

prohibición del tratamiento dispar contenido en el Título VII.[33] Resolver el caso de esta manera eliminó la necesidad de que Kennedy abordara cualquier objeción constitucional que pudiera plantearse a la Ley de 1991. Sin embargo, el juez Antonin Scalia no estaba preparado para dejar el asunto de esta manera.[34] Se unió a la opinión que Kennedy escribió para una mayoría de cinco, pero también presentó un acuerdo por separado –tal vez un guiño y un codazo a futuros litigantes– indicando en su inimitable manera que tenía dudas sobre la constitucionalidad del estatuto federal (la Ley de 1991) que había codificado el principio de *Griggs*. Las dudas de Scalia se derivaron del hecho de que la Ley de 1991 requirió o alentó a los empleadores a tomar medidas con conciencia racial.

Dos años antes, Kennedy había indicado su desacuerdo con esta línea de análisis. En su opinión concurrente en el caso *Parents Involved* de 2007,[35] Kennedy dejó en claro que la conciencia del impacto racial de una política o práctica no era ilegal bajo la igualdad de protección, ni siquiera desencadenó un escrutinio estricto. Puso el uso de clasificaciones raciales para asignar oportunidades escasas en otra categoría por completo. Si bien el uso de clasificaciones raciales no estaba necesariamente prohibido, dicha práctica desencadenaría un escrutinio estricto y se consideraría ilegal, a menos que haya una demostración de que el uso de una clasificación racial sirvió para un propósito convincente y se ajustó estrechamente (es decir, no hay otra alternativa para lograr ese fin). Desde esta perspectiva, no se puede plantear ninguna objeción constitucional a la Ley de 1991. No requiere que los empleadores usen una clasificación racial como base para otorgar trabajos. Por supuesto, la Ley exige que los empleadores sean conscientes del impacto racial de las pruebas u otras normas aparentemente inocentes que podrían usar para seleccionar empleados, pero tal conciencia racial, ya sea practicada por funcionarios públicos o exigida por aquellos actores privados, no es ilegal o incluso sospechosa. En *Parents Involved*, Kennedy rechazó la idea de una Constitución sin distinción de colores/razas, cuando se toma como una declaración de las restricciones constitucionales sobre lo que podría verse o conocerse por los funcionarios públicos o lo que ellos puedan requerir de otros.

33. El juez Kennedy trató la prohibición de trato dispar del Título VII en términos más absolutistas que la igualdad de protección constitucional. Bajo la igualdad de protección, una decisión basada en la raza desencadena un escrutinio estricto y solo se puede permitir si cumple algún propósito convincente y está estrechamente diseñada para cumplir ese propósito. Según el Título VII, una decisión basada en la raza no es solo una razón para un escrutinio estricto, sino que está totalmente prohibida. *Ricci*, 557 U.S. en 579.
34. *Idem* en 594 (Scalia, J., opinión concurrente) («Me uno por completo a la opinión del Tribunal, pero me dirijo por separado para hacer ver que su resolución en este conflicto simplemente pospone el terrible día en el que la Corte tendrá que enfrentar la pregunta: si, o ¿hasta qué punto son coherentes las disposiciones de impacto dispar del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 con la garantía de la Constitución de igualdad de protección?»).
35. *Parents Involved in Cmty. Sch. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 552 U.S. 701, 782 (2007) (Kennedy, J., concurrente en parte y concurrente en la sentencia).

En resumen, Kennedy, a diferencia de Scalia, no creía que hubiera una *«guerra entre impacto dispar e igualdad de protección»*.[36] En este tema, Kennedy se basó en las opiniones de Ginsburg y los otros tres jueces que se unieron a su disidencia *Ricci* –en otras palabras, la mayoría de la Corte. Bien podríamos perdonar a Kennedy por no abordar las reflexiones que Scalia expresó en su concurrencia en *Ricci*, ya que parecían estar destinadas a lanzar una guerra que Scalia ya había perdido.

La segunda opinión mayoritaria de Kennedy sobre el principio de *Griggs*, en el caso de *Inclusive Communities*, tomó la prueba de impacto dispar del Título VII y la injertó en el Título VIII. Este fallo, en contraste con la opinión de Kennedy en *Ricci*, no molestó a Ginsburg ni a los otros jueces liberales. De hecho, todos se unieron a la opinión de *Inclusive Communities* de Kennedy formando así una mayoría de cinco para extender el principio de *Griggs* del empleo a la vivienda –un logro muy notable, dado que el Título VIII, a diferencia del Título VII después de la enmienda de 1991, no contenía una disposición separada respaldando la responsabilidad por impacto dispar.

El caso en cuestión se refería a las prácticas de una agencia estatal encargada de otorgar créditos fiscales federales a los promotores inmobiliarios que diseñaran una manera para promover mejor el desarrollo de viviendas asequibles. Los demandantes, un grupo dedicado a promover la integración residencial, argumentaron que se debería exigir a la agencia estatal que otorgara estos créditos fiscales a los desarrolladores que buscaran construir nuevas viviendas de bajo costo en las comunidades blancas suburbanas en lugar de los desarrolladores que proponían construir viviendas nuevas y de bajo costo en guetos del centro de la ciudad y, de esa manera, buscar revitalizar esas comunidades.

Frente a dos políticas alternativas, posiblemente razonables, Kennedy era reacio a que un tribunal federal, por medio de una doctrina de impacto dispar, tomara la decisión por la agencia estatal o, como él lo expresó, *«dudar de»* la agencia.[37] En ese sentido, parecía haber diluido el principio de *Griggs*, que efectivamente requiere que un empleador adopte la prueba alternativa menos desventajosa.[38] Sin embargo, no

36. *Ricci,* 557 U.S. en 595 (Scalia,J., concurrente).

37. *Tex. Dep't of Hous. & Comty. Affairs v. Inclusive Cmtis, Project, Inc.,* 135 S. Ct. 2507, 2512 (205) («Aquì, el conflicto subyacente involucra una teoría innovadora de responsabilidad que, en el momento de la devolución, podría verse simplemente como un intento de adivinar cuál de los dos enfoques razonables que una autoridad de vivienda debe seguir al asignar créditos fiscales para vivienda de bajos ingresos»). Más tarde, repite el mismo pensamiento. *Idem*. en 2522 («Este caso, al devolverse, puede verse simplemente como un intento de cuestionar cuál de los dos enfoques razonables debe seguir una autoridad de vivienda en el ejercicio de su discreción en la asignación de créditos fiscales para viviendas de bajos ingresos»).

38. *Hills v. Gautreaux*, 425 U.S. 284 (1976), arroja considerables dudas sobre la razonabilidad de una de esas alternativas para hacer alternativas para apoyar la construcción de viviendas asequibles en el *ghetto* del centro de la ciudad. En esa decisión, la Corte Suprema confirmó la orden emitida por un tribunal de distrito que exige que el Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano proporcione vales a las familias que viven en proyectos de vivienda pública en el centro de la ciudad que les permitiría mudarse a comunidades suburbanas blancas. Esta orden no se basó en un hallazgo de que la agencia federal de vivienda discriminaba por motivos de raza en la construcción y ubicación del proyecto de vivienda pública, sino que solo suministraba los fondos a la autoridad municipal de vivienda, que había ubicado los proyectos en barrios negros porque los residentes probablemente eran afroamericanos. Los cupones permitieron que los residentes de viviendas públicas se mudaran a una nueva comunidad integrada y, por lo tanto, podrían justificarse con el argumento

debemos perder de vista el contexto inusual de *Inclusive Communities* en sí, que implicaba la asignación de escasos créditos fiscales. Kennedy parecía dispuesto a aplicar el principio de *Griggs* con toda su fuerza en un caso que se encontraba dentro de lo que él llamó el *«corazón»* de la doctrina del impacto dispar –es decir, cuando un tribunal confrontó barreras, análogas a las que surgen en el contexto laboral, que los afroamericanos podrían encontrarse al obtener acceso a la vivienda.[39] Tal caso podría surgir, por ejemplo, cuando una ciudad suburbana prohíbe la construcción de edificios de apartamentos con alquileres de bajo costo sobre el fundamento de que tales instalaciones causarían congestión de tráfico. En el contexto laboral, una vez que se muestre un impacto dispar, el acusado tendrá la oportunidad de demostrar que la barrera impugnada está relacionada con el trabajo y, en ese sentido, sirve a un interés comercial legítimo. En el caso de la vivienda, una vez que se demuestre que la política impugnada ha causado un impacto dispar, la municipalidad demandada tendrá la oportunidad de demostrar que la política de hecho sirve a un interés público legítimo (gestión del tráfico). Si la prueba se realiza adecuadamente, el demandante entonces tendrá la oportunidad de demostrar que existen formas alternativas de satisfacer las necesidades del público (por ejemplo, redirigiendo el tráfico) que conllevarían un impacto menos dispar.

En *Inclusive Communities* como en *Ricci*, Kennedy atribuyó la responsabilidad al Congreso por esta ampliación de la doctrina del impacto dispar hacia la vivienda, y caracterizó el rol de la Corte como el de simple cumplimiento de un mandato del Congreso. Esto le permitió conciliar su decisión con *Washington v. Davis* y guardar el principio conservador que podría haber dado lugar a esa decisión –que las ramas políticas, no el poder judicial, deberían ser los principales responsables de la reconstrucción de la sociedad estadounidense. Sin embargo, podemos ver cuán tensa es esta versión de *Ricci* e *Inclusive Communities* cuando nos centramos en el supuesto mandato legislativo que Kennedy citó en cada caso.

En *Ricci*, señaló la Ley de Derechos Civiles de 1991, aunque, como hemos visto, ese estatuto implicaba una extraña división de responsabilidad entre el Congreso y el poder judicial y representa todo menos el dominio típico del Congreso. En *Inclusive Communities*, Kennedy señaló las enmiendas de 1988 a la Ley Federal de Vivienda, pero esta atribución de responsabilidad al Congreso es aún más tensa. A diferencia de la Ley de 1991, las enmiendas de 1988 no codificaron ni adoptaron de ninguna otra manera la doctrina del impacto dispar; solo agregaron protecciones contra la discriminación basada en el estatus familiar o la discapacidad y mejoraron los mecanismos de aplicación de la ley.

Al buscar el mandato legislativo requerido por *Washington v. Davis*, Kennedy señaló tres regulaciones incluidas en las enmiendas de 1988. Una estipula que nada en la Ley

de que mantener el *ghetto* del centro de la ciudad tendría el efecto de perpetuar la subordinación de los afroamericanos. *Véase generalmente* Fiss, 2003. Para un estudio empírico integral de los beneficios de las políticas de desconcentración, *vid.* Chetty, 2016.

39. *Vid* Sheehan, 2017, pp 391, 399.

de Vivienda Justa impedirá que los tasadores tengan en cuenta factores distintos a los enumerados específicamente como características protegidas: raza, religión, origen nacional, sexo, discapacidad o estatus familiar. Una segunda prohibió cualquier intento del Congreso de interferir con las decisiones de vivienda basadas en condenas por la producción y distribución de drogas. La tercera estipula que nada en la Ley debe interpretarse como una interferencia con las decisiones que buscan limitar el número máximo de personas en una vivienda.

Kennedy seguramente tenía razón al decir que estas tres regulaciones serían superfluas si el Congreso hubiera asumido que la doctrina de impacto dispar no era aplicable bajo la Ley. Pero hay una diferencia decisiva entre, por un lado, que el Congreso suponga que la responsabilidad por impacto dispar podría ser aplicable a la vivienda si la Corte Suprema permite que la línea de decisiones de las cortes de circuito adopte una doctrina de impacto dispar en los casos de vivienda o finalmente siga un camino similar y, por otro lado, el Congreso ordene, dirija o incluso respalde tal doctrina. Al elegir la primera alternativa, el Congreso solo se estaba preparando para una contingencia.

De hecho, es notable, como señaló Kennedy, que en el curso del proceso legislativo que condujo a las enmiendas de 1988, el Congreso no repudió las decisiones de las cortes de circuito que anteriormente habían extendido la responsabilidad de impacto dispar a la vivienda. Sin embargo, tal inacción en el Congreso no es una base suficiente, según las reglas ordinarias que rigen el proceso legislativo, para permitir que Kennedy concluya, como lo hizo, que en las enmiendas de 1988 el Congreso había *«aceptado», «afirmado»* y *«ratificado»* la doctrina de impacto dispar.

Presumiblemente la intervención necesaria del Congreso se produjo en 1968, cuando el Congreso promulgó originalmente la Ley de Vivienda Justa, no cuando modificó esa Ley en 1988. La Ley de Vivienda Justa original contenía una prohibición de la discriminación en la vivienda y constituye una buena base legal para la doctrina de impacto dispar como la prohibición de la discriminación en el empleo promulgada originalmente por el Congreso cuando adoptó el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964.[40] Aunque todo el mundo había pensado que la decisión original de *Griggs* era más un ejercicio de legislación constitucional que de interpretación legal,

40. Aunque Kennedy consideró que las enmiendas de 1988 de la Ley de Vivienda Justa eran «de crucial importancia» para su argumento de defensa de la extensión de la responsabilidad por impacto dispar a vivienda, también logró encontrar dentro de la Ley Vivienda Justa, como se promulgó originalmente, una regla que requiere que las políticas de vivienda se juzguen en función de sus efectos, no solo de sus propósitos. *Inclusive Cmtys.*, 135 S. Ct. en 2519. Específicamente, señaló la frase «de otra manera hacer que no esté disponible» en la Sección 804 de la ley de 1968. *Idem*. Esa disposición lo hizo ilegal: «Negarse a vender o alquilar después de hacer una oferta de buena fe, o negarse a negociar la venta o alquiler de, o de otra manera hacer que no esté disponible o negar, una vivienda a cualquier persona debido a la raza…» La lectura del juez Kennedy del estatuto de 1968 aparece como una exageración, ya que, en el contexto, «de otra manera hacer que no esté disponible» aparece como una frase general diseñada para cubrir la multiplicidad de formas en que un propietario puede discriminar en función de la raza. Es digno de mención que la distinción entre el propósito de los versos de efecto jugó poco o ningún papel en la evolución de la legislación de derechos civiles en la década de 1960 y de hecho alcanzó su importancia en la ley solo después de la decisión de 1976 en *Washington v. Davis.*

en *Washington v. Davis* la Corte sostuvo lo contrario. Dictaminó que la prohibición original de discriminación en el empleo incluía una prohibición de impacto dispar y, por extraño que parezca, esa decisión podría considerarse como la base de la decisión de la Corte en *Inclusive Communities*. Los valores mayoritarios que justificaron a *Washington v. Davis* atenderían por el hecho de que el Congreso posee el mismo poder para supervisar la administración de la doctrina de impacto dispar en el campo de la vivienda que en el empleo. En verdad, aunque Kennedy señaló las enmiendas de 1988, su mente debe haber estado en 1968. Hizo por la vivienda en *Inclusive Communities* lo que el Presidente Burger había hecho por el empleo en *Griggs*.

GRIGGS EN EL MAR

Desde la perspectiva de *Ricci* e *Inclusive Communities*, el requisito de aprobación legislativa de la prueba de impacto dispar ha adquirido un carácter formal, casi ritualista. La Corte lo usó en esos casos como una hoja ideológica, permitiendo que los fallos constitucionales se presentaran como ejercicios de interpretación legal. Es cierto que, en los contextos de empleo y vivienda, como fue cierto en derecho de voto, este desarrollo ha sido, en su mayor parte, benigno. Aun así, las victorias logradas en *Ricci* e *Inclusive Communities* no deberían cegarnos ante los daños reales impuestos por el requisito del mandato legislativo de *Washington v. Davis* y al hecho de que creó un obstáculo significativo para el alivio efectivo en otros dominios, especialmente en la educación primaria y secundaria.

Si bien la Ley de Derechos Civiles de 1964 contenía varias disposiciones relacionadas con la desegregación de las escuelas públicas, se dedicaron en gran medida a mejorar las técnicas para hacer cumplir el decreto de la Corte Suprema en *Brown*. Por ejemplo, la Ley de 1964 autorizó las demandas escolares del Departamento de Justicia[41] y permitió que el Departamento interviniera en cualquier demanda civil basada en un reclamo de igualdad de protección.[42] La Ley de 1964, sin embargo, no promulgó una regla sustantiva, como lo había hecho en el contexto laboral, que prohíbe la discriminación en la educación pública. A los ojos del Congreso, no había necesidad de tal medida porque la declaración de *Brown* de que la educación segregada es inherentemente desigual ya estaba en los libros. Era la ley. Entonces, irónicamente, cuando la Corte negó en *Washington v. Davis* la aplicabilidad de la doctrina de impacto dispar a las demandas de igualdad de protección, dejó a la desegregación escolar más vulnerable a los peligros de la fragmentación que el voto basado en ley, el empleo y eventualmente las demandas de vivienda, todo lo cual podía argumentarse basado en ley.

Como resultado, a mediados de la década de 1970, cuando llegó el momento de considerar la aplicabilidad de *Brown* al Norte y al Oeste y, por lo tanto, evaluar en esas

41. Ley de Derechos Civiles de 1964, Título IV, §407 (codificado según la enmienda en 42 U.S.C. §2000c-6).
42. Ley de Derechos Civiles de 1964, Título IX, §902 (codificado según la enmienda en 42 U.S.C. §2000h-2).

áreas la práctica común de asignar estudiantes a las escuelas en función de sus vecindarios, la Corte Suprema carecía de los medios para vincular a las fuerzas responsables de la creación de barrios racialmente segregados al patrón segregado de la asignación de escuelas. En consecuencia, la Corte limitó la fuerza de *Brown* a los casos en que la junta escolar local había utilizado un criterio racial para asignar estudiantes a las escuelas. Ignoraba el papel que desempeñaba la agencia gubernamental en la construcción de los patrones residenciales a través de la zonificación racial, la aplicación de convenios racialmente restrictivos, la negativa a garantizar hipotecas en los llamados *«barrios cambiantes»* y la ubicación de proyectos de vivienda pública solo en los barrios negros. Las escuelas eran escuelas, la vivienda era la vivienda. La responsabilidad acumulativa fue denegada. Para ser precisos, este giro en la ley ocurrió poco antes de que se dictaminará *Washington v. Davis*, específicamente en la decisión de 1974 que rechaza el plan de desegregación de escuelas metropolitanas en el caso de *Detroit*.[43] Sin embargo, el fallo de la Corte en *Washington v. Davis* que limitó el principio de *Griggs* a los reclamos legales, acorta cualquier esfuerzo adicional para corregir la segregación de la escuela primaria y secundaria a través de una teoría que vincula los patrones de asignación de estudiantes con la discriminación en la vivienda.

El Título VI de la Ley de Derechos Civiles de 1964 demostró ser incapaz de corregir este incumplimiento.[44] Aunque ese estatuto no abordaba la educación primaria y secundaria con ninguna especificidad, sí imponía una prohibición amplia de la discriminación racial en cualquier programa o actividad que recibe asistencia financiera federal, y esta categoría incluía la educación pública, especialmente después de la infusión masiva de fondos federales a las autoridades estatales y locales en virtud de la Ley de Escuelas Primarias y Secundarias de 1965. La Sección 602 del Título VI autorizó específicamente a las agencias de financiación federales para implementar la prohibición amplia de la discriminación racial contenida en la disposición inicial de ese título (Sección 601). Las regulaciones que habían sido promulgadas por varias agencias de financiamiento bajo la Sección 602 prohibieron explícitamente las prácticas que tenían el efecto, no solo el propósito, de discriminar en función de la raza, y se entendió que la prohibición de los efectos discriminatorios imponía una responsabilidad de impacto dispar en todos los receptores de asistencia financiera federal. Sin embargo,

43. *Vid. Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 728 n.7 (1974). En la nota al pie siete, la Corte se negó a considerar el impacto que la segregación residencial podría tener sobre el carácter racial de los patrones de asistencia de los estudiantes. En el propio *Milliken*, esta acción se justificó por el motivo limitado de que la aprobación de los tribunales inferiores del recurso entre distritos no se basó en una consideración del impacto de la segregación residencial. Sin embargo, la voluntad de la Corte Suprema de dejar a un lado el recurso entre distritos sin considerar la importancia de la segregación residencial implicaba una regla mucho más amplia que hacía que las fuerzas que creaban patrones residenciales fueran irrelevantes. *Vid.* Orfield, 2015: 369-70, 412-13. Para la responsabilidad de los gobiernos federales, estatales y locales en la creación de segregación residencial en Detroit, incluso fuera de los límites de la ciudad, *vid.* Rothstein, 2017: xii-v, 23-24, 26-27, 74, 81 82, 97-99, 104-05, 128-29, 146-47.

44. 42 U.S.C §§ 2000d-2000d-7

en la decisión de 2001 en *Alexander v. Sandoval*,[45] la Corte Suprema sostuvo que no había derecho particular para hacer cumplir las regulaciones que imponían responsabilidad de impacto dispar. El caso surgió de una demanda colectiva que impugnaba la decisión del Departamento de Seguridad Pública de Alabama de realizar exámenes de manejo solo en inglés.

Scalia redactó la opinión mayoritaria en *Alexander v. Sandoval*. No solo prohibió el derecho particular de hacer cumplir la regulación que proscribía el efecto discriminatorio o el impacto dispar, sino que, de manera inimitable, también creó dudas sobre si dicha regulación, incluso si se aplicara mediante una acción administrativa, sería un ejercicio legítimo de la autoridad otorgada a la agencia de financiamiento bajo la Sección 602. Aunque Scalia dijo que estaba preparado para asumir, pero no decidir, que una norma que prohíbe el efecto discriminatorio que se haría cumplir por acción administrativa constituiría un ejercicio legítimo de esa autoridad, él enfatizó repetidamente que la Sección 601 prohíbe solo la discriminación intencional. Además, si bien negó un derecho particular para hacer cumplir la norma de impacto dispar sobre la base de la regla que desfavorece las causas de acción implícitas, indicó su disposición a honrar el precedente que había permitido los derechos de acción privados bajo el Título VI para las regulaciones que prohibían la discriminación intencional.

La nube que Scalia creó sobre la legalidad de las regulaciones de impacto dispar no llevó a las agencias de financiación, incluidas las encargadas de distribuir fondos a las escuelas públicas, a derogar dichas regulaciones o evitar que emitieran nuevas regulaciones para el mismo efecto. Pero no estaba del todo claro cómo se harían cumplir tales regulaciones. Las agencias federales de financiación poseen un gran poder (cesación de fondos), pero el poder es tan grande –un corte de fondos dañaría a todos los niños de la escuela del distrito– que todos entendieron que lo más probable es que nunca se usaría. A fines de la década de 1960, cuando la Oficina de Derechos Civiles del Departamento de Salud, Educación y Bienestar estaba a la vanguardia del esfuerzo para implementar *Brown*, el poder judicial trató de llenar esta brecha correctiva transformando las demandas de una agencia administrativa en requisitos constitucionales y permitiendo que estas demandas se ejecuten judicialmente.[46] Pero *Washington v. Davis* excluyó esta opción para aquellas regulaciones que imponen responsabilidad por impacto dispar.

Del mismo modo, si no fuera por *Washington v. Davis*, el principio de *Griggs* habría reformado casi seguramente la educación superior pública de una manera fundamental. Para los procesos de admisión por oposición, las universidades estatales se basan en pruebas estandarizadas que exceden las desventajas que los afroamericanos reciben en la educación primaria y secundaria –exactamente la misma situación presentada por los hechos en *Griggs*. Sin embargo, una vez que *Washington v. Davis* negó la aplicabilidad de la doctrina del impacto dispar a reclamos de igualdad de protección, estas instituciones de educación superior no tuvieron la carga de demostrar en un tribunal de justicia que

45. *Alexander v. Sandoval*, 532 U.S. 275 (201)
46. Read, 1978: 432-35.

las pruebas que usaron estaban relacionadas adecuadamente con la predicción del rendimiento académico. Los solicitantes afrodescendientes agraviados tampoco tuvieron la oportunidad de demostrar que había métodos alternativos disponibles para predecir dicho rendimiento y que estos métodos disminuirían el impacto dispar en ellos.

Las universidades estatales eran libres de seguir voluntariamente los procedimientos requeridos por su comprensión del principio de *Griggs*. Presumiblemente, algunas lo hicieron. Otras, junto con varias universidades privadas, optaron por aumentar la inscripción de estudiantes afrodescendientes al otorgarles a los solicitantes una ventaja modesta –un plus indeterminado, pero no predominante– en el proceso de admisión. Esta práctica, generalmente conocida hoy como acción afirmativa, se hizo prominente a principios de la década de 1970 y en sus inicios fue vista en los mismos términos que el principio de *Griggs* –como una estrategia para terminar con la subordinación racial. Se pensó que la acción afirmativa aceleraría la movilidad ascendente de los afroamericanos como grupo y, por lo tanto, ayudaría a poner fin a la estratificación social en el corazón del sistema de castas raciales.[47]

La Corte Suprema, después de batallas interminables y aún continuas, ha mantenido preferencias raciales cuando lo practican las universidades estatales, pero nunca en esos términos.[48] En cambio, la Corte ha permitido un tratamiento preferencial para los afroamericanos según la teoría, articulada por primera vez en 1978 por el juez Lewis Powell en el caso *Bakke*[49] y luego utilizada en 2003 por la juez Sandra Day O'Connor en *Grutter v. Bollinger*. Hablando por la mayoría, declaró que la acción afirmativa proporcionaría «*beneficios educativos que fluyen de la diversidad del cuerpo estudiantil*».[50]

El razonamiento de diversidad de O'Connor salvó el día, al menos de forma estratégica, pero dejó la política de trato preferencial sin una justificación con peso suficiente para compensar la sensación de injusticia que evoca en muchos. También hizo que la acción afirmativa fuera especialmente vulnerable a la dinámica política de los referéndums estatales, incluido el que la Corte Suprema confirmó en 2014, que prohibía a los funcionarios de las universidades estatales en Michigan otorgar preferencias basadas en la raza en las admisiones.[51] Si el tratamiento preferencial solo puede ser defendido sobre la base de que proporciona beneficios educativos, entonces el electorado estatal podría decidir renunciar a dichos beneficios o tratar de alcanzarlos a través de alternativas que eviten la queja que sienten los solicitantes blancos que fueron rechazados porque los afrodescendientes habían sido preferidos.

La Corte en el caso de Michigan estaba muy dividido. Kennedy pronunció el fallo de la Corte y escribió una opinión al cual John Roberts y Samuel Alito se unieron (aunque Roberts también escribió una concurrencia por separado). Gran parte de la

47. Fiss, 1997.
48. *Fisher v. Univ. of Tex. in Austin*, 136 S. Ct. 2198 (2016).
49. *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
50. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 330 (2003).
51. *Schuette v. Coal.* para defender la acción afirmativa, la integración y los derechos de los inmigrantes y la lucha por la igualdad, por Cualquier Medio Necesario (*BAMN*), 134 S. Ct. 1623 (2014).

opinión de Kennedy era un himno a la democracia –una expresión conmovedora de su fe en la calidad de un electorado para comprender y deliberar sobre un tema complejo y difícil de las políticas públicas. Si bien también reconoció los límites –los límites constitucionales– de las prerrogativas de la población, las trató como irrelevante en este caso al considerar que el propósito del trato preferencial basado en la raza no es más que una cuestión de política educativa.

En el centro de la opinión de Kennedy está la doctrina del proceso político, que, para Kennedy, surgió de tres decisiones de la Corte Suprema: la decisión de 1967 en *Reitman v. Mulkey*,[52] la decisión de 1969 en *Hunter v. Erickson*,[53] y la decisión de 1982 que involucra la desegregación de escuelas primarias y secundarias en Seattle.[54] En *Reitman v. Mulkey*, la Corte Suprema invalidó una enmienda a la constitución de California que protegía el derecho de los propietarios de vender sus propiedades a quien quisieran, impidiendo así la promulgación de una ley de vivienda justa por la legislatura de California. En *Hunter v. Erickson*, el estatuto de la ciudad de Akron, Ohio, había sido enmendado para exigir que cualquier ordenanza que prohibiera la discriminación racial en la vivienda tuviera que ser aprobada por un referéndum antes de que pudiera entrar en vigor; la Corte consideró que este requisito especial era una negación de igualdad de protección. En el caso de Seattle de 1982, la Corte Suprema dejó sin efecto una iniciativa estatal que prohibía los autobuses que hubieren sido o podrían ser contratados por las juntas escolares locales con el fin de lograr la desagregación escolar.

Una lectura de esa situación nos permitiría entender que los cambios en los procesos políticos condenados en estos tres casos podrían caracterizarse en que limitan el poder político de una minoría racial, lo que hace que sea más difícil para los afrodescendientes obtener leyes o acciones gubernamentales *que «redunden principalmente en beneficio de la minoría.»*[55] Kennedy se negó a aceptar la doctrina del proceso político en esos términos, y con razón. Dicha teoría supone que una minoría tiene una opinión sobre las leyes de vivienda justa o las directivas de transporte y, lo que es más importante, trata erróneamente tales medidas como nada más que el producto de la política de los grupos de interés. Estas medidas benefician a toda la sociedad.

Reexaminando esa situación, Kennedy entendió la doctrina del proceso político en general, y los tres casos que él trató como la fuente de esa doctrina, como la encarnación de una visión de igual protección que prohíbe cambios en los procesos políticos que tendrían el efecto de obstaculizar o impedir la promulgación o aprobación de medidas diseñadas para proteger contra violaciones raciales específicas. El referéndum en California y el cambio de estatuto en *Akron* fueron vistos como una negación de la igualdad de protección porque estas medidas, adoptadas al fragor de la batalla, hicieron más difícil la promulgación de leyes de vivienda justa; y la iniciativa de Washington

52. *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967).
53. *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385 (1969).
54. *Washington v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 458 U.S. 457 (1982).
55. *Seattle*, 458 U.S., 472.

contra el transporte en autobús fue rechazada porque esa medida, una respuesta a la acción de la junta escolar de Seattle, hizo que fuera más difícil para los distritos escolares locales lograr la desegregación escolar.

Es posible caracterizar el efecto o consecuencia del referéndum de Michigan en términos similares. El cambio que tuvo lugar en el proceso político –tomando la autoridad para instituir un trato preferencial basado en la raza de los fideicomisarios elegidos de las universidades dentro del estado y conferirlo al organismo capaz de enmendar la constitución del estado (una mayoría del electorado estatal completo)– impusieron un daño racialmente específico al hacer más difícil para las universidades estatales adoptar o instituir programas de acción afirmativa. En *Hunter v. Erickson* y *Reitman v. Mulkey*, los cambios en el proceso político en cuestión obstaculizaron la promulgación de leyes que prohibían la discriminación racial en la vivienda. Por supuesto, el referéndum de Michigan puede parecer bastante diferente porque prohíbe las preferencias basadas en la raza. Sin embargo, esas preferencias no deben verse como un esfuerzo para obtener los beneficios educativos que fluyen de un cuerpo estudiantil diverso, sino, como el principio de *Griggs*, para erradicar la subordinación de los afroamericanos que está enraizada en la historia de la esclavitud y en las leyes Jim Crow. Las leyes de vivienda justa sirven para este mismo propósito. No son instrumentos para promover la libertad de los afroamericanos como consumidores, sino para poner fin a la segregación residencial o asignación automática al gueto, que durante mucho tiempo alimentó y perpetuó su subordinación.

El caso de Seattle de 1982 es aún más claro. La prohibición de transporte impuesta por la iniciativa estatal en cuestión en ese caso negó a las juntas escolares locales la libertad de apartarse de las asignaciones escolares del vecindario de la manera que la junta consideró necesario integrar las escuelas. Aquí, la integración se entendía como un medio para proporcionar a los niños afrodescendientes oportunidades educativas iguales –un primer paso indispensable, al igual que las preferencias basadas en la raza en la educación superior, para terminar con la subordinación racial. Aunque Kennedy intentó distinguir la decisión de Seattle de 1982 sobre la base de una distinción *de facto* (de hecho) y *de iure* (de derecho), esto se hizo más difícil por su concurrencia en la decisión de 2007 en *Parents Involved*. En ese caso, Kennedy trató la segregación que la junta escolar local trató de corregir *de facto* en lugar *de iure*, lo que significa que no fue producto de la discriminación racial del Estado. Sin embargo, en el caso del referéndum de Michigan, que se transmitió siete años después, estaba dispuesto a asumir –aunque no decidió– que la segregación escolar en Seattle había sido *de iure* (bajo el supuesto de que en el pasado había una transferencia de carreras basada en la raza –los blancos podrían transferirse de las escuelas negras y los afrodescendientes podrían transferirse de las escuelas blancas). Aún reconociendo esta suposición, la decisión de Seattle de 1982 todavía parecería controvertida, ya que esa decisión consideraba que la igualdad de protección prohíbe cambios en el proceso político que dificulten, como lo hizo el

referéndum de Michigan, instituir medidas para corregir o remediar, la discriminación pasada o sus consecuencias y, de ese modo, crear violaciones racialmente específicas.[56]

El juez Scalia, acompañado por el juez Clarence Thomas, estuvo de acuerdo en la sentencia dictada en el caso de Michigan, aunque habrían revocado la doctrina del proceso político por completo y descartado cualquier precedente sobre el cual descansó. Culparon a Kennedy por seguir estos precedentes y por ver los efectos o consecuencias de los cambios en el proceso político, que consideraron como una traición de *Washington v. Davis*. Con un desarrollo retórico familiar, el juez Scalia comenzó su opinión diciendo que estaba desconcertado: ¿cómo podría incluso haber una duda sobre la constitucionalidad de la enmienda de Michigan, ya que solo decretaba lo que la misma Cláusula de Igualdad de Protección ordenaba? Como él lo expresó, *«¿Acaso la Cláusula de Igualdad Protección de la Decimocuarta Enmienda* prohíbe *lo que su texto* claramente *requiere?»*[57] El desconcierto de Scalia se funda desde una perspectiva que realmente menosprecia el texto de la Cláusula de Igualdad de Protección y lo reduce a una prohibición en el uso de clasificaciones raciales (y, como vimos en su concurrencia en *Ricci*, una prohibición del *consciousness of race*). En verdad, sin embargo, la Cláusula de Igualdad de Protección nunca ha sido tan limitada. Más bien, debe entenderse que prohíbe cualquier medida estatal que tenga el efecto inevitable de perpetuar la subordinación de los afroamericanos y el sistema de castas del que se deriva. Las leyes de Jim Crow fueron una, pero solo una, instancia de tal medida.

La jueza Sonia Sotomayor, junto a la jueza Ginsburg, disintió. La mayor parte de su disenso se dedica a una insistencia conmovedora de que *«la raza importa»*. En estos pasajes, se acerca a colocar la lógica de la diversidad a un lado y poner el tratamiento preferencial prohibido por el referéndum de Michigan sobre una base adecuada –como un remedio para la casta. Pero se detiene en seco y niega que sus observaciones más amplias sobre la raza tengan algún significado legal o, como lo expresó, *«que las virtudes de adoptar políticas sensibles a la raza deben informar la cuestión ante la Corte»*.[58] Este extraño giro en su opinión se originó por el hecho de que estaba trabajando dentro de una versión de la doctrina del proceso político que hacía que los propósitos de la acción afirmativa (o como los describe, *«políticas de admisión racialmente sensibles»*) fueran casi irrelevantes. Según su punto de vista, la doctrina del proceso político se viola cuando cualquier cambio en dicho proceso perjudica u obstaculiza la capacidad de las minorías para aprobar una medida *que «redunda principalmente en su beneficio»* –una visión de la doctrina del proceso político que Kennedy rechazó adecuadamente.

El juez Stephen Breyer estuvo más cerca de comprender la importancia de quitar de las manos de los fideicomisarios universitarios elegidos, el poder de decidir sobre la

56. El Juez Kennedy se acerca a este problema en esta premisa: «Los votantes podrían también considerar, luego de debatir y reflexionar, que los programas diseñados para aumentar la diversidad –en congruencia con la Constitución– son una parte necesaria del progreso para trascender el estigma del racismo pasado.» *BAMN*, 134 S. Ct. en 1638.
57. *Idem* en 1639 (Scalia, J., concurrente de la sentencia).
58. *Idem* en 1683 (Sotomayor, J., disidente).

implementación de un trato preferencial basado en la raza y ubicarlo en la Constitución estatal. Sin embargo Breyer se unió a la sentencia de la Corte.[59] Al comienzo de su opinión concurrente, Breyer enfatizó que la sentencia de la Corte y la opinión de Kennedy no abordaban la situación en la que las preferencias basadas en la raza podrían verse como un remedio para *«el pasado discriminatorio racial excluyente o los efectos directos de esa discriminación.»*[60] Reconoció que si se presentara este problema, podría garantizarse otro resultado, pero luego insistió en que este problema, de hecho, no estaba ante la Corte.

La postura evasiva de Breyer y, por lo tanto, su disposición a concurrir en la sentencia de la Corte parece extraña. Casi toda la academia legal,[61] y muchos de los que están en el banquillo, tal vez incluido el propio Breyer, entienden la diversidad como un código para la integración racial, que, en el contexto de la educación superior, adquiere su atractivo como estrategia, no para enriquecer la discusión en el aula, pero para poner fin a la subordinación de los afroamericanos. En su concurrencia, Breyer insistió en que la *«única»* –sus palabras– justificación de las preferencias basadas en la raza en cuestión en el caso de Michigan son los beneficios educativos de un cuerpo estudiantil diverso.[62] Al decir esto, señaló a *Grutter v. Bollinger*, pero, al hacerlo, parece haber confundido los fundamentos sobre los cuales la mayoría de los jueces permitieron la política y los fundamentos sobre los cuales esa política fue instituida y defendida por la universidad y su consejo de administración. En su disidencia en *Parents Involved*, Breyer abordó la inquietud de Kennedy al usar las clasificaciones raciales como parte de un programa para lograr la integración escolar y luego dijo que cualquier costo que pudiera conllevar tal práctica se vería eclipsado por *«los terribles daños de la esclavitud, el sistema de castas y, como consecuencia de este, 80 años de segregación racial legal.»*[63]

La falta de protección de la Corte contra la desventaja acumulativa no se ha limitado al ámbito constitucional y, por lo tanto, no puede atribuirse únicamente a su decisión en *Washington v. Davis*. En ocasiones, el Tribunal ha tropezado incluso cuando ha entrado en el dominio gobernado por *Griggs*: el Título VII y el empleo. El ejemplo más notable ocurrió en 1979, en *New York City Transit Authority v. Beazer*,[64] donde los demandantes impugnaron una política que negaba el empleo a cualquier persona inscrita en un programa de mantenimiento con metadona. A estas personas se les prohibió todo tipo de trabajos, desde lavar autobuses hasta conducirlos, y la importancia racial de esta exclu-

59. Dado que la Juez Elena Kagan no participó en las diligencias ante la Corte, el caso se resolvió 6-2.
60. *BAMN* 134 S. Ct. En 1649 (Breyer, J., concurrente en sentencia).
61. *Vid. p. ej.,* Bell, 2003; Diver, 2004.
62. *BAMN*, 134 S. Ct. En 1649. Al tratar los beneficios educativos de un alumnado diverso como la única justificación de la acción afirmativa, se ignora la justificación formulada en términos de legitimación de la institución al demostrar visiblemente que el liderazgo de estas organizaciones estaba abierto a todos. Muchos piensan que esta justificación de la legitimidad es la única justificación de la expectativa expresada en la opinión de la Corte de que las preferencias basadas en la raza desaparecerán en veinticinco años. *Véase, p. ej.*, Amar & Caminker, 2003.
63. *Parents Involved in Cmty. Schs. v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 551 U.S. 701, 876 (2007) (Breyer, J., disidente)
64. 440 U.S. 568 (1979)

sión general fue manifiesta. Aproximadamente el 63 por ciento de los pacientes en las clínicas de metadona en la ciudad en ese momento eran afrodescendientes o hispanos, aunque, según el censo en aquel momento, solo el 20 por ciento de la población en edad laboral de Nueva York pertenecía a uno de estos dos grupos.

El juez John Paul Stevens escribió la opinión mayoritaria en este caso. Había sido nombrado a la Corte Suprema en 1975 por el presidente Ford para reemplaza a uno de los motores de la Segunda Reconstrucción, William O. Douglas, y la diferencia de perspectiva entre los dos era inconfundible. Stevens comenzó tratando de hacer agujeros en los esfuerzos de los demandantes para mostrar un impacto dispar atribuible a las políticas de la Autoridad de Tránsito. Sin embargo, la inferencia del impacto dispar requerido parecía convincente. Como explicó el juez Byron White en su disidencia, surgió, primero, del hecho de que, aunque el 20 por ciento de la población en edad laboral era afroamericana o hispana, el 63 por ciento de los pacientes en las clínicas de metadona eran miembros de estos grupos raciales o étnicos; y segundo, por la ausencia de cualquier hipótesis plausible para explicar por qué los afroamericanos y los hispanos, salvo por la política de la Autoridad de Tránsito, no buscarían o calificarían para trabajar en esta en proporción a sus números en la fuerza laboral.

En respuesta, Stevens tenía poco que decir, solo objeciones. En un momento, se opuso a la cifra del 63 por ciento, insistiendo en que era demasiado alta porque no incluía un desglose de la composición racial de los pacientes en clínicas privadas en comparación con las financiadas públicamente. White señaló la evidencia en el registro que indica que Stevens estaba equivocado y que el 63 por ciento incluía todas las clínicas de metadona en la ciudad, tanto públicas como privadas. White también insistió en que, si Stevens tenía alguna duda sobre este puntaje, o sobre cualquier otra faceta de la prueba de los demandantes del impacto dispar requerido, la respuesta adecuada sería una devolución. Al decir esto, White se opuso a la afirmación de Stevens de que los demandantes no habían logrado mostrar el impacto dispar requerido, y aún más, al lado extraño y un tanto condescendiente de Stevens de que *«en el mejor de los casos»* la prueba de los demandantes de impacto dispar era *«débil»*.[65]

Bajo *Griggs*, una vez que el demandante prueba un impacto dispar, el acusado debe demostrar que la norma impugnada contra los usuarios de metadona es una medida razonable del desempeño laboral. Esto parece una carga que la Autoridad de Tránsito no hubiera podido, con toda probabilidad, haber soportado, ya que reconoció que la exclusión general se había instituido sin un estudio significativo de su relación con el desempeño laboral. Sin embargo, Stevens era de otra opinión y concluyó erróneamente que la regla que excluía a los usuarios de metadona de los puestos de seguridad –solo el 25 por ciento de la fuerza laboral de la Autoridad de Tránsito– podría justificar la exclusión general de los usuarios de metadona de todos los puestos de la Autoridad.

Tal vez sintiendo la falla en este razonamiento, Stevens agregó rápidamente: *«El hallazgo expreso del Tribunal de Distrito de que la regla no fue motivada por animadversión*

65. *Idem* en 587.

racial excluye cualquier reclamo en refutación de que era simplemente un pretexto para la discriminación intencional.»[66] Ello refleja, sin embargo, una confusión de impacto dispar con trato dispar y un malentendido del principio de *Griggs*, que hace que el impacto por sí solo sea una base suficiente para invalidar las barreras al empleo una vez que el empleador no demuestra que el requisito está relacionado con el desempeño laboral.

Para agravar este error, Stevens no permitió que los demandantes mostraran, como lo exige el principio de *Griggs*, que había métodos alternativos para seleccionar empleados que pudieran satisfacer los intereses válidos de la Autoridad de Tránsito en materia de seguridad y reducir el impacto dispar. En este caso, el método de selección alternativo habría sido los procedimientos normalmente aplicados por la Autoridad para elegir empleados. Al considerar a los solicitantes, la Autoridad habría sido libre de negarse a contratar personas para puestos sensibles a la seguridad por el hecho de que estaban utilizando o usando metadona. Sin embargo, lo que la Autoridad no puede hacer es aplicar una exclusión en todos los ámbitos o general de los usuarios de metadona y negarles la elegibilidad para cualquier puesto en el sistema de tránsito.

Dichos procedimientos individualizados pueden fallar y dar lugar a una situación en la que, por ejemplo, la Autoridad contrata por error a una persona con metadona para conducir un autobús. Pero como el juez White enfatizó en su disidencia, tal decisión equivocada de elección de personal puede ocurrir bajo los procedimientos de selección ordinarios cuando, por ejemplo, la Autoridad coloca a alguien con enfermedad mental o adicción al alcohol al volante. Los miembros de esos grupos, a diferencia de las personas inscritas en un programa de mantenimiento con metadona, no están sujetos a una exclusión general de ningún trabajo en el sistema, incluidos el mantenimiento y la limpieza. Aplicado de manera justa, el principio de *Griggs* no garantiza que aquellos que usan metadona serán contratados para cualquier puesto que deseen, sino solo que esas personas serán consideradas plenamente para el empleo en la amplia gama de puestos que no son sensibles a la seguridad. Tal cambio en las políticas de personal de la Autoridad de Tránsito haría una enorme contribución para igualar las oportunidades de empleo para los afrodescendientes e hispanos que se encuentran realmente en desventaja y que, sin embargo, habían resuelto poner fin a su adicción a la heroína al participar en un programa de metadona.

Es cierto que la dinámica social que produce el número desproporcionado de afrodescendientes e hispanos con metadona se describe con menos facilidad que la dinámica social - las escuelas de Jim Crow - responsables del impacto dispar en *Griggs* y, antes de eso, en el *Gaston County*.[67] Pero, como lo indican las aplicaciones más recientes del principio de *Griggs* en *Ricci* e *Inclusive Communities* –la primera fue presentada en 2009,

66. Posiblemente, esta afirmación pretendía frustrar una igualdad de protección en lugar de unos reclamos por impacto dispar bajo el Título VII.

67. Es especialmente notable que en *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 347 (1977), casi contemporáneo de *Beazer*, la Corte Suprema aplicó la doctrina de impacto dispar para dejar de lado los estándares de altura y peso que desproporcionadamente desfavorecían a las mujeres que buscaban trabajo como guardias de prisión. No hubo ninguna sugerencia en la opinión de la Corte de que el demandante muestre que la discriminación

la otra en 2015– la teoría de la responsabilidad acumulativa no está tan limitada. Se extiende a situaciones en las que la dinámica causal del impacto dispar es compleja y difusa, aunque todavía está críticamente ligada a las desventajas que los afroamericanos han sufrido y continúan sufriendo en la sociedad estadounidense.

Estas dinámicas fueron identificadas en un informe, emitido en febrero de 1968, por una comisión nombrada por el presidente Lyndon Johnson y presidida por el ex gobernador de Illinois, Otto Kerner, para estudiar los disturbios en los barrios afroamericanos que habían llegado a varias ciudades de los Estados Unidos, incluyendo el disturbio mortal y destructivo que estalló en Detroit en julio de 1967. El informe señalaba las múltiples formas en que la *«segregación y la pobreza han creado en el gueto racial un ambiente destructivo totalmente desconocido para la mayoría de los estadounidenses blancos»,* y agregó: *«Lo que los estadounidenses blancos nunca han entendido completamente - pero lo que el afroamericano nunca puede olvidar –es que la sociedad blanca está profundamente implicada en el gueto. Las instituciones blancas lo crearon, las instituciones blancas lo mantienen y la sociedad blanca lo aprueba»*[68]. Casi cincuenta años después, el juez Kennedy nos recordó el informe de la Comisión Kerner, comenzando y concluyendo su opinión en *Inclusive Communities* invocando la advertencia grave de ese informe: *«Nuestra nación se está moviendo hacia dos sociedades, una negra y otra blanca, separadas y desiguales»*[69]. Kennedy entendió la situación de Estados Unidos de una manera que eludió a Stevens y los otros jueces que se unieron a la opinión de este en *Beazer*.

EL CAMINO HACIA ADELANTE

En los cincuenta años transcurridos desde la publicación del informe de la Comisión Kerner, en Estados Unidos hemos avanzado mucho en el desmantelamiento de la estructura racial de castas que ha sido nuestra maldición durante mucho tiempo. Las políticas puestas en marcha por la Segunda Reconstrucción han creado una clase media cuyos miembros disfrutan de los privilegios y riquezas de la nación y honran sus normas y aspiraciones básicas. La manifestación más vívida de este logro se puede encontrar en la elección de Barack Obama, un hombre afrodescendiente, como presidente de los Estados Unidos, un evento histórico mundial extraordinario para una nación que comenzó su historia como una sociedad de esclavos.

Sin embargo, no debemos olvidar que una parte importante de la comunidad afroamericana, definida tanto por clase como por raza, se ha quedado atrás y que este grupo, a veces denominado la clase marginal negra, continúa llevando la carga

sexual u otras injusticias sociales eran parte de la dinámica causal que condujo al impacto dispar –el hecho de que el 41 por ciento de todas las mujeres en la nación no cumplieron con los estándares de estatura y peso.

68. National Advisory Commission on Civil Disorder. Al completarse, el informe de la Comisión era controversial, tanto que el Presidente Johnson se reusó a aceptarlo. *Vid.* Gillon, 2018.

69. *Dep't of Hous. & Cmty. Affairs v. Inclusive Cmtys. Project, Inc.*, 135 S. Ct. 2507, 2516, 2525 (2015) (citando a la Comisión Nacional de Asesoría de Desórdenes Civiles, nota *supra* 68, en 1).

de nuestro pasado. Sus miembros encuentran oportunidades educativas inadecuadas y tasas de desempleo sorprendentemente altas. Permanecen aislados en los guetos del centro de la ciudad y a menudo se ven privados de servicios públicos esenciales y están sujetos a niveles de violencia casi inimaginables a manos de la policía y las pandillas. Quizás ya no sea cierto, como proclamó la Comisión Kerner, que nos estamos moviendo hacia dos sociedades, una blanca y otra negra, separadas y desiguales. Gran parte de la sociedad blanca ha sido integrada por aquellos afroamericanos que han avanzado a la clase media, pero otra comunidad afroamericana –no solo negra sino también pobre– persiste y permanece separada y extremadamente en desventaja. La vida de los miembros de este grupo es dura, a veces brutal, y las injusticias que sufren afectan el destino de todos los afroamericanos.

> En los últimos años nos hemos vuelto cada vez más conscientes de la difícil situación de la clase marginal afroamericana. El asesinato de jóvenes en el gueto por parte de la policía se transmitió por televisión y se convirtió en objeto de protestas públicas generalizadas. Ha dado lugar a un movimiento social que proclama: «*Black Lives Matter*» («*Las Vidas Negras Importan*»).[70] También hemos llegado a comprender completamente las consecuencias del «*encarcelamiento masivo*» –el porcentaje sorprendentemente alto de hombres afrodescendientes que han estado y continuarán estando gran parte de sus vidas en prisión.[71] Sus vidas son puestas en espera mientras están encarcelados. Al ser liberados, a algunos se les puede prohibir votar y todos enfrentarán enormes dificultades para encontrar trabajo. El encarcelamiento masivo también tiene consecuencias desafortunadas para las familias y comunidades, particularmente las esposas o parejas y sus hijos, quienes deben enfrentar la vida en el gueto por su cuenta. Para agravar estas dificultades, los afroamericanos, particularmente aquellos que son pobres, han encontrado nuevas oleadas de privación de derechos en jurisdicciones tan diversas como Texas, Indiana, Carolina del Norte y ahora Ohio.[72]

Estos acontecimientos han provocado un nuevo despertar racial en los Estados Unidos: una creciente conciencia de las dimensiones trágicas de la subordinación racial que aún persiste. Este despertar ha sido alimentado por la presidencia de Obama, en gran parte por su propio ser y la forma digna en que desempeñó los deberes de su cargo. Su inclinación era lanzar los programas de reforma que patrocinó en términos de clase en lugar de raza, pero, de hecho, pronunció varios discursos memorables sobre la raza. Uno de esos discursos se pronunció durante la campaña de 2008 en respuesta a los ataques contra él por el radicalismo de su líder religioso;[73] otro luego del asesinato de Trayvon Martin, un adolescente afroamericano desarmado asesinado por un hombre blanco que actuó bajo una ley de Florida que le permitió «*defender su territorio*».[74] En este llamado a la justicia, Obama no ha estado solo. Muchos de los que hoy ocupan puestos de gran privilegio y poder en la sociedad estadounidense, en algunos casos gracias a las políticas

70. *Vid.* Lebron, 2017.
71. Alexander, 2010.
72. *Vid.* Tokaji, 2006.
73. Obama, 2008.
74. Obama, 2013.

de la Segunda Reconstrucción, también han hablado de las dificultades y necesidades de la clase marginal afrodescendiente.

Los afroamericanos no son los únicos que ahora buscan la igualdad de justicia. Hoy enfrentamos demandas de igualdad de un sinfín de grupos desfavorecidos, incluidos aquellos definidos por género, estatus migratorio, criterios económicos, discapacidades físicas y mentales o creencias religiosas. Debemos atender estos reclamos. Pero como Goodwin Liu acertadamente insiste,[75] sería muy desafortunado si nuestro reconocimiento de la multitud de reclamos de justicia equitativa que ahora se presionan nos cegara a aquellos que están siendo avanzado por la comunidad afroamericana o de alguna manera nos impidiera apreciar la urgencia de estas afirmaciones.

La urgencia especial del reclamo de justicia racial proviene de la gravedad de las dificultades que sufren los miembros de la clase marginada negra en este momento. Se encuentran entre los más desfavorecidos. La urgencia de sus reclamos también se deriva del papel fundamental que la raza ha jugado en la epopeya que es América –la esclavitud en la fundación, la división y el compromiso durante las décadas de 1840 y 1850, una sangrienta Guerra Civil, un programa de reconstrucción abandonado después de poco más de una década, seguido de un siglo de Jim Crow, y luego, gracias a Dios, otro intento, en la segunda mitad del siglo XX, de reconstrucción. Este registro de progreso –e insisto en que es progreso– jugó un papel crucial en la configuración de la identidad de los Estados Unidos durante los últimos dos siglos; y en los años venideros la nación será juzgada por su capacidad de renovar y extender este proceso de reconstrucción. Otros grupos desfavorecidos, como cuestión puramente histórica, se han beneficiado de la doctrina legal y los entendimientos sociales que fueron forjados por la lucha por los derechos civiles de los afroamericanos, incluida la teoría de la responsabilidad acumulativa, y tengo todas las expectativas de que este proceso de aprendizaje de la experiencia de los derechos civiles continuará en los años venideros.

El reto que los Estados Unidos enfrenta ahora es convertir este nuevo despertar del que he hablado en un programa de reforma positivo y efectivo dedicado a la erradicación de la subordinación racial que persiste –¿una Tercera Reconstrucción?– Tal esfuerzo requerirá la movilización masiva de ciudadanos comunes y el surgimiento de un movimiento social que sea capaz de apelar tanto a la conciencia de los políticos como a su deseo de autoconservación. También requerirá el respaldo, tal vez incluso el liderazgo, del organismo judicial, ya que, por lo que hemos aprendido durante la era de los derechos civiles que comenzó con *Brown*, es difícil, tal vez imposible, efectuar una profunda reforma estructural de la sociedad estadounidense sin presentar esos cambios como un requisito de justicia, respaldado por el compromiso del país con el Estado de Derecho.

Por supuesto, los nombramientos judiciales del presidente Trump y su administración probablemente no sean receptivos a los reclamos de justicia racial, ni sensibles a las demandas de igualdad de protección. Sin embargo, debemos tener una visión a

75. Liu, 2018.

largo plazo: no pensar en lo que sucederá mañana, sino en lo que sucederá en los próximos cinco años o la próxima década, a medida que el despertar racial, se profundice y madure. También debemos recordar que ningún presidente escribe en una pizarra limpia. Las oportunidades de nombramiento para el banquillo federal, especialmente para la Corte Suprema, son limitadas y, en cualquier caso, deben ser aceptables para el Senado, un tercio de cuyos miembros están disponibles para las elecciones cada dos años. También podemos encontrar orientación en la trayectoria de Anthony Kennedy.

Kennedy fue nombrado a la corte por Ronald Reagan, un republicano incondicional. Sirvió durante unos treinta años y hacia el final de su mandato trazó un curso para sí mismo sobre temas de justicia racial que debieron sorprender y decepcionar a muchos de sus patrocinadores. Mantuvo las políticas de acción afirmativa de la Universidad de Texas; reconoció la urgencia de terminar con el aislamiento racial en las escuelas públicas y, en el contexto de la evaluación de los programas de desegregación escolar de Seattle y Louisville, afirmó el derecho de los consejos escolares locales a lograr la integración a través de la selección estratégica de sitios o la zonificación geográfica; y, especialmente relevante para nuestros propósitos, respaldó el principio de *Griggs* en el contexto laboral en *Ricci* y lo amplió hacia la vivienda en *Inclusive Communities*. Al leer estas opiniones suyas y contrastarlas con sus anteriores,[76] no consigo dejar de preguntarme si Kennedy está entre los que se han sentido conmovidos por el despertar racial que forma parte del tejido de la vida estadounidense en estos días. En 2016, hablando en general, Kennedy reconoció: «*Reevaluar tus premisas no es una señal de debilidad de tu filosofía judicial. Es una señal de fidelidad a tu juramento judicial.*»[77]

Al diseñar el tan necesario programa de reformas que imagino, el poder judicial no necesita comenzar de nuevo. Puede basarse en los logros de la Segunda Reconstrucción, sobre todo en el principio de *Griggs*, que gracias a *Ricci* e *Inclusive Communities* es ahora una parte integral de la ley estadounidense. Aunque debemos tener cuidado con las fallas de aplicación, como lo demuestra la opinión del juez Stevens en el caso *Beazer*, todavía hay un trabajo considerable que la doctrina de impacto dispar puede hacer. Puede forzar una reevaluación de las barreras para el empleo, como las reglas contra la contratación de personas con antecedentes penales que sobrecargan especialmente a la clase marginal afrodescendiente. Además, la doctrina del impacto dispar vista como una regla con rango de ley basada en la Sección 2 de la Ley de Derechos de Voto de 1965 (enmendada en 1982), puede dar nueva vida al desafío contra las leyes de privación de libertad de delincuentes y puede convertirse en la base para atacar nuevos límites sobre el derecho al voto, como las leyes que requieren un Carné de Identificación con fotografía. El impacto dispar causado por tales medidas, especialmente en aquellos que están marcados por raza y clase, es manifiesto.[78] El principio de *Griggs* también se puede

76. *Vid., p. ej. Metro Broadcasting v. FCC*, 497 U.S. 547, 631-38 (1990), (Kennedy, J., disidente de un fallo que confirmó la política de FCC de dar preferencia en la concesión de licencias de transmisión a empresas propiedad de minorías.)
77. Sherman, 2016.
78. *Véase* Stephanopoulos, 2019; Hopkins, 2017; Tokaji, 2015.

usar para desafiar las barreras a la movilidad geográfica, como las que representan los requisitos mínimos de lote y las prohibiciones de alquiler de viviendas que limitan las oportunidades de los residentes del centro de la ciudad para mudarse a comunidades suburbanas y así escapar de las dificultades de la vida en el gueto. Para erradicar los remanentes de la casta, debemos aprender a utilizar la doctrina de impacto dispar con fuerza y eficacia.

Sin embargo, eso no es suficiente. Debemos ir más allá del alcance actual del principio de *Griggs* y llegar a otras esferas de acción social, como la educación pública y tal vez incluso las prácticas policiales que, gracias a *Washington v. Davis*, no parecen estar cubiertas por la doctrina de impacto dispar. Sería una tontería, lo admito, esperar que la decisión *Washington v. Davis* sea revocada en el corto plazo, pero no estamos sin recursos. Una estrategia permitiría al poder judicial hacer alusión al requisito del mandato legislativo de *Washington v. Davis*, pero luego, construir ese mandato desde cero, como hizo Kennedy en *Inclusive Communities*, donde, preocupado por «*la profecía sombría*» del informe de la Comisión Kerner, él extendió la responsabilidad de impacto dispar a la vivienda.

Otra estrategia sería ignorar por completo a *Washington v. Davis* y recurrir a la Constitución para otorgar autoridad a la muy necesaria reforma. En este caso, sería inevitable confiar en el principio de *Griggs* como una doctrina legal formal. Pero el poder judicial podría utilizar dos de las ideas clave que habían servido como bloques de construcción de la doctrina de impacto dispar en el esfuerzo por forjar la igualdad de protección en un instrumento efectivo de justicia racial.

Una de esas ideas consiste en centrarse en los efectos más que en el propósito. El impacto dispar del tipo proscrito por el principio de *Griggs* es un efecto o consecuencia, pero no es el único tipo de efecto o consecuencia del que el poder judicial podría tener conocimiento –hay otros. Estos también se pueden excluir una vez que se entiende que la igualdad de protección prohíbe cualquier práctica estatal que sistemáticamente perjudique a los Afroamericanos y, por lo tanto, perpetúe su subordinación y el sistema de castas raciales.

En el curso de la degradación del principio de *Griggs* de una norma constitucional a una norma meramente legislativa, la Corte restringió la igualdad de protección de una manera que hizo necesario un propósito o intento ilícito para una evidenciar una violación. En 1980, la mayoría de los jueces en el caso de *Mobile* extendió esta visión de igual protección a la Decimoquinta Enmienda. Sin embargo, en poco tiempo, el Congreso respondió decisivamente a este fallo y modificó la Sección 2 de la Ley de Derechos de Voto de 1965 para prohibir las prácticas que tenían el propósito o el efecto de privar a los afrodescendientes del derecho al voto. En la Ley de Estadounidenses con Discapacidades de 1990, un precursor esencial de la Ley de Derechos Civiles de 1991, y la codificación de la doctrina de impacto dispar, el Congreso exigió a las empresas y agencias públicas, que hicieran adaptaciones razonables para personas con discapacidad y para eliminar prácticas excluyentes (como no tener rampas), que podrían haber sido

motivados por un deseo de minimizar los gastos, pero que tenían el efecto de perjudicar a los discapacitados.

Las luchas que produjeron estas medidas, subrayadas por Reva Siegel,[79] no se han limitado a los pasillos del Congreso; también se han extendido a las deliberaciones de la Corte Suprema. En la decisión de 1982 de *Plyler v. Doe*, dictaminadas seis años después de *Washington v. Davis*, y solo dos años después de la decisión de *Mobile*, el juez William Brennan se centró en los efectos de una ley de Texas que negaba la educación pública a niños que no estaban legalmente en los Estados Unidos. Brennan dejó a un lado cualquier consulta sobre el propósito, la motivación o la intención de la ley, y aun así lo condenó como una violación de la igualdad de protección porque temía que el estatuto tuviera el efecto o la consecuencia de crear un nuevo tipo de subclase - *«una subclase de analfabetos»*.[80]

Una segunda idea que sirvió como base para la doctrina del impacto dispar es la *teoría de la responsabilidad acumulativa*. Esa teoría reconoce el carácter interseccional de la vida social y requiere que el poder judicial haga a un lado cualquier política que traspase de un ámbito a otro las desventajas infligidas a los afroamericanos, siempre que existan alternativas adecuadas para lograr los fines legítimos a los que sirve esa política. Aunque la teoría de la responsabilidad acumulativa originalmente dio lugar a la doctrina de impacto dispar y ha permitido su continua vigencia, no hay razón alguna para limitar su alcance a esa doctrina.

También debemos recordar que *Washington v. Davis*, la decisión que negaba el estatus constitucional de reclamos de impacto dispar, no fue más que un artilugio y así es como debe interpretarse –de manera limitada. No debe leerse como una declaración final e integral sobre los términos de la justicia racial en la ley estadounidense.[81] No, debemos liberar la teoría de la desventaja acumulativa del alcance de *Washington v. Davis* y entender que esta teoría y el principio al cual dio lugar no son creaciones legislativas, sino naturalmente constitucionales. Se basan en una comprensión adecuada de lo que se necesita para poner fin a la casta, y para cumplir la visión de la sociedad estadounidense reivindicada por la Guerra Civil e inscrita en la Constitución por las enmiendas que la guerra había creado.

79. Siegel, 2018.

80. *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 230 (1982).

81. El juez White, el autor de la opinión mayoritaria, no entendió *Washington v. Davis* en términos tan amplios. Su decisión parece haber sido motivada principalmente por el temor a la amplitud potencial de reclamos de impacto dispar bajo la igualdad de protección –¿Acaso le preocupaba en voz alta, que tal aplicación universal de la doctrina del impacto dispar requiriera que se derogara un impuesto a las ventas debido a su impacto dispar en los pobres? White, también debe señalarse, disintió en *Beazer* y en la decisión de la escuela metropolitana de Detroit y objetó enérgicamente la decisión de 1980 en *Mobile v. Bolden*, que había ampliado a *Washington v. Davis* de la Cláusula de Igualdad de Protección de la Decimocuarta Enmienda a la Decimoquinta Enmienda.

BIBLIOGRAFÍA

Alexander, M., 2010: *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New York: The New Press.

Amar, V.D. & Caminker, E., 2003: «Constitutional Sunsetting: Justice O'Connor's Closing Comments in *Grutter*», *Hastings Constitutional Law Quarterly,* 30: 541.

Bell, D., 2003: «Diversity's Distractions», *Columbia Law Review,* 103: 1622.

Chetty, R., Hendren N., y Katz, L., 2016: «The Effects of Exposure to Better Neighborhoods on Children: New Evidence from the Moving to Opportunity Experiment», *American Economic Review* 106, 4: 855-902.

Diver, C.S., 2004: «From Equality to Diversity: The Detour from *Brown* to *Grutter*», *University of Illinois Law Review,* 691-722.

Eskridge, W. N. Jr., 1991: «Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game», *California Law Review*, 79: 613.

Fiss, O., 1976: «Groups and the Equal Protection Clause», *Philosophy and Public Affairs*, 5: 107.

Fiss, O., 2003: *A Way Out / America's Ghettos and the Legacy of Racism*, Princeton: Princeton University Press.

Fiss, O., 2004: «Another Equality», *Issues in Legal Scholarship*, 2, 1 (*The Origins and Fate of Antisubordination Theory*): 20.

Fiss, O.M. (1997). Affirmative Action as a Strategy of Justice. *Philosophy and Public Policy Quarterly,* 17: 37.

Gillon, S.M, 2018: *Separate and Unequal: The Kerner Commission and the Unraveling of American Liberalism*, New York: Basic Books.

Hopkins, D., Meredith, M., Morse, M., Smith, S. & Yoder, J., 2017: «Voting But for the Law: Evidence from Virginia on Photo Identification Requirements», *Journal of Empirical Legal Studies,* 14: 79.

Kalman, L., 2017: *The Long Reach of the Sixties: LBJ, Nixon, and the Making of the Contemporary Supreme Court*, Oxford: Oxford University Press.

Lebron, C., 2017: *The Making of Black Lives Matter: A Brief History of an Idea*, Oxford: Oxford University Press.

Liu, G., 2018: «Racial Justice in the Age of Diversity», *California Law Review,* 106: 1977.

National Advisory Commission on Civil Disorder, 1968: *Report of the National Advisory Commission on Civil Disorder*.

Obama, B., 2008: «A More Perfect Union», discurso pronunciado el 18 marzo, disponible en https://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=88478467.

Obama, B., 2013: «Remarks on Trayvon Martin at White House Briefing Room», discurso pronunciado el 13 julio, disponible en https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2013/07/19/remarks-president-trayvon-martin.

Orfield, M., 2015: «*Milliken*, *Meredith*, and Metropolitan Segregation», *UCLA Law Review*, 62: 364-462.

Posner, R., 1973: *The Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown and Company.

Primus, R.A., 2003: «Equal Protection and Disparate Impact: Round Three», *Harvard Law Review*, 117: 493.

Primus, R.A., 2010: «The Future of Disparate Impact», *Michigan Law Review*, 108: 1341.

Read, F.T. & McGough, L.S., 1978: Let Them Be Judged: The Judicial Integration of the Deep South. Metuchen, New Jersey: Scarecrow Press.

Rothstein, R., 2017: *The Color of Law: A Forgotten History of How Our Government Segregated America*, New York: Liveright Publishing Corporation.

Sheehan, D., 2017: «Disparate Impact Liability under the Fair Housing Act after *Inclusive Communities*», *Journal of Affordable Housing*, 25: 391-420.

Sherman, M., 2016: «Justice: Changing Course on the Bench is Not Weakness», *AP NEWS*, disponible en http://perma.cc/QH67-B6X6.

Siegel, R., 2018: «The Constitutionalization of Disparate Impact—Court-Centered and Popular Pathways: A Comment on Owen Fiss's Brennan Lecture», *California Law Review,* 106.

Stephanopoulos, N.O., 2019: «Disparate Impact, Unified Law», *Yale Law Journal,* 128: 1566.

Tokaji, D.P., 2006: «The New Vote Denial», *South Carolina Law Review,* 57: 689.

Tokaji, D.P., 2015: «Applying Section 2 to the New Vote Denial», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review,* 50: 439.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Populismo mediático. Definición, explicación, remedios*

Media Populism. A Definition, an Explanation, some Remedies

Mauro Barberis

Autor:
Mauro Barberis
Universidad de Trieste, Italia
barberis@units.it
https://orcid.org/0000-0002-1913-0863

Recibido: 21-2-2020
Aceptado: 14-4-2020

Citar como:
Barberis, Mauro, (2021). Populismo mediático. Definición, explicación, remedios Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 131-143. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.05

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Mauro Barberis

Resumen

Los populismos de hoy tienen poco que ver con los populismos «históricos» (ruso, estadounidense, latino-americanos): de hecho, son un fenómeno global y esencialmente mediático. Resumiendo los resultados de un libro mío reciente, aquí intento esbozar una definición de la palabra «populismo», una explicación del fenómeno populista, y algunos remedios.

Palabras clave: populismo; sistema de medios; democracia.

Abstract

Current populisms have little to do with «historical» populisms (Russian, American and Latin-American): they are a global and an essentially mediatic phenomenon, indeed. By summarizing the results of a recent book of mine, here I try to outline a definition of the word «populism», an explanation of the populist phenomenon, and some remedies.

Keywords: populism; media system; democracy.

* Trabajo presentado en una versión reducida al XXV Seminario italo-franco-luso-español de teoría del derecho (Génova, 8-9 noviembre 2019). Agradezco a María Cristina Redondo por la revisión del castellano.

En nuestro futuro se dibuja
un populismo cualitativo TV e internet,
en el cual la respuesta emocional de un grupo seleccionado de ciudadanos
puede ser presentada y aceptada como la «voz del pueblo»

(U. Eco, *Il fascismo eterno*, 1995)

1. INTRODUCCIÓN

Como jurista, mi interés en el populismo surge de dos factores, uno metodológico y otro sustancial. El factor metodológico es la creciente insatisfacción con la teoría analítica «pura», que convierte el análisis del lenguaje en una coartada para no estudiar los aspectos empíricos y normativos de los problemas. El factor sustancial es el desafío traído a la democracia liberal y constitucional –el llamado estado constitucional– por las políticas de segurización (Barberis, 2020a) y por su continuación, el populismo que llamé mediático.

En Occidente, advertimos la crisis sistémica que enfrentan nuestras democracias solo en 2016, después del referéndum sobre el Brexit y la victoria electoral de Donald Trump. Pero la crisis viene de mucho más lejos: al menos desde la pérdida de la centralidad del Parlamento y de la legislación que se remonta al menos a la primera guerra mundial[1]. Sea como sea, aquí hablaré solo de tres aspectos: uno analítico, la definición de «populismo», otro empírico, la explicación del fenómeno, y otro aun normativo, los posibles remedios.

2. DEFINICIÓN

La definición de la palabra «populismo», por cierto, no es más difícil que la de palabras como «juego», «cálculo» o «religión», pero se complica por no menos de cuatro razones. *Primero*, los especialistas del tema son a menudo científicos políticos empíricos, quienes parecen ignorar, por un lado, que no necesariamente hay algo común en todas las cosas que se llaman con el mismo nombre, por otro lado, que esto no impide proporcionar definiciones mínimas, incluso por género y diferencia, modeladas en los casos paradigmáticos del fenómeno (Mudde 2004; de la Torre, Mazzoleni , 2019).

En *segundo* lugar, los mismos científicos políticos, por las mismas razones, parecen ignorar que hay poco en común entre los populismos «históricos» (ruso, estadounidense, latino-americanos…) y los populismos de hoy. En particular, mientras los populismos históricos eran respuestas más o menos excepcionales a problemas locales

1. En Schmitt, 1928, § 16, el autor ya decía (traducción de quien escribe): «Tal vez el Parlamento aún puede cumplir ciertas funciones útiles, pero realmente ya no es el representante de la unidad política del pueblo».

de modernización, democratización o industrialización, el populismo hodierno es un fenómeno global (Rovira Kaltwasser *et alii* 2017; Hienisch, Holtz-Bacha, Mazzoleni, 2017; de la Torre, 2019) y mediático (cfr. ya Eco, 2018, acerca del cual Azzolini 2019).

Tercero, muchos estudiosos del populismo todavía creen que se trata de una doctrina o ideología como las otras, ya sea fuerte, como socialismo, liberalismo o fascismo, o débil, como el nacionalismo, es decir un núcleo de ideas comunes declinadas de manera diferente por la izquierda y por la derecha (Mudde, 2004; 2013). En realidad, todo populismo siempre ha sido poco mas que un estilo político (Moffit, 2016; De la Torre, 2019): es decir, un repertorio de técnicas de movilización sin pretensiones de coherencia doctrinal, pero terriblemente eficaz en los medios de cada época.

Cuarto, último y mas importante, los diferentes medios –desde el discurso oral en el ágora griego, hasta las redes sociales actuales– no son solo herramientas utilizables por cualquier político: son el medio ambiente de la democracia. Por esta razón, no es suficiente un análisis lingüístico de la demagogia populista, sino es también necesario un enfoque antropológico de la forma de vida contemporánea, donde echa raíces el sentido común populista. Aquí defino «populismo» en términos de tres creencias típicas, utilizadas también como eslogan.

La *primera* creencia o eslogan populista es la *apelación al pueblo*, que explota el malentendido entre el sentido técnico-constitucional de «pueblo» (todos los ciudadanos de un país) y el sentido ordinario (la masa, el vulgo, la población). Para mostrar el truco, es suficiente reemplazar «pueblo» por «las masas», y el hechizo desaparece. Pero es importante reflexionar sobre el hecho de que la eficacia de este eslogan deriva del sentido común democrático: en particular de (la incomprensión de) el principio de la soberanía del pueblo.

Aquí son útiles dos intuiciones de Ernesto Laclau, quizás el más conocido de los teóricos del populismo: la metonimia populista y el significante vacío (cfr. Laclau 2005). La metonimia populista consiste precisamente en la confusión entre dos sentidos de la palabra «pueblo», el total y el parcial. Esta palabra es un significante vacío, a su vez, en el sentido que puede ser llenado con cualquier significado. Según Laclau, los políticos de izquierda deberían llenarlo con «los explotados», «los perdedores de la globalización» etcétera: iterando así la estafa populista.

La *segunda* creencia o eslogan populista, complementaria con respecto a la primera, es la *demonización de las minorías* o, en una palabra, el *anti-pluralismo* (Müller, 2016). El acto de apelación al pueblo tiene una dimensión performativa: constituye el mismo pueblo al cual se refiere, pero removiendo de su totalidad las partes contra las cuales la apelación está lanzada. Aquí el truco consiste precisamente en demonizar, por un lado, las élites, el *establishment*, las castas, y, por otro lado, los migrantes, los homosexuales y las minorías en general.

Ambas categorías son indicadas como blanco del resentimiento popular, y tal vez incluso asimiladas dentro de una sola conspiración contra el pueblo: por ejemplo, la supuesta sustitución étnica tramada por George Soros. De todas maneras, el pueblo constituido al remover sus minorías se convierte en un bloque único, homogéneo e

indiferenciado, que toda disidencia amenaza con romper. El anti-pluralismo, a su vez, amenaza con transformar la democracia en iliberal, es decir, en mi opinión, no democracia en absoluto.

De paso, mi opinión sobre los usos del término «democracia», expresada en trabajos posteriores pero ya implícita en el libro, es la siguiente. Si bien una definición léxica, que simplemente reconoce los usos reales del término, ciertamente admite que se pueda hablar de democracia populista, e incluso de democracia iliberal, una redefinición más exigente, solo débilmente normativa, bien puede asignar al término su significado principal, en Occidente, es decir de democracia liberal, representativa, constitucional y pluralista.

La *tercera* creencia o eslogan populista es la *representación directa* del pueblo a través de sus líderes (en los populismos históricos), y/o de los mismos medios (en los populismos actuales). Nadia Urbinati, quien acuñó la expresión «representación directa», habla de esta como de un *tertium quid* entre la democracia directa de los antiguos y la democracia representativa de los modernos. Sin embargo, Urbinati (2020, esp. pp. 251 ss.) cree que la mediación todavía se realiza a través de los líderes, como en los totalitarismos y en los populismos históricos.

En realidad, la personalización de la política en un líder no es una característica distintiva del populismo actual: toda la política, al menos a partir del siglo veinte, es personalizada y aún mediatizada, sin demasiadas diferencias entre populistas y no populistas. Como muestra uno de los mejores libros sobre estos temas (da Empoli, 2019) en el populismo de nuestros dias hay una figura aún más importante que el líder, detrás del cual opera: el *spin doctor*, el mago de la propaganda o gurú de la comunicación[2].

De todos modos, la llamada personalización, en la política contemporánea, se convierte en lo que los psicólogos cognitivos llaman una *heurística*: un atajo cognitivo para remediar la falta de información y sacar la politización de las masas. El pueblo populista no lee más periódicos o, menos aun, programas de partido, sino que sigue en vivo la vida del líder en Facebook. De la misma manera los creyentes medievales, poco más analfabetos que los fieles populistas, se educaban mirando las imágenes de la vida de los santos.

Dicho de otra manera, la diferencia entre los populismos históricos y los recientes, con respecto a la representación directa, no está en los líderes, quienes no difieren realmente de los líderes no populistas, sino en la supuesta desintermediación (así Chadwik, 2007). Supuesta porque, como ha mostrado Gabriele Giacomini, esta llamada relación directa, des-intermediada, entre el pueblo populista y sus líderes, se cumple en realidad a través de los medios, dentro del circuito híbrido televisión-internet-smartphone (Chadwick, 2017): es allí, hoy, que los populistas representan al pueblo (Giacomini 2016, pp. 177 ss.; 2018).

2. Al menos una vez, sin embargo, el *spin doctor* se ha convertido en el líder: quizás este es el caso del líder de Podemos, Pablo Iglesias.

Si alguien todavía cree que esta es una relación mas débil que la de entre los líderes del siglo veinte y las masas, debería tener en cuenta que «representar» quiere decir hacer presente al ausente (Schmitt 1928, § 16; Leibholz 1973; Urbinati, 2020, pp. 183 ss.). Pero el pueblo populista, en el entorno digital, ni siquiera está representado: está verdadera y continuamente presente (Han, 2013). Los representantes directos populistas están conectados a comunidades virtuales de millones de personas que expresan a través de ellos todos sus impulsos, prejuicios y obsesiones.

Este circuito mediático, lejos de ser meramente virtual, es bastante poderoso como para superponerse y reemplazar al circuito institucional, en cualquier caso, provocando un cortocircuito entre los dos. El peligro real del populismo digital no consiste en el hecho de que las personas sean manipuladas: desafortunadamente, en política lo son casi por definición. El riesgo es que las instituciones representativas sean reemplazadas por la red, es decir, por un circuito mucho más autorreferencial y sin garantías que los Parlamentos actuales.

Una última aclaración. Doy por sentado que «democracia» no significa solo gobierno del pueblo, como se ha siempre precipitadamente traducido el griego «*demokratia*». El pueblo, incluso el pueblo populista, nunca podrá gobernar: solo podrán hacerlo sus líderes y *spin doctor*, que deben considerarse las nuevas élites populistas (Anselmi, 2019). Desde hace dos siglos, y en Occidente, «democracia» significa el control del pueblo –en el sentido constitucional de la palabra, todos los ciudadanos– sobre el gobierno: la buena vieja democracia representativa, liberal, constitucional y pluralista (Pappas, 2019).

3. EXPLICACIÓN

De la ola populista actual se pueden proporcionar cuatro explicaciones –política, económica, psicológica, mediática– no alternativas, sino complementarias: cada una explica ciertos aspectos del fenómeno. Por lo tanto, se trata de una explicación (no mono-, sino) multi o pluri-causal y, como tal, demasiado compleja. También por esta razón insistiré en la explicación mediática en un grado sin precedentes en la literatura sobre el populismo, asumiendo deliberadamente el riesgo de que se confunda con una explicación mono-causal.

La *primera* explicación, común entre los científicos políticos, es *política*: la democracia parlamentaria, fundada en palabras mágicas como la soberanía del pueblo, está en crisis desde al menos un siglo (Levitsky, Ziblatt, 2018; Mounk, 2018; Mény, 2019). Con la primera guerra mundial, el centro de gravedad del régimen parlamentario ha pasado del Parlamento al gobierno, y de la ley al decreto (Bovero, 2015; Ferrajoli 2018). Después de Auschwitz, el totalitarismo se ha vuelto impresentable y ha sido reemplazado por gobiernos democráticos, pero legitimados de manera creciente mas por el consenso mediático que por las elecciones.

La *segunda* explicación, quizás la mas común, es *económica*: el populismo es la reacción, por parte de los perdedores de la globalización, a las desigualdades crecientes en los países ricos (Revelli, 2017; 2019). Explicación casi obvia, quizás la más común, pero que necesita integraciones. ¿Por qué en las crisis anteriores confiábamos en los expertos, mientras que hoy creemos solo en nuestros smartphones? ¿Por qué hoy confiamos en las nuevas élites populistas, incluso cuando sospechamos que no hacen nuestros intereses, sino los suyos?

La *tercera* explicación, en efecto, es *psicológica*: las crecientes desigualdades producen resentimiento, como decía ya Friedrich Nietzsche. No solo la envidia económica de los pobres contra los ricos, sino el *thumós* platónico: el reclamo de ser respetados (Fukuyama, 2018). Nacido a la izquierda, el resentimiento pasa a la derecha, donde se redirige contra élites, intelectuales, migrantes. Como admitió una vez Arthur Finkielstein, el *spin doctor* de Viktor Orbán, el resentimiento es la vena aurífera principal del marketing populista (Da Empoli, 2019, pp.71-72).

La *cuarta* explicación, finalmente, es *mediática*: los propios protagonistas hoy reconocen que, sin Internet y el sistema hibrido de los medios, nunca habría habido la Brexit, la elección de Trump o el gobierno amarillo-azul en Italia. Elimine Internet, o hágalo controlar por el gobierno, como en los países no democráticos, y la ola populista perderá su condición necesaria, aunque no suficiente. En este sentido, la explicación mediática me parece la decisiva y nos autoriza a llamar los populismos actuales mediáticos, para distinguirlos de los populismos históricos[3].

De hecho, solamente la explicación mediática da cuenta de al menos tres características distintivas de los populismos actuales. La primera es la supuesta *desintermediación*: palabra que –como muchas otras que se han vuelto esenciales para entender estos fenómenos– viene del marketing. *E-commerce* y *e-politics* comparten el hecho de no necesitar mas intermediarios. Hoy podemos ordenar productos tanto comerciales como políticos directamente a la red, y ambos serán tanto à *la carte* como *just in time* (Hindman 2018).

En realidad, siempre según Giacomini, la supuesta des- intermediación que permitiría prescindir de los mediadores tradicionales –partidos, sindicatos, periódicos, iglesias, asociaciones…– resulta una re-intermediación y, más bien, la mediación por excelencia, es decir la mediación a través de los medios. Lejos de ser transparente, esta (re-inter)mediación es aun mas opaca en política que en el marketing. De hecho, a los algoritmos comerciales, aquí, se añade una jungla de *hacker*, *troll*, *bot* y otros trucos digitales (Zuboff, 2019; Kaiser, 2019, y para un inventario Ziccardi 2019).

La *segunda* característica distintiva explicada por el carácter mediático de los populismos actuales es la *fragmentación* o *polarización* de la discusión politica: dos fenómenos conectados pero distintos. La fragmentación se refiere a la individualización y pulverización de los destinatarios del mensaje político, quienes se creen menos manipulados hoy

3. Quien adopta una explicación política a menudo presupone una mediática: ver Urbinati, 2019, p. 49, en términos de democracia de la audiencia, à la Bernard Manin, y sobre todo Ead., p. 212: «il populismo consiste in un governo dell'*audience* e per l'*audience*».

que antes la invención de la red (Calasso, 2017, p. 77 y, desde el título, Han, 2013). En realidad, por medio de sus datos, estos destinatarios son *targeted* por algoritmos quienes conocen mejor que ellos sus propias inclinaciones y obsesiones.

Así, al informarse mediante su smartphone, y no mas a través de los medios tradicionales, cada individuo se hace su propia información, y sabe solo lo que quiere saber (Sunstein, 2017; O'Connor, Weatherall, 2019). Peor aun, cree que puede influir directamente en el gobierno solamente porque elige gobernantes a quienes saben menos que el. En esta dinámica de la fragmentación, entonces, se inserta otra, la de la polarización: se forman comunidades digitales de usurarios de la red, las llamadas *filter bubbles* (Pariser, 2011) o *echo chambers* (Williams, 2011) que no se comunican entre sí.

De hecho, hoy las opiniones publicas de los principales países occidentales están divididas como una manzana alrededor de temas llamativos o líderes divisivos. Gran Bretaña estaba dividida alrededor del Brexit, Estados Unidos en torno a Trump, España respecto de la secesión catalana, Italia respecto de Salvini y/o de la inmigración… Temas o personajes que, por un lado, podrían considerarse *heurísticas* para orientarse en la complejidad, por otro, funcionan como *bias* que sustituyen los problemas reales con el entretenimiento (cf. ya McLuhan, 1964, y Debord, 1967).

La *tercera* característica de los populismos actuales explicada por su carácter mediático, la más descuidada de las tres, es la que propongo llamar la *contestabilidad del poder*. Los medios digitales, en particular, hacen que el poder de las élites tradicionales sea cuestionable por los *outsiders*. En las guerras civiles que desangran África, por ejemplo, la introducción de teléfonos celulares ha permitido a los grupos rebeldes cerrar la brecha respecto de los ejércitos del gobierno, lo que ha aumentado la disputabilidad del poder (Pierskalla, Hollenbach, 2013).

Todo comenzó a la izquierda, con Occupy Wall Street, los Indignados y Obama, pero el hecho de que Internet favorece a los *outsiders* se aprendió de inmediato a la derecha. La extrema derecha, en particular, entendió que Internet permite eludir a los guardianes (*gatekeepers*) tradicionales: la prensa y la propia televisión. Hasta el arribo de la revolución digital, estos controlaban el acceso a la comunicación de *outsiders* como minorías, disidentes, antagonistas, que no podían pagar campañas costosas en los medios tradicionales.

Hoy en día las puertas de la comunicación no están mas controladas, porque cualquiera puede acceder a la red, pero el sueño de los primeros apóstoles, como suele pasar con los sueños, se ha convertido en una pesadilla. No solo las noticias falsas circulan libremente, sino que las noticias verdaderas pasan por falsas. Los discursos políticamente correctos y los buenos modales son acusados de «buenismo», mientras que el odio contra opositores, mujeres, migrantes y homosexuales se ha trivializado.

Como consecuencia, ahora estamos gobernados por actores de serie B, presentadores de televisión, comediantes que no hacen reír: todos regularmente votados, por supuesto, pero no *a pesar de* que no estén preparados, sino precisamente *porque* no lo están. Esto, a su vez, alimenta la espiral de la anti-política: ¿quién querrá todavía ensuciarse las manos con esta política demente? La contestabilidad del poder tiene solo

un aspecto positivo: el propio poder populista resulta inestable, pudiendo sus trucos volverse contra él.

4. REMEDIOS

Muchos libros recientes, cuya retórica ya no es más la de la crisis, sino de la muerte de la democracia (cf., desde el titulo, Levitsky, Ziblatt, 2018; Bartlett, 2018; Runciman, 2018; Alexandre, Copé, 2019), terminan señalando remedios. Algunos de estos son solo ilusiones piadosas: domesticar la soberanía, revivir la economía, reeducar a la gente. En mi libro, por el contrario, indico tres remedios más específicos. Uno es meramente negativo: defender las instituciones contra-mayoritarias. Otro es positivo: aprender a usar los medios mejor que los populistas. El tercero es más innovador, pero también más problemático: regular Internet.

El *primer* remedio es defender las instituciones contra-mayoritarias, es decir, los contra-poderes no elegidos por la mayoría pero que son las herramientas mínimas para que el gobierno pueda ser controlado por el pueblo, siempre en el sentido constitucional de todos los ciudadanos, ninguno excluido. Se trata de instituciones no políticas (ciencia, prensa, expertos), o políticas internas (jueces, tribunales constitucionales, autoridades independientes) o políticas internacionales (Naciones Unidas, Unión Europea, tribunales internacionales).

Sin embargo, son estas precisamente las instituciones que se han convertido en blanco del odio populista. En efecto la prensa y los jueces, si son verdaderamente independientes del gobierno y no controlados por este, constituyen el último y único dique contra la ola populista. Precisamente por esta razón son tales instituciones las que marcan la diferencia entre democracias propiamente dichas –representativas, liberales, constitucionales, pluralistas…– y las supuestas democracias iliberales.

El *segundo* remedio es aprender a usar Internet mejor que los populistas: piénsese en el uso de Twitter por parte de Trump, reconocido per el como más influyente que los medios tradicionales. Por otra parte, las redes sociales no deben usarse del modo que, en mi libro, llamo homeopático y automático respectivamente, sino de una manera selectiva. Contra muchas *fake news*, por ejemplo, el *fact-checking* resultará casi inútil o incluso contraproducente, porque solo las extenderá aún mas (Ziccardi, 2016).

El problema con este remedio, sin embargo, es que, si el populismo mediático no es una ideología sino un estilo comunicativo, usar los mismos medios populistas a fin de criticarlo se convierte en una manera de alimentarlo. Así, toda confrontación política se reduciría a un duelo entre *spin doctor*, y la política misma en un subsector del entretenimiento. Esta conversión, a su vez, tendría dos consecuencias, que ya están ampliamente presentes en la política mediatizada, y que son mortales para la democracia.

Primera consecuencia: las élites tanto tradicionales como populistas podrían volver o permanecer en el poder sin nunca confrontarse con los problemas reales, es decir, los grandes desafíos de la política contemporánea: la cuestión ecológica, la lucha contra los

potentados económicos, las desigualdades crecientes, el propio control de Internet, que se ha vuelto el problema preliminar con respecto a todos los demás. Ya hoy, además, el principal y mas peligroso efecto de internet es la confusión entre lo real y lo virtual.

Peor aún, la segunda consecuencia, paradójica, de esta dislocación de la política al circuito mediático sería precisamente la de devolver el poder real a los mismos tecnócratas, aparatos burocráticos, cuerpos separados del Estado, contra los cuales se lanzó originalmente la cruzada populista. El Poder formal, en mayúsculas, se convertiría así en simbólico o espectacular, mientras que el poder real, en minúsculas, pasaría a la administración, mejor equipada que la política para gestionar sociedades complejas (ver Brigaglia, 2019, 323-337).

El *tercer* remedio decisivo es tan fácil de decir como difícil de implementar: si el problema es Internet, entonces internet debe estar regulado. Sin embargo, esto es difícil, ya sea por razones técnicas –Internet siempre estará expuesto a la manipulación– pero sobre todo políticas, el riesgo para la libertad de expresión. Además de los remedios habituales contra las noticias falsas y los discursos de odio, un remedio importante seria distinguir cuidadosamente entre el uso de Internet respectivamente privado y publico.

En otros términos, la red debería ser pública, de libre acceso para todos y bajo control internacional, y no, como ha sido el caso hasta ahora, monopolizada por sociedades estadounidenses. Entonces, los gigantes digitales deberían aceptar una regulación parecida a la de la televisión comercial o alternativamente ser nacionalizados. Finalmente, el uso de Internet por parte de los políticos debería estar regulado de acuerdo con el principio enunciado por Julian Assange: privacidad para los débiles, transparencia para los poderosos (cf. Assange, 2012, Han, 2012).

En particular, debería prohibirse el perfil de los votantes y distinguirse netamente el uso de la redes sociales por parte de sujetos privados y de autoridades públicas, respectivamente. Cuando una persona tiene un cargo público que le permite provocar conflictos militares, caídas del mercado de valores o alarma pública, el uso de las redes sociales debe estarle simplemente prohibido. De esta manera sería interrumpido aquel cortocircuito entre instituciones y medios que representa la peor amenaza populista para la democracia.

5. CONCLUSIÓN

Finalmente, cabe preguntarse cómo llegamos a este punto. Byung-Chul Han lo explica con dos etapas de un mismo proceso: el paso de la *biopolítica liberal* a la *psicopolítica neoliberal*. Foucault 2004 llamó biopolítica, es decir gobierno de la vida, y Agamben 1995 gobierno de la nuda vida, al orden de gobierno liberal. Allí, la condición para que un individuo produzca y consuma autónomamente, siguiendo solo su propio interés, es que su cuerpo y su vida sean conformados por una pluralidad de instituciones.

Paradójicamente, para que el individuo sea libre, es decir, capaz de sobrevivir, reproducirse y producir autónomamente, su cuerpo debe someterse al poder disciplinario de

instituciones como asilos, escuelas, cuarteles, fábricas, hospitales, cárceles, manicomios, hospicios. Pero todas estas instituciones –el otro lado de los servicios sociales– cuestan dinero. Escribe Han, 2014 que la biopolítica, la técnica de gobierno de la sociedad disciplinada, no es adecuada para el régimen neoliberal, que explota sobre todo la psique.

De hecho, ya a fines del siglo pasado los científicos sociales notaron un fenómeno extraño: los crímenes estaban disminuyendo, pero las cárceles estaban siempre más llenas. Lo llamaron *populismo penal* (Pratt, 2007): los gobiernos neoliberales, tanto de derecha como de izquierda, habían descubierto la receta para recortar las pensiones y aún así ser reelegidos. Era suficiente prometer seguridad y, con la ayuda del 11 de septiembre de 2001 y de la crisis migratoria de 2015, esta se ha convertida en la receta de los gobiernos populistas de hoy (Smith, 2015; Smith, 2019).

Sin embargo, este era solo el primer paso, todavía biopolítico, de un proceso que lleva mucho más lejos. Hay otra emoción, igualmente elemental que el miedo: el resentimiento. El populismo mediático re-dirige hacia el Otro, el Diferente, el resentimiento generado por las inseguridades de la globalización neoliberal. Chivos expiatorios del resentimiento pueden ser criminales o burócratas, judíos o musulmanes, élites o migrantes, indiferentemente. Lo único que importa es mantener un núcleo de consenso suficiente como para obtener la mayoría.

La psico-política, o populismo mediático –el gobierno de las almas– es el segundo paso del mismo proceso. La organización neoliberal de la sociedad globalizada cambia de enfoque respecto a la organización liberal: la vigilancia de los cuerpos es antes integrada y después reemplazada por el control de las almas. La psico-política termina satisfaciendo a través de la red nuestras emociones más elementales: miedo, sexo, odio... Una vez que el entretenimiento virtual ha satisfecho nuestras almas, el mercado puede pensar en todo lo demás.

Por supuesto, esto proceso no es, como tantas narraciones populistas que circulan por la web, el enésimo complot global organizado contra nosotros por el capitalismo financiero o por un mítico Poder, con mayúsculas. En realidad, se trata solo de una serie de experimentos exitosos realizados por gobiernos, empresas, *think-tanks*, como ya en el Chile de Pinochet, y después imitados en el resto del mundo. Difundiéndose por contagio, de un país a otro, experimentos locales se convierten así en un experimento global.

Como prosecución de este mismo proceso de la biopolítica a la psicopolítica, hay quizás un *tercer* paso, que se podría llamar *gobierno de los algoritmos*. Se trata de la administración automática, impersonal, anónima y ubicua ya anunciada por Henri de Saint-Simon como administración de las cosas que sustituye al gobierno de los hombres, y por Tocqueville como nuevo despotismo. Gracias a la red, esta forma de administración es ya hoy experimentada en varios sectores de nuestras sociedades por entes públicos y empresas privadas.

El gobierno de los algoritmos fue anunciado así (Anderson, 2008; O'Neil, 2017): para administrar no sirven más teorías, son suficientes *big data* y ordenadores que aprenden de la experiencia (*machine learning*). El llamado dataísmo (*datism*) es el

nivel cero de la política, sustituida por la administración: una forma de totalitarismo digital, como lo llama Han. Aquí la objeción nace sola: entre el gobierno populista de los hombres y el gobierno tecnocrático de las máquinas, existe todavía la buena y vieja alternativa del gobierno de las leyes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agamben, G., 1995. *Homo Sacer I. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi.

Alexandre, L., Copé, J.-F., 2019. *L'intelligence artificielle va-t-elle aussi tuer la démocratie?*, Paris, Lattès.

Anderson, Ch., 2008, «The End of Theory: the Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete», https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/.

Anselmi, M., 2019. *Populismo. Teorie e problemi*, Mondadori Education, Firenze.

Assange, J., 2012. *Cipherpunks. Freedom and the Future of Internet. Conversation with Jacob Appelbaum, Andy Müller-Maguhn, Jérémie Zimmermann*, New York, OR Books.

Azzolini, G., 2019, «Umberto Eco e il problema del populismo», *Filosofia italiana*, xiv, pp. 125-137.

Barberis, M., 2020a, *No hay seguridad sin libertad. La quiebra de las políticas anti-terrorismo* (2017), trad. E. Merck Giuliani, M. Martinez Neira, Madrid, Trotta.

Barberis, M., 2020b, *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, Chiarelettere.

Bartlett, J., 2018. *The People Vs Tech: How the Internet Is Killing Democracy (and How we Save It)*, London, Ebury.

Bovero, M., 2015, «Autocrazia elettiva», costituzionalismo.it, 2, online. Brigaglia, M., 2019. *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.

Calasso, R., 2017. *L'innominabile attuale*, Milano, Adelphi.

Chadwick, A., 2007. «Disintermediation», entrada en M. Bevir (ed.), *The Encyclopedia of Governance*, London, Sage, p. 918.

Chadwick, A., 2017. *The Hybrid Media System: Politics and Power* (2013), Oxford University Press, Oxford.

da Empoli, G., 2019. *Gli ingegneri del caos. Teoria e tecnica dell'internazionale populista*, Venezia, Marsilio.

Debord, G., 1967. *La société du spectacle*, Paris, Buchet/Chastel.

De la Torre, C. (ed.), 2019. *Routledge Handbook of Global Populism*, London and New York, Routledge, 2019.

De la Torre, C., Mazzoleni, O., 2019: «Do We Need a Minimum Definition of Populism? An Appraisal of Mudde's Conceptualization», Populism, *2/1*: 79-95.

Eco, U., 2018. *Sulla televisione. Scritti 1956-2015*, Milano, La Nave di Teseo, 2018.

Ferrajoli, C. F., 2018. *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica.

Foucault, M., 2004. *Naissance de la Biopolitique: Cours au Collège de France* (1978-79), éd. par F. Ewald, Paris, EHSS, Gallimard, Seuil.

Fukuyama, F., 2018. *Identity. The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, Stanford (Cal.), Stanford University Press.

Giacomini, G., 2016. *Psicodemocrazia. Quanto l'irrazionalità condiziona il discorso pubblico*, Milano-Udine, Mímesis.

Giacomini, G., 2018. *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, Meltemi.

Han, B.-Ch., 2012. *Transparenzgesellschaft,* Berlin, Matthes & Seitz.

Han, B.-Ch., 2013. *Im Schwarm. Ansichten des Digitalen*, Berlin, Matthes & Seitz.

Han, B.-Ch., 2014. *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, trad. cast. A. Bergés, Barcelona, Herder.

Hienisch, R., Holtz-Bacha, C., Mazzoleni, O. (eds.), 2017. *Political Populism. A Handbook*, Baden-Baden, Nomos Verlag/Bloomsbury.

Hindman, M., 2018. *The Internet Trap. How the Digital Economy Builds Monopoles and Undermines Democracy*, Princeton, Princeton University Press.

Kaiser, B., 2019. *Targeted. The Cambridge Analytica Whistleblower's Inside Story of How Big Data, Trump, and Facebook Broke Democracy and How It Can Happen Again*, New York, HarperCollins.

Laclau, E., 2005. *Populist Reason*, London, Verso.

Leibholz, G., 1973. *Die Repräsentation in der Demokratie* (1929), Berlin, De Gruyter.

Levitsky, S.. Ziblatt, D., 2018. *How Democracies Die*, New York, Viking/Penguin Random House.

McLuhan, M., 1964. *Understanding Media: the Extensions of Man*, New York, McGraw-Hill.

Mény, Y., 2019. *Imparfaites democraties. Frustrations populaires et vagues populistes*, Paris, Presses de Science Po.

Moffitt, B., 2016. *The Global Rise of Populism. Performance, Political Style, and Representation*, Stanford (Cal.), Stanford University Press.

Mounk, Y., 2018. *The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Mudde, C., 2004: «Populist *Zeitgeist*», Government and Opposition, *39/4*, pp. 541-563.

Mudde, C., 2013. «Exclusionary vs Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America», Government and Opposition, 48/2, pp. 147-174.

Müller, J.-W., 2016. *What is Populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

O'Connor, C., Weatherall, J. O. , 2019. *The Misinformation Era. How False Beliefs Spread*, New Haven (Ct), Yale University Press.

O'Neil, C., 2017: *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York, Crown.

Pappas, T., 2019. *Populism and Liberal Democracy. A Comparative and Theoretical Analysis*, Oxford, Oxford. U. P.

Pariser, E., 2011. *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, New York, Penguin.

Pierskalla, J. H., Hollenbach, F. M., 2013. «Technology and Collective Action: the Effect of Cell-Phone Coverage on Political Violence in Africa», American Political Science Review, 107/2, pp. 207-224.

Pratt, J., 2007. *Penal Populism*, London, New York, Routledge.

Revelli, M., 2017. *Populismo 2.0*, Torino, Einaudi,

Revelli, M. (con L. Telese), 2019. *Turbopopulismo. La rivolta dei margini e le nuove sfide democratiche*, Milano, Solferino.

Rovira Kaltwasser, C. *et alii* (eds.), 2017. *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press.

Runciman, D., 2018. *How Democracy Ends,* London, Profile.

Schmitt, C., 1928: *Verfassunsgslehre,* Berlin, Duncker & Humblot.

Smith, W., 2015. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, Zone Books.

Smith, W., 2019. *In the Ruins of Neoliberalism. The Rise of Antidemocratic Politics in the West*, New York, Columbia University Press.

Sunstein, C., 2017. *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, Princeton University Press.

Urbinati, N., 2020. *Io*, *il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia* (2019), trad. it. Bologna, Il Mulino.

Williams, L., 2011. *The Echo Chamber*, London, Penguin.

Ziccardi, G., 2016. *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, Raffaello Cortina.

Ziccardi, G., 2019. *Tecnologie per il potere. Come usare i social network in politica*, Milano, Raffaello Cortina.

Zuboff, S., 2019.*The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power***,** New York, Public Affairs.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Funciones jurídicas*

Legal Offices

Luka Burazin

Resumen

Autor:
Luka Burazin
University of Zagreb, Croacia
lburazin@pravo.hr
https://orcid.org/0000-0002-2437-8871

Recibido: 2-11-2019
Aceptado: 14-2-2020

Citar como:
Burazin, Luka, (2021). Funciones jurídicas Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 145-157. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.06

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Luka Burazin

Este artículo pretende explicar el tipo de entidades que son las funciones jurídicas y en qué consiste su forma particular de existencia. Esto es, pretende explicar en virtud de qué puede afirmarse que las funciones jurídicas existen. De igual manera, pretende explica en virtud de qué puede decirse que estas funciones son jurídicas. A pesar de que se toma el antirrealismo como punto de partida, según el cual los artefactos, y por lo tanto las funciones jurídicas, dependen de la mente humana (i.e. son entidades dependientes de la mente (*mind-dependent*)) en el sentido que los estados mentales de los autores de artefactos o los conceptos en los que se basan estos estados constituyen (por lo menos parcialmente) su existencia, el artículo procura demostrar la relevancia que tiene el uso efectivo de las funciones jurídicas para constituir su existencia.

Palabras clave: funciones; funcionario; función de estado; teoría del derecho como artefacto; eficacia.

Abstract

The paper aims to explicate what kind of entity legal offices are and what their specific mode of existence amounts to. That is, it aims to explicate in virtue of what legal offices can be said to exist. Also, it aims to explain in virtue of what these offices can be said to be legal. While the basic idea rests on an antirealist ontological position, according to which artifacts, and thus, per hypothesis, legal offices, depend on the human mind (i.e., they are mind-dependent entities) in the sense that the mental states of the authors of artifacts and the concepts on which these states are based are (at least partly) constitutive of their existence, the paper strives to show the relevance of the actual use of legal offices for their existence.

Keywords: office; officials; status function; artifact theory of law; efficacy.

* Traducción de Pablo Rivas-Robledo (Universidad de La Sabana). A menos que no se especifique, las traducciones de otros textos son tomados de traducciones autorizadas.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende explicar el tipo de entidades que son las funciones jurídicas y qué implicaciones tiene su forma particular de existencia. Esto es, pretende explicar en virtud de qué puede afirmarse que las funciones jurídicas existen. De igual manera, pretende explica en virtud de qué puede decirse que estas funciones son jurídicas. A pesar de que se toma el antirrealismo como punto de partida, según el cual los artefactos, y por lo tanto las funciones jurídicas, dependen de la mente humana (i.e. son entidades dependientes de la mente (*mind-dependent*)) en el sentido de que los estados mentales de los autores de artefactos o los conceptos en los que se basan estos estados constituyen (por lo menos parcialmente) su existencia, el artículo procura demostrar la relevancia que tiene el uso efectivo de las funciones jurídicas para constituir su existencia.

El artículo primero presenta el concepto inicial de función jurídica que aparece en el discurso jurídico ordinario (sección 2). Luego presenta una distinción entre funciones jurídicas originarias y derivadas para poder dar cuenta de las diferencias relevantes entre funciones del primer poder constituyente, el legislador y la judicatura, particularmente respecto a lo que las hace jurídicas (sección 3). A esto le sigue una explicación en virtud de la cual puede decirse que las funciones jurídicas existen y cuál es la mejor manera de entenderlas ontológicamente (sección 4). Finalmente, el artículo analiza la manera en la cual la existencia de las funciones jurídicas se ve afectada por sus funcionarios y las actividades que llevan a cabo bajo los poderes deónticos conferidos a estos (sección 5).

2. EL CONCEPTO DE FUNCIÓN JURÍDICA

Permítanme comenzar dando algunos ejemplos paradigmáticos de funciones jurídicas. La Presidencia, el Congreso y los juzgados son denominados funciones jurídicas *públicas*. Además, algunos extienden la noción de funciones jurídicas al patrimonio y fideicomisos, las cuales pueden ser denominadas funciones jurídicas *privadas* (Essert, 2013; Katz, 2020; Penner, 2020).

En el discurso jurídico ordinario, se habla de funciones jurídicas como creaciones del derecho positivo, i.e., impuestas por las autoridades (agentes que expiden normas jurídicas) o por la costumbre. Por ejemplo, el Congreso y la Presidencia son creadas por las normas expedidas por la Asamblea Nacional Constituyente o los padres fundadores (i.e. la Constitución); las direcciones de impuestos y la policía son creadas normalmente por normas expedidas por el legislador (i.e. normas reglamentarias). Las funciones jurídicas son entidades que dependen de nomas. Las normas en virtud de las cuales las funciones jurídicas existen son normas constitutivas, pues estas constituyen las funciones jurídicas, esto es, son normas que permiten la existencia de las funciones.

Es común afirmar que las funciones jurídicas consisten en un conjunto de poderes deónticos, e.g., poderes para hacer, modificar, derogar, identificar y aplicar o hacer cumplir normas. Ser el legislador, por ejemplo, consiste en tener los poderes para hacer,

cambiar y derogar normas generales y abstractas; ser juez consiste en tener los poderes para identificar y aplicar las normas. De hecho, es posible afirmar que una función jurídica es simplemente una unidad *funcionalificada* (en analogía con personificada) de un conjunto de poderes deónticos.

Adicionalmente, es común afirmar que las funciones jurídicas tienen funcionarios, i.e., individuos que detentan los poderes deónticos propios de la función jurídica a la que pertenecen. Las normas que constituyen las funciones designan a individuos o grupos de individuos como sus representantes y les confieren ciertos poderes deónticos, e.g., poderes para expedir normas para otros o para aplicar o hacer cumplir normas existentes (von Wright, 1963, p. 76). De esta manera, las normas que constituyen funciones jurídicas también son normas que otorgan poderes, i.e., normas que confieren poderes deónticos de la funciones a los funcionarios designados (Shapiro, 2013, p. 75).

Los individuos o grupos de individuos que pertenecen a cierta función normalmente están cualificados de acuerdo con alguna ley. Pueden estar cualificados por una serie de propiedades naturales, e.g., sexo, edad, salud física o mental, descendencia, condiciones morales o ciertas habilidades (Kelsen, 1967, p. 154). Sin embargo, es normal que también estén determinados por la manera en la que se vinculan a la función (Kelsen, 1967, p. 154). Los funcionarios pueden ser vinculados de manera directa o indirecta (Kelsen, 1967, p. 154). Ellos o ellas son pueden ser convocados a la función directamente cuando una norma refiere a un individuo o grupo de individuos particular y les confiere los poderes deónticos propios de la función. Por ejemplo, «si la primera constitución histórica dice 'El Jefe de Estado será N.N.', o también 'se le llamará Asamblea Nacional Constituyente al grupo de personas reunidas en este grupo determinado, en este lugar determinado, que han votado la presente Constitución'» (Kelsen, 1967, p. 154)[1] se trata de funcionarios convocados de manera directa. Por otro lado, los funcionarios son convocados de manera indirecta cuando una norma requiere de cierto acto, como la nominación o la elección, por el cual un individuo o grupo de individuos es convocado a la función (Kelsen, 1967, p. 154).

De modo que las funciones jurídicas pueden ser inicialmente definidas como un estatus acompañado de los poderes deónticos para crear, aplicar y hacer cumplir la ley, las cuales se adscriben a ciertas personas (funcionarios o servidores) de manera directa o indirecta por una norma existente.

3. FUNCIONES JURÍDICAS ORIGINARIAS Y DERIVADAS

Las funciones legales discutidas en la sección anterior pueden denominarse funciones jurídicas derivadas[2]. Las funciones jurídicas derivadas son funciones legales que existen gracias a un norma jurídica existente, i.e. una norma que pertenece a cierto

1. Nota del T.: Traducción tomada de (Kelsen, 2011, p. 196).
2. Aquí quiero hacer una distinción normas originales (o soberanas) y derivadas. Ver (von Wright, 1963, p. 199) y (Guastini, 2014, pp. 115–116).

ordenamiento jurídico. Es derivada dado que el que pertenezca a un ordenamiento jurídico depende de normas positivas preexistentes. Lo que la hace jurídica, por lo menos en un sentido[3], es que hay una norma de carácter *legal* que la constituye. Por ejemplo, el legislador, la Presidencia y los jueces existen dado que hay una norma, en principio, la Constitución.

Sin embargo, parece que cualquier ordenamiento jurídico tiene una función que no depende de una norma positiva preexistente, pero se le considera una función jurídica. Esta función es el constituyente originario (*constitution-maker*). Por *constituyente originario* debe entenderse aquí el creador de la primera Constitución histórica[4], y Constitución debe entenderse en el sentido de «la norma o normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales» (Kelsen, 1967, p. 222)[5]. El constituyente originario, tal como es entendido aquí, es por definición la función que consiste en el poder para expedir la norma según la cual se pueden producir otras normas de orden legal y, en este sentido, la primera norma positiva de un ordenamiento jurídico. De esta manera, el constituyente originario no puede, por definición, ser una función jurídica derivada, pues no existe gracias a ninguna norma positiva preexistente. Si existiera gracias a una norma positiva preexistente, la norma expedida no sería la primera norma positiva del ordenamiento jurídico, i.e., la primera Constitución. Puede entonces afirmarse que el constituyente originario, al menos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, es una función original y soberana. Esto es, una función la cual no es constituida por una norma positiva precedente, pero que le permite a las personas que detentan sus poderes constituir otras funciones legales al expedir normas constitutivas (i.e. funciones jurídicas derivadas, como el legislador, el sistema judicial o la Presidencia). Por supuesto, esto no implica que la función que corresponde al constituyente de la primera Constitución no sea constituida por una norma, como se verá a continuación.

La pregunta que surge ahora es qué hace que la función original sea *jurídica*: ¿qué es lo que hace posible identificar a quienes detentan los poderes de la función original como los agentes que hacen uso de sus poderes deónticos de creación? ¿qué hace que sus poderes deónticos sean legalmente significativos? Hay un número de aproximaciones teóricas que presuponen que tiene que haber cierto marco normativo según el cual la función original puede ser interpretada como una función jurídica: en términos de los poderes deónticos en los que consiste y las acciones de sus funcionarios como actos legales (Marmor, 2011, pp. 47–48).

De acuerdo con la teoría del Derecho de Kelsen, la norma que provee el carácter normativo de la función jurídica original, esto es, al constituyente originario, es la

3. Puede llegar a decirse que es legal en otro sentido, con referencia al contenido de sus poderes deónticos, los cuales son los poderes para expedir, aplicar y hacer cumplir normas de contenido *legal*.
4. «If we ask why the constitution is valid, perhaps we come upon an older constitution. Ultimately we reach some constitution that is the first historically and that was laid down by an individual usurper or by some kind of assembly» (Kelsen, 1945, p. 115).
5. Nota del T.: Traducción tomada de (Kelsen, 2011, p. 258).

norma fundamental (*Grundnorm*). La norma fundamental es la norma que dota de naturaleza jurídica a los actos de la función que genera la (primera) Constitución (i.e. el acto de expedir la primera Constitución) al constituir al constituyente originario como el órgano autorizado para expedir la primera Constitución, y por lo tanto establece la función jurídica del constituyente originario. En palabras de Kelsen:

> Si por Constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma o las normas que determinan cómo, es decir, por qué órganos o mediante qué procedimientos (si mediante actos legislativos conscientes, especialmente la legislación, o por vía de la costumbre) han de producirse las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad, entonces la norma fundamental es aquella norma que está presupuesta cuando (...) o el acto constituyente establecido de manera consciente por determinados hombres se interpreta objetivamente como un hechos productor de normas; es decir (...) cuando el individuo o la asamblea de individuos que han redactado la Constitución sobre la que reposa el orden jurídico son considerados como autoridad normadora. (Kelsen, 1967, pp. 198–199)[67]

La norma fundamental es, según Kelsen, una norma presupuesta, y puede ser presupuesta únicamente si el ordenamiento jurídico es eficaz, lo que implica que las leyes son expedidas por los órganos competentes, aplicados por los órganos competentes y obedecidas por los ciudadanos (Kelsen, 1967, p. 155). Si «la vieja Constitución pierde su eficacia y deviene eficaz la nueva, (...) los actos que se presentan con el sentido subjetivo de producir o aplicar normas jurídicas ya no son interpretados bajo el presupuesto de la vieja norma fundamental, sino bajo el presupuesto de la nueva» (Kelsen, 1967, p. 210)[8]. A pesar de que Kelsen no siempre fue claro en el punto sobre quién presupone la norma fundamental, e incluso cambió su posición a lo largo de los años, soy de la opinión de que, de acuerdo con Kelsen, los órganos jurisdiccionales son los que presuponen la norma fundamental, y en virtud de esto la Constitución es legalmente vinculante y el acto de creación de la Constitución es genuinamente un acto jurídico (Bindreiter, 2001, pp. 149–151).

De acuerdo con la teoría del Derecho de Hart, la norma que provee los fundamentos normativos de la función jurídica originaria, i.e. la función del (primer) constituyente, parece ser la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento es la regla que especifica los criterios de validez en un sistema jurídico dado. No es una regla positiva y decretada, sino «una forma de regla consuetudinaria judicial que existe únicamente si ésta es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación jurídicas de los tribunales» (Hart, 1994, p. 256)[9].

6. Nota del T.: Traducción tomada de (Kelsen, 2011, p. 234).
7. Las secciones omitidas son aquellas en las que Kelsen indica que la Constitución también puede llegar a existir gracias a la costumbre, pero en ese caso no hablaría del constituyente originario como *función*, sino de individuos que mediante su comportamiento constituyen una costumbre que crea la Constitución. En este caso no habría una función que fuese el constituyente originario, pues no es usual hablar de una función conformada por un individuo o grupo de individuos que no han sido convocados a conformarla. Ver (Kelsen, 1967, p. 155).
8. Nota del T.: Traducción tomada de (Kelsen, 2011, pp. 245–246)
9. Nota del T: Traducción tomada de (Hart, 2000, p. 33).

Hart critica la posición de Kelsen según la cual se debe presuponer una norma fundamental que prescriba una primera Constitución o que aquellos que la introdujeron deban ser obedecidos. Hart arguye que si la Constitución «especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existe» (Hart, 1994, p. 293)[10]. Por lo tanto, Hart afirma que «[p]arece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la "establecieron") ha de ser obedecida» (Hart, 1994, p. 293)[11]. Así, de acuerdo con Hart la primera Constitución es eficaz si aquellos con el poder de promulgar la normas de carácter general (legisladores) de hecho pueden hacerlo, y aquellos con el poder de aplicarlas (las cortes) de hecho las aplican, y al aplicarlas las reconocen como normas válidas, entonces se puede hablar de la práctica de funcionarios como constituyendo una regla de costumbre según la cual «deben usarse ciertos criterios de validez (p. ej. sanción por la Reina en Parlamento) para identificar el derecho» (Hart, 1994, p. 293)[12]. Al explicitar los criterios para la identificación de las reglas del sistema como válidas, pareciera que la regla de reconocimiento le otorga significado a actos de ciertas entidades y al mismo tiempo estas entidades están facultadas para llevar a cabo actos que generan reglas jurídicas válidas. En ese sentido se puede decir que la regla de reconocimiento en efecto establece las funciones jurídicas y empodera a los funcionarios de estas funciones para llevar a cabo ciertas acciones. Al referirse a actos como la primera Constitución histórica, la regla de reconocimiento hace la Constitución legalmente válida y, presumiblemente, faculta a quienes llevan a cabo estos actos, i.e. el poder original o soberano, para hacerlo.

De acuerdo con mi teoría del Derecho como artefacto (la cual se explica en otros trabajos)[13], la función que representa el constituyente originario es constituida por la regla de reconocimiento, la cual a su vez está constituida por la práctica reiterada de los ciudadanos (en el sentido de miembros de la comunidad relevante). Los ciudadanos (incluyendo los funcionarios judiciales) son quienes, mediante su reconocimiento colectivo, imponen sobre otras personas el estatus institucional a la función jurídica originaria y al hacerlo confieren poderes deónticos para expedir la norma o normas que regulan la creación de normas jurídicas (i.e. normas que regulan la legislación). En este sentido puede decirse que los miembros de la comunidad relevante son los autores de la función que es el constituyente originario y le confieren poderes deónticos a lo funcionarios de esta.

A pesar de que ciertas personas pueden definirse como *constituyentes originarios* cuando se ponen de acuerdo en una serie de criterios para tener este estatus, estos no tienen el estatus institucional a menos que sean reconocidos como tal por una

10. Nota del T.: Traducción tomada de (Hart, 1998, p. 311).
11. Nota del T.: Traducción tomada de (Hart, 1998, p. 311).
12. Nota del T.: Traducción tomada de (Hart, 1998, p. 311).
13. Ver (Burazin, 2016, 2018).

comunidad relevante (una comunidad respecto de la cual ejercitan poderes deónticos los cuales se siguen de su estatus de constituyentes originarios) (Lagerspetz, 1995, p. 15). El reconocimiento colectivo de los ciudadanos a los funcionarios originarios representa la práctica social de los primeros respecto de la cual reconocen a ciertas personas como funcionarios. Así como la práctica social descansa en razones sociales para la acción (reconocer a ciertas personas como funcionarios dado que otros los reconocen como tal y se espera que hagan lo mismo), así también constituye una regla de reconocimiento social. Aparte de ser una norma social, es una norma constitutiva en sentido doble, pues le confiere estatus institucional a la función jurídica originaria (la constituye como tal) y constituye el marco conceptual que hace posible la instanciación de un sistema legal. El cual, sobre la base de la división de labor, es desarrollado tanto por los funcionarios originarios como por los derivados, los cuales asientan los criterios de identificación de los recursos de la ley en una comunidad relevante. De esta manera, de acuerdo con mi teoría del derecho como artefacto, el constituyente originario es una función no porque es creada por la ley o reconocida como tal sólo a través de la práctica de funcionarios judiciales, sino porque es considerada como tal de manera colectiva por los ciudadanos.

En síntesis, tal como con la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, la norma de reconocimiento de los ciudadanos no es una norma jurídica positiva promulgada. Contrario a la norma fundamental de Kelsen, no es una norma presupuesta, pero similar a la regla de reconocimiento de Hart, la norma de reconocimiento de los ciudadanos es una norma social. Finalmente, contrario a tanto la norma fundamental de Kelsen, que es presupuesta por los funcionarios, como a la regla de reconocimiento de Hart, la cual se constituye a través de la práctica de los funcionarios, la regla de reconocimiento de los ciudadanos se constituye a través de la práctica de los ciudadanos.

4. ONTOLOGÍA DE LAS FUNCIONES JURÍDICAS

Las funciones jurídicas no son entidades como el agua, el oro o los tigres. Las funciones jurídicas deben entenderse como construcciones sociales. Estas son construcciones en el sentido de que son creadas por humanos, quienes por su puesto las crean con un propósito. El propósito de las funciones legales está reflejado en los poderes deónticos que detentan, i.e. los poderes para identificar, crear y aplicar el Derecho. Generalmente, puede decirse que el propósito de las funciones jurídicas es permitir que los individuos identifiquen, creen y apliquen el Derecho, lo cual no pueden hacer en virtud solo de su estructura física. El hecho de que son creadas por humanos y hayan sido creadas con un propósito las hace artefactos, de acuerdo con la definición clásica de artefacto (Hilpinen, 2011).

A partir de la teoría de Searle de la construcción social del mundo[14], es posible definir las funciones jurídicas como la función de estado tal que tiene los poderes deónticos relevantes, las cuales existen y son impuestas a un individuo o grupo de individuos mediante el reconocimiento colectivo de la regla constitutiva relevante (ya sea directa o indirectamente). El hecho de que estas se basen en normas que requieren de intencionalidad colectiva para existir (lo que significa que en principio pueden ser creadas solo si hay un reconocimiento colectivo o una aceptación de las normas constitutivas relevantes las cuales le confieren la función de estado a la función juŕicia acompañada por los poderes deónticos relevantes y puede continuar existiendo por el tiempo en el que sea reconocida) hace a las funciones jurídicas artefactos institucionales.

Aquí es útil introducir la diferencia entre tipos de normas (constitutivas) mediante las cuales las personas de manera colectiva le imponen el estatus institucional a una función jurídica. Como he defendido en otro texto, puede hacerse una distinción entre normas de reconocimiento codificadas o explícitas y decodificadas o implícitas, así como normas de reconocimiento generales e individuales (Burazin, 2018, p. 123). Las reglas de reconocimiento codificadas o explícitas son las que son planteadas explícitamente y formuladas por una autoridad humana y son, por lo menos de manera indirecta (por medio del reconocimiento de los funcionarios originales y de lo que reconocen como derecho) reconocidas de manera colectiva por los ciudadanos. Las reglas de reconocimiento decodificadas o implícitas son aquellas que se constituyen únicamente por la práctica social del reconocimiento colectivo. Las reglas de reconocimiento decodificadas o implícitas son, de hecho, normas sociales. Las reglas de reconocimiento generales son normas que constituyen un tipo de artefacto institucional y pueden ser formuladas de la siguiente manera: Para cualquier *x*, reconocemos de manera colectiva que si *x* cumple con las condiciones *C*, entonces cuenta como *y*. Las reglas de reconocimiento individuales son aquellas que constituyen una instancia de artefacto institucional (o una instanciación de un tipo de artefacto institucional) y pueden ser formuladas de la siguiente manera: para una entidad (preexistente particular) *e*, de manera colectiva reconocemos que cuenta como *y*.

Ahora enfoquémonos en la aplicación de estas normas a casos particulares de funciones jurídicas, i.e., las funciones jurídicas originales (o las primeras) y las derivadas. La primera función jurídica de un ordenamiento jurídico, históricamente hablando, i.e., la función del constituyente originario, es constituida por el reconocimiento colectivo de un norma constitutiva decodificada o implícita individual[15]. Una comunidad puede reconocer a cierto grupo de personas como sus constituyentes originarios, y de

14. Para un breve resumen del aparato conceptual de Searle, ver (Searle, 2010, pp. 6–11).

15. De acuerdo con Searle, este es el caso cuando no existen normas constitutivas y, por lo tanto, debe haber un ejemplo pre-instituconal que tenga la misma estructura que las normas constitutivas. Es simplemente un reconocimiento colectivo *ad hoc* que algo que tiene cierto estatus y es un paso hacia su codificación en forma de regla. Ver (Searle, 2010, pp. 19–21), ver también (Thomasson, 2009, p. 548). De acuerdo con la tipología de Thomasson de normas constitutivas, en estos casos se está únicamente ante reglas constitutivas singulares, pues los objetos institucionales son creados instancia por instancia.

esta manera investirlos del estatus institucional de constituyente originario con los correspondientes poderes deónticos para expedir la norma que regula la expedición de otras normas jurídicas de carácter general. Todas las funciones jurídicas subsecuentes son (en principio) constituidas o bien por la norma general constitutiva (codificada o explícita) promulgada o bien por la primera función desde el punto de vista histórico (i.e. por medio de una norma constitucional) o bien por los funcionarios de las funciones jurídicas derivadas (e.g. a través de una norma los reglamente). De cualquier modo, incluso en este caso es necesario que haya por lo menos un reconocimiento informal, decodificado o implícito por parte de los ciudadanos, lo que se asegura mediante su reconocimiento inicial a la función jurídica conformada por los primeros funcionarios o los funcionarios originales y sus poderes deónticos correspondientes (incluyendo la capacidad de codificar las normas que constituyen funciones jurídicas derivadas y en virtud de la cual los funcionarios son elegidos o nombrados). Esto es así debido a que la codificación no es socialmente eficaz si al ordenamiento jurídico como un todo le hace falta cierto nivel de reconocimiento colectivo informal por parte de la comunidad relevante (Tuomela, 2002, p. 159).

Al reconocer de manera colectiva a ciertas personas como los funcionarios, los miembros de la comunidad relevante les adscriben un poder normativo para crear derecho. Sin embargo, dado que los ciudadanos han reconocido de manera colectiva que ciertas personas son funcionarios jurídicos, y por lo tanto han reconocido colectivamente qué funcionarios crean derecho, están comprometidos con el hecho de que ciertas personas son sus funcionarios y que lo que crean como derecho es vinculante para la comunidad. Cuando hacen esto, también se comprometen con el hecho de participar en una práctica legal la cual es conceptualmente posible gracias a la práctica reiterada de los funcionarios. Esto es, una vez que las normas han sido identificadas como normas jurídicas por los funcionarios del ordenamiento jurídico, los ciudadanos se comprometen a cumplirlas y a usarlas al momento de regular las relaciones entre estos. Esto demuestra por qué un reconocimiento por separado de los hechos institucionales y de las instituciones creadas dentro de una institución existente, como aquellas derivadas de otras funciones jurídicas y sus funcionarios, no es necesario. Al reconocer de manera colectiva la institución del constituyente originario e (indirectamente) un ordenamiento jurídico, uno ya se comprometió consigo mismo(a) a reconocer normas particulares creadas por los funcionarios de funciones jurídicas derivadas como válidas dentro del ordenamiento jurídico.

En el caso de tanto funciones jurídicas originarias como derivadas, las funciones jurídicas son creadas por el reconocimiento colectivo de las normas constitutivas con las cuales los humanos imponen la función de estatus de función jurídica a ciertas personas (Searle, 2010, pp. 41–51). En el caso de la función jurídica original (i.e. el constituyente originario), la función se crea por el reconocimiento directo de la norma social de reconocimiento de los ciudadanos y, en el caso de funciones jurídicas derivadas, mediante un reconocimiento implícito indirecto por parte de los ciudadanos a las normas constitutivas dirigidas a los funcionarios. En la misma medida, en estos casos

las funciones jurídicas son ontológicamente inmateriales, pues no son nada más que una función de estado, y esta, como ya se dijo, consiste en un conjunto de poderes deónticos (i.e. el poder para identificar, crear y aplicar leyes), el cual es una abstracción. Por lo tanto, es posible decir que las funciones jurídicas son abstractas o artefactos inmateriales institucionales.

La diferencia entre las dos es que, en el caso de la función originaria, los funcionarios son nombrados directamente, pues la regla de reconocimiento de los ciudadanos refiere a individuos particulares o a un grupo de individuos; en el caso de funciones derivadas, los funcionarios son nombrados de manera directa o indirecta, pues en algunos casos las normas constitutivas para los funcionarios requieren de cierto acto, como la nominación o la elección, por el cual un individuo o grupo de individuos son convocados para ocupar el cargo. Otra diferencia radica en el contenido de los poderes deónticos propios de cada función. Mientras que las funciones derivadas pueden consistir en cualquier tipo de poderes deónticos, como el poder de crear, aplicar o hacer cumplir las normas, la función originaria, por definición, consiste en el poder normativo de crear normas jurídicas o, más específicamente, el poder de expedir la primera constitución. Aquí Constitución se entiende en el sentido kelseniano de un conjunto de normas que regulan el proceso de legislación en un ordenamiento, i.e., «la creación de normas de carácter general, particularmente la creación de estatutos» (Constitución en sentido material) (Kelsen, 1945, p. 124).

En síntesis. El hecho de que las funciones jurídicas tengan autores humanos (miembros de una comunidad relevante), los cuales las crean con un propósito (crear, identificar o aplicar la ley), las hace artefactos. El hecho de que sean reguladas (constituidas por la norma social de reconocimiento o un norma constitutiva positiva) y requieran de reconocimiento colectivo para su existencia (por miembros de la comunidad relevante), las hace institucionales. El hecho de que sean una función de estado respecto de un conjunto de poderes deónticos las hace inmateriales. Por lo tanto, podemos decir que, ontológicamente, las funciones jurídicas son artefactos institucionales inmateriales.

5. FUNCIONES, FUNCIONARIOS Y EFICACIA

A pesar de que las funciones jurídicas originarias son constituidas por normas, no pueden existir sin sus funcionarios y el ejercicio propio de los poderes deónticos a cargo de estos, y tampoco sin otras funciones jurídicas con sus respectivos funcionarios ejerciendo los poderes deónticos de los que están investidos. Esto es, para que la función jurídica originaria exista en un sentido no trivial, no es suficiente que esté constituida por una norma. La norma relevante puede determinar solo el carácter pretendido del artefacto institucional y de este modo crear el concepto. La existencia y el carácter del artefacto institucional dependen de si los poderes deónticos conferidos son de hecho usados. Esto se sigue de las explicaciones aludidas anteriormente sobre lo que constituye a la función como la constituyente originaria.

De acuerdo con Kelsen, la norma fundamental, que faculta a un individuo o grupo de individuos para crear la primera Constitución histórica y así constituye a la función que es el constituyente originario, está presupuesta sólo si la primera Constitución es eficaz. La primera Constitución histórica es eficaz si el individuo o grupo de individuos facultados por la Constitución de hecho expiden la primera Constitución histórica, la autoridad legislativa facultada por la Constitución de hecho expide leyes y estas de hecho son aplicadas por los funcionarios que deben hacer y obedecidas por los ciudadanos (Kelsen, 1967, p. 210). Por lo tanto, el constituyente originario como función existe en un sentido no trivial, i.e., como función jurídica, sólo si sus funcionarios existen, si expiden la Constitución de acuerdo con poderes deónticos, si existe el legislador como función jurídica y sus funcionarios (los legisladores) expiden leyes, si existe la rama judicial como función jurídica y sus funcionarios (los jueces) aplican las leyes, y si las personas obedecen las leyes.

La misma conclusión se sigue de la explicación de Hart sobre lo que constituye al constituyente originario como función. La regla de reconocimiento establece que el constituyente originario como función existe solo si hay una práctica reiterada al identificar y aplicar la primera Constitución (junto con otras fuentes del Derecho) por parte de los órganos jurisdiccionales. Esto, de nuevo, presupone que los funcionarios del constituyente originario de hecho promulguen la primera Constitución y de este modo establezcan al legislador como función, que el legislador ejerza sus funciones y de este modo expida normas jurídicas generales.

De acuerdo de mi teoría del Derecho como artefacto, la función del constituyente originario está constituida por el reconocimiento de una norma constitutiva decodificada o implícita individual que los ciudadanos de manera colectiva. Dado que las normas constitutivas individuales son aquellas que constituyen el estatus relevante al adscribir este estatus a particulares que existen previamente, la norma de reconocimiento de los ciudadanos presupone la existencia de ciertos individuos que son reconocidos de manera colectiva por los ciudadanos como los constituyentes originarios, lo funcionarios de esta función. Dado que que para existencia institucional de un artefacto es necesario que sus poderes deónticos se ejerzan, no habría constituyente primario si en la primera Constitución no se establece un legislador. De manera similar, la función de expedir la primera Constitución no es meramente establecer al legislador como función jurídica, sino también asegurarse que esta función esté ocupada por funcionarios que ejercerán los poderes deónticos propios de la expedición de normas jurídicas de carácter general. Si el legislador establecido por la primera Constitución nunca estuviera ocupada o sus funcionarios nunca expidieran normas jurídicas generales, a lo sumo se puede decir que algunas personas, i.e., los supuestos constituyentes originarios, propusieron una primera Constitución. Del mismo modo, si los supuestos legisladores expiden normas de carácter general, y estas nunca son aplicadas por los órganos encargados de hacerlo, a lo sumo puede afirmarse que algunas personas, i.e., los supuestos legisladores, propusieron algunas normas jurídicas para el supuesto ordenamiento jurídico.

Esto supone una ligera matización de la afirmación según la cual «en las funciones siempre existe la posibilidad de vacancia porque son posiciones impersonales de autoridad separables del funcionario» (Katz, 2020, p. 269). El constituyente originario como función nunca puede estar vacante o, en otras palabras, no puede haber una brecha institucional respecto a la función que es el constituyente originario[16]. Para poder existir, tiene que asegurarse que ciertas personas son reconocidas como funcionarios del constituyente originario. Del mismo modo, dado que los poderes deónticos del constituyente originario se agotan en la expedición de la primera Constitución por definición (Guastini, 2014, p. 166), el problema de la continuidad del constituyente primario y su eventual vacancia no surge. Lo mismo sucede respecto de las funciones del legislador y los jueces en lo que se refiere a su existencia. Si las funciones que son el legislador y los jueces no se ocupan de manera inicial, podría decirse que, de hecho, no hay funciones jurídicas, dado que no hay ejercicio de los poderes deónticos propios de las funciones. Sin embargo, el legislador y los jueces como funciones pueden estar vacantes sin dejar de existir si existe una norma que regule cómo se debe nombrar a los funcionarios. Esto es así en tanto en ambos casos es posible (y de hecho es normalmente el caso) que los funcionarios sean nombrados de manera indirecta y sus poderes deónticos no se agotan con el primer uso.

Para concluir, las funciones jurídicas, como artefactos institucionales, existen en virtud de sus normas constitutivas las cuales son reconocidas por miembros de una comunidad relevante, bajo la condición de que, por lo menos inicialmente, esté compuesta por funcionarios que de hecho ejerzan los poderes deónticos propios de la función en la que se encuentran y por el tiempo que el reconocimiento colectivo de los ciudadanos a los funcionarios originales no sea revocado.

BIBLIOGRAFÍA

Burazin, L. (2016). Can There Be an Artifact Theory of Law? *Ratio Juris*, *29*(3), 385–401. https://doi.org/10.1111/raju.12134

Burazin, L. (2018). Legal Systems As Abstract Institutional Artifacts. En K. E. Himma & C. Roversi (Eds.), *Law as an Artifact*. Oxford University Press. https://papers.ssrn.com/abstract=2907334

Essert, C. (2013). The Office of Ownership. *The University of Toronto Law Journal*, *63*(3), 418–461.

Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto*. Giappichelli.

Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law*. Clarendon Press ; Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Abeledo-Perrot.

Hilpinen, R. (2011). Artifact. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University. https://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/artifact/

16. Respecto a las brechas institucionales, ver (Romano, 1925, pp. 7–10).

Katz, L. (2020). Ownership and offices: the building blocks of the legal order. *The University of Toronto Law Journal*. *70*(Issue supplement 2), 267-286.
Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*. Harvard University Press.
Kelsen, H. (1967). *Pure Theory of Law*. University of California University Press.
Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho* (L. Langbehn (trad.)). Ediciones Colihue.
Lagerspetz, E. (1995). *The Opposite Mirrors: An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Springer Netherlands. https://doi.org/10.1007/978-94-017-3409-7
Marmor, A. (2011). *Philosophy of Law* (Vol. 3). Oxford University Press.
Penner, J. (2020). *Private law offices*. . *The University of Toronto Law Journal*. *70*(Issue supplement 2), 299-314.
Romano, S. (1925). *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*. Presso l'Università degli studi.
Searle, J. R. (2010). *Making the Social World. the Structure of Human Civilization*. Oxford University Press.
Shapiro, S. (2013). *Legality*. Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press.
Thomasson, A. L. (2009). Social Entities. En R. L. Poidevin (Ed.), *The Routledge Companion to Metaphysics*. Routledge.
Tuomela, R. (2002). *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance View*. Cambridge University Press.
Von Wright, G. H. (1963). *Norm and action: a logical enquiry*. Routledge & Kegan Paul.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

De la muerte del autor a la muerte del legislador. La interpretación constitucional desde el derecho como literatura

From the Death of the Autor to the Death of the Lawmaker: Constitutional Interpretation from Law as Literature

Autor:
Francisco J. Campos Zamora
Universidad de Costa Rica
fcocampos@gmail.com

Recibido: 6-4-2020
Aceptado: 26-8-2020

Citar como:
Campos Zamora, Francisco J., (2021). De la muerte del autor a la muerte del legislador. La interpretación constitucional desde el derecho como literatura Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 159-188. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.07

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Francisco J. Campos Zamora

Francisco J. Campos Zamora

Resumen

La finalidad del presente trabajo es mostrar cómo los estudios interdisciplinarios entre los campos del derecho y la literatura pueden contribuir con el debate, en torno a la interpretación jurídica y al papel de aquello que realmente tienen los operadores jurídicos en la decisión de cuestiones constitucionales. En un primer momento, se reseñan los posibles puntos de encuentro entre derecho y literatura, así como las distintas manifestaciones que estos pueden adoptar. Luego, desde el derecho como literatura, se examina la propuesta semiológica de Roland Barthes, específicamente su teoría acerca de «La muerte del autor». Finalmente, se muestra cómo el instrumental por él acuñado constituye una de las herramientas, que mejor describe la mecánica de la actual interpretación constitucional en algunos ordenamientos jurídicos, desembocando en lo que denominaremos como «La muerte del legislador».

Palabras clave: Derecho y literatura; interpretación constitucional; muerte del autor; muerte del legislador.

Abstract

The purpose of this paper is to show how interdisciplinary studies between the fields of law and literature can contribute to the debate on legal interpretation, and to the role of what legal operators actually do when deciding constitutional issues. First, we will review one of the possible meeting points between law and literature —i.e. law as literature— and we will examine Roland Barthes' semiological proposal, specifically his theory about «The Death of the Author»; from there on, we will show how the ideas and concepts he coined constitute one of the tools that best describe the mechanics of the current

constitutional interpretation in some legal systems. This will lead to what we will call «The Death of the Lawmaker».

Keywords: Law and Literature; Constitutional Interpretation; Death of the Author; Death of the Lawmaker.

La escritura es la destrucción
de toda voz, de todo origen.
Barthes

La hermenéutica es el arte de
extraer de un texto precisamente
aquello que no se encuentra en él.
Marquard

1. DOS RELATOS EN CLAVE DE INTERPRETACIÓN

En *Historias del Talmud* Bin Gorion relata *El horno de Ajnai*, una discusión entre el Rabí Eliezer Ben Hyrkanos y otros sabios con respecto de la pureza o impureza de un horno de acuerdo con la interpretación de la ley. El Rabí Eliezer lo tenía por puro; los sabios, por impuro:

> «En ese día el Rabí Eliezer hizo valer todos los argumentos ordinarios posibles, pero no pudo hacer cambiar de opinión a sus compañeros. Entonces, probablemente perdiendo la paciencia sentenció: ¡Si la Ley es tal como yo la enseño, este algarrobo será mi testigo! Y se cuenta que, al instante, el árbol se movió cien metros (otros informan que cuatrocientos) del sitio en que estaba plantado. Pero los sabios, sin inmutarse respondieron: ¡Un árbol no es testigo con arreglo a la Ley!
>
> Entonces el Rabí Eliezer dijo: ¡Si lo que yo enseño es correcto, este río me dará la razón! Y se dice que al momento el agua corrió en sentido contrario. Con todo, los sabios respondieron: ¡La corriente del agua no es un medio de prueba!
>
> De nuevo tomó la palabra el Rabí Eliezer y exclamó: ¡Si las cosas son, como yo afirmo, entonces las paredes de esta casa hablarán por mí! Entonces, cuenta la historia que se doblaron las paredes y amenazaron con derrumbarse, ante lo cual el Rabí Josua las increpó diciendo: ¿Si los Maestros disputamos sobre la interpretación de la Ley, que interés tenéis en el asunto? Y se dice que las paredes dejaron de inclinarse por respeto al honor del Rabí Josua; pero tampoco volvieron a su lugar, por respeto al honor del Rabí Eliezer.
>
> Entonces el Rabí Eliezer dijo: ¡Si la Ley es como yo la enseño, entonces el cielo hablará por mí y será mi testigo! Entonces se dejó oír una gran voz que sentenció: ¿Qué tenéis en contra del Rabí Eliezer? ¡La Ley es ciertamente como él la enseña! A lo que el Rabí Josua, poniéndose de pie, respondió: ¡La Ley no se encuentra ya en el cielo! Con ello deseaba dar

> a entender que la Tora le fue dada al pueblo de Israel en el monte Sinaí, por lo que no se encontraba más en las alturas. Y agregó: Está escrito en la Tora, a la mayoría deberás seguir»[1].

Borges, igualmente, en su obra *Ficciones,* presenta uno de sus relatos más fascinantes, *Pierre Menard, autor de El Quijote*. Menard, un escritor francés del siglo xx, produce una obra que coincide textualmente con los capítulos noveno y trigésimo octavo de *El Quijote* de Cervantes:

> «El texto de Cervantes y el de Menard son verbalmente idénticos, pero el segundo es casi infinitamente más rico. (Más ambiguo, dirán sus detractores; pero la ambigüedad es una riqueza.) Es una revelación cotejar el *Don Quijote* de Menard con el de Cervantes. Este, por ejemplo, escribió en la primera parte, noveno capítulo:
>
> *... la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir.*
>
> Esa enumeración, redactada en el siglo diecisiete, por el "ingenio lego" Cervantes, es un mero elogio retórico de la historia. Menard, en cambio, escribe:
>
> *... la verdad, cuya madre es la historia, émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir.*
>
> La historia, *madre* de la verdad; la idea es asombrosa. Menard, contemporáneo de William James, no define la historia como una indagación de la realidad sino como su origen. La verdad histórica, para él, no es lo que sucedió; es lo que juzgamos que sucedió. Las cláusulas finales "*ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir"* son descaradamente pragmáticas»[2].

Estos relatos representan más que una simple ficción y, a lo largo de la historia, es posible encontrar numerosos ejemplos de disputas con respecto a textos que pueden ser interpretados, no solo de formas distintas sino incompatibles. El sentido original, asignado por el autor, deja de ser relevante y se despliegan nuevas e inesperadas posibilidades hermenéuticas[3], como señaló Kierkegaard, porque los conceptos, al igual

1. Bin Gorion, 1964: 127. Esta historia ha sido analizada también por Scott Shapiro, en su artículo «Authority», publicado en el *Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*.
2. Borges, 2000: 52, 53. El lenguaje, y sus infinitas posibilidades, es uno de los temas universales en la obra filosóficoliteraria de Jorge Luis Borges. Algunas otras historias en que analiza el tema del lenguaje son «El idioma analítico de John Wilkins», «Tlön, Uqbar, Orbis Tertius», «La escritura del dios», «El idioma de los argentinos», «El espejo y la máscara», etc. La lista podría extenderse fácilmente.
3. Véase la exégesis del «Decreto de Graciano» (*Decretum Gratiani*) —primera parte del «Cuerpo del Derecho canónico» (*Corpus Iuris Canonici*)— el cual sirvió de modelo a los juristas occidentales del siglo xii para reemplazar leyes bárbaras, que a menudo implicaban juicio por ordalías, por un modelo basado en reglas racionales. El decreto exponía en su canon 11, distintio 96: «Los emperadores están subordinados con respecto a los pontífices de la Iglesia y no se encuentran sobre ellos» (*Imperatores debent Pontificibus subesse, non preesse*). La interpretación del texto pretendía legitimar la hegemonía del Papado sobre el Imperio. La excomunión del emperador Enrique IV por parte del Papa Gregorio VII simbolizó claramente esta lucha por la primacía. El texto, sin embargo, no provenía del siglo xii, sino del siglo v, de una carta que el Papa Gelasio I envió al emperador Anastasio. La situación histórica y las relaciones entre el Imperio y el Papado en esa época, eran totalmente distintas a las de la Alta Edad Media. Después de la conversión de Constantino, la Iglesia se había entregado a manos del nuevo y poderoso protector de la fe cristiana. Unos siglos después, el Papa Gelasio I

que los individuos, poseen su propia historia y, al igual que estos, son incapaces de resistirse al poder del tiempo[4].

Esto se debe, como apuntó Esser, a que la comprensión de los textos depende, en última instancia, de los conocimientos previos, suposiciones, prejuicios, temores y deseos, en resumen, de las distintas «precomprensiones» (*Vorverständnisse*) de los intérpretes, sea por el cambiante e impredecible «espíritu de la época» (*Zeitgeist*)[5]; o bien, simplemente, por la metodología empleada; que pretende destacar determinados sentidos, nunca de forma inocente, al tiempo que oculta otros, según los intereses del operador jurídico. En síntesis, no existe tal cosa como una interpretación pura o libre de las circunstancias del propio texto o de sus intérpretes[6].

Tanto *El horno de Ajnai* como *Pierre Menard, autor de El Quijote* uno desde la tradición hebraica, el otro, desde la literatura, enfrentan con algunos de los temas más complejos de la interpretación. Pretendemos colocar el acento sobre la desacralización de la figura del autor y su dominio sobre el texto, con el objetivo de arrojar un poco de luz a interrogantes como ¿De cuánto poder goza el *autor* frente a su obra?, ¿dónde se encuentran los límites y anclajes de la *interpretación*?, ¿a partir de dónde la interpretación deja de serlo para convertirse en *creación* del lector? Estas preguntas, relevantes para las distintas ramas del derecho, cuando por *interpretación*, *autor* y *creación* se hace referencia a los de naturaleza jurídica, han recorrido un extenso camino a lo interno del movimiento «derecho y literatura», muy especialmente por parte de las teorías que tienen por objeto el análisis literario. Parece que muchos juristas no se han dado por enterados o simplemente no desean tener nada que ver con ello, a pesar de que el movimiento no puede ser definido como nuevo y goza de un creciente interés, particularmente, en el mundo anglosajón.

La finalidad de este estudio es mostrar cómo la literatura, especialmente algunos instrumentos propios de la teoría literaria, pueden contribuir con el debate acerca de la interpretación jurídica, la discusión sobre la pluralidad de sentidos de un mismo texto, el papel de los autores de las normas jurídicas y, sobre todo, la práctica de aquello, que los operadores jurídicos quienes deben enfrentarse con normas, tanto ordinarias como constitucionales, realmente hacen y no, lo que afirman hacer.

Se reseñan los posibles puntos de encuentro entre el derecho y la literatura, así como las distintas manifestaciones que pueden adoptar. Luego, desde el derecho como literatura, se examina el pensamiento de Roland Barthes con respecto a la teoría de la interpretación, específicamente, su propuesta acerca de «La muerte del autor» (*La*

---

reconoce que existe un núcleo central interno en las cuestiones de la Iglesia, el cual debe ser defendido de los ataques e intromisiones del emperador, nunca quiso un dominio sobre los gobernantes, sino un espacio donde la Iglesia pudiera llevar a cabo su misión sin ser perturbada. Cf. Rüthers/Fischer/Birk, 2016: nota al margen 173, Woods, 2005: 191 y Berman, 1983: 143 ss.

4. Kierkegaard, 1929: 3.
5. Esser, 1970. Gadamer, 2010.
6. Frank, 1949: 3 ss. Ortega y Gasset señaló en su obra *Meditaciones del Quijote* que «Yo soy yo y mi circunstancia» algo muy similar puede afirmarse sobre las interpretaciones que llevamos a cabo con respecto a los más diversos textos, «Mi interpretación depende de mi circunstancia». Véase Ortega y Gasset, 1984: 25.

mort de l'auteur), presente en algunos de sus trabajos más importantes. Finalmente, se muestra cómo esa muerte del autor ya gozaba de su propio lugar en el discurso jurídico, bajo la forma que denominaremos «La muerte del legislador», y que el instrumental teórico acuñado por Barthes constituye una de las herramientas, la cual mejor describe la mecánica de la actual interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico alemán.

2. CINCO PUENTES ENTRE EL DERECHO Y LA LITERATURA[7]

Quienes estén convencidos de que el derecho es solo un asunto que guarda relación con las disposiciones normativas, la inspiración moral tras estas o la práctica de los jueces, no encontrarán coherente, relevante o interesante las propuestas del movimiento Derecho y Literatura. Por el contrario, si no resulta extraño que el derecho mantenga relaciones con otras disciplinas, como señala Ost[8], se pueden encontrar algunos puntos de encuentro para el establecimiento de diálogos.

Los estudios sobre derecho y literatura han aumentado[9], a partir de la obra de Boyd White «La imaginación jurídica» (*The Legal Imagination*)[10] y la mayoría de las facultades de jurisprudencia, en los Estados Unidos de América, ofrecen cursos sobre la materia. Ello se debe al reconocimiento de que la escritura, junto con la retórica y la argumentación, es una habilidad importante que se debe enseñar[11]. El interés por la escritura viene acompañado de un interés por el lenguaje, la selección de palabras, la metáfora y la narrativa. Una segunda razón para ese acercamiento consiste en que la literatura puede ofrecer una forma diferente de pensar el lenguaje del derecho, al desafiar las representaciones convencionales y mostrar el deslizamiento entre los significados

7. El tema ya ha sido tratado de excelente forma por Carlos PÉrez Vázquez en su trabajo *Derecho y literatura* publicado en 2006 por Isonomía, así como por François Ost en la obra colectiva *Derecho & Literatura* publicada en el 2017 por editorial Libitum.
8. Ost, 2006: 334.
9. Además del trabajo de James Boyd White otras obras destacadas son *A List of Legal Novels* de John Henry Wigmore, *Law and Literature* de Benjamin Cardozo, *Law and Literature* de Richard A. Posner, *Poetic Justice* de Martha Nussbaum, *Literature and The Law* de Thomas Morawetz, *Crossing Borders. Law, Language and Literature* editado por François Ost y Jeanne Gaakeer y la excelente compilación *Law and Literature* editada por Lenora Ledwon. Sumado a lo anterior, la Benjamin N. Cardozo School of Law, edita la revista *Law and Literature*, y Oxford University Press cuenta con una colección referida a *Law and Literature.* En el ambiente hispanoparlante debe destacarse la figura de José Calvo González autor de múltiples investigaciones sobre el tema, la principal su libro *Derecho y narración: materiales para una teoría crítica y narrativista del derecho,* la obra *Derecho & Literatura. El derecho en la literatura* editada por Óscar Enrique Torres, *Derecho y literatura* de Carlos Pérez Vázquez, *Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja* de Enrique E. Marí, y *Derecho y Literatura* de María José Falcón y Tella.
10. Boyd White, 1973.
11. Esto es algo que parece que las firmas de abogados han comprendido antes que la academia. Ledwon menciona que cuando consultó a un amigo acerca del consejo que daría a los estudiantes de derecho la respuesta fue contundente: «Diles que si no saben escribir no se hagan abogados». Ledwon, 1996: X. Sobre el tema véase Calvo González, 2012: 363-372.

inherentes a cualquier sistema de signos[12], poniendo en entredicho el mito de las respuestas únicas y evidentes[13].

La conexión entre derecho y literatura puede contribuir a convencer a los juristas de su condición de escritores, en consecuencia, comunicar sus ideas con mayor claridad. Las expresiones oscuras han convertido al derecho en otro idioma, pues al contratar a un abogado se está pactando con un traductor, que explique las palabras de la ley o la forma más adecuada de dirigirnos al juez[14].

El reconocimiento de ese problema ha hecho surgir un movimiento que pugna por un uso efectivo y directo del lenguaje, con el objetivo de que «la escritura de los jueces», relativa a leyes, sentencias y opiniones judiciales, pase de ser una «escritura de los dioses» a «una escritura comprensible para el pueblo». Asimismo, la misma Constitución debe poder ser leída y comprendida por la totalidad de la ciudadanía al establecer la relación con el Estado, la división y contrapesos de los poderes públicos e incluso el elenco de nuestros derechos en el ámbito privado. Todo esto debe ser plasmado en un lenguaje lo más claro posible. No obstante, los juristas olvidan esto con frecuencia y producen discursos oscuros e impenetrables[15].

La cuestión es ¿cómo se estructura esa conexión entre derecho y literatura? Proponemos que esas relaciones puedan ser analizadas, desde una quíntuple dimensión no excluyente, de modo que una misma obra literaria puede ser objeto de distintos tipos de estudio, según el enfoque que se desee darle. El derecho, en una *primera dimensión*, de naturaleza esencialmente normativa, regula temas relevantes para la literatura, que abarcan el plano de derecho privado, en tanto, derechos de autor, distintas relaciones de contratación, promoción y mercadeo de obras; de derecho penal, relativo a delitos de prensa, injurias, calumnias, difamaciones, discursos del odio, tratamiento del erotismo y de la blasfemia; de derecho constitucional, que incluye libertad de expresión y censura, y de derecho administrativo, que se ocupa de la regulación de bibliotecas públicas y exenciones tributarias, entre otras áreas. No se trata de una rama específica del derecho, sino de una aproximación transversal que reagrupa cuestiones, las cuales

12. Sobre el sistema semiológico Cfr. Barthes, 1985: in Totum.

13. Kristan muestra que en algunos casos el texto literario incluso pretende aumentar el potencial interpretativo, un elemento que lo diferencia de la interpretación jurídica, con el objetivo de que un libro sea varios libros tal como sucede en *Rayuela* de Cortazar, el *Diccionario Jázaro* de Pavić y *El jardín de los senderos que se bifurcan* de Borges. Kristan, 2017:14.

14. «Necesitamos de un intérprete que nos explique por qué, o por cuál razón, la parte contraria en un proceso, nos quiere sacar alguna cosa o nos quiere meter en una celda. Asimismo, nuestro abogado servirá para explicar, en el lenguaje conveniente, que ya estamos muy contentos con el fruto conseguido o que la cárcel es un lugar que no nos sienta muy bien para la salud. El lenguaje del derecho ha sido ajeno al pueblo. Conductas que en la calle se determinan de la manera más simple, al pasar por los juzgados son expuestas de forma espeluznante. Un ciudadano de a pie decide comprar un libro. Va a una librería, escoge el texto y lo paga. Pues bien, ese mismo proceder, ante un juez, se convierte en que el comprador, posterior a realizar las autoponderaciones de índole patológico-negocial, se apersona al establecimiento del vendedor y pacta con él en cuanto a cosa y precio, perfeccionando así la especie fáctica contractual» Salazar Carvajal, Pablo. ¿Qué pasaría si los abogados hablaran como la gente? texto sin publicar amablemente facilitado por el autor.

15. Pérez Vázquez, 2006: 144, 145.

pueden encontrar regulación jurídica en muy distintas áreas[16]. Por ende, nos encontramos frente al *derecho de la literatura*.

El derecho, en una *segunda dimensión*, especialmente el derecho penal, ha sido tratado por los más distintos géneros literarios; junto con el amor, la venganza, la muerte, la guerra y el destino. El tema del derecho, en cuanto a su aplicación, la violación a este, los dilemas morales que puede provocar, el quebrantamiento de la tradición, como variante de la ley y otros aspectos, ha sido uno de los predilectos de poetas, dramaturgos, narradores y ensayistas. Este es un tema universal nunca ajeno a los lectores, sino tan antiguo como la vida misma.

Algunas obras clásicas representativas son *Antígona* de Sófocles, *Prometeo encadenado* de Esquilo, *El paraíso perdido* de Milton, *Rojo y negro* de Stendhal, *El proceso* de Kafka, *Crimen y castigo* de Dostoyevski, *El extranjero* de Camus, *Testigo de cargo* de Christie y *Matar a un ruiseñor* de Lee. El lenguaje jurídico, así como sus ejemplos al intentar explicar un caso, pueden resultar poco claros, cuando no abiertamente incomprensibles. Su abordaje, mediante narraciones literarias que poseen un trasfondo jurídico, puede facilitar la comprensión para quienes son ajenos al campo del derecho[17]. Por consiguiente, se está frente al *derecho en la literatura*.

La literatura, en una *tercera dimensión,* está plagada de excelentes referencias para el análisis jurídico. La tragedia de *Edipo Rey* no solo puede leerse en clave psicoanalítica, sino como una de las primeras referencias de un modelo racional de determinación de la verdad; constituye toda una guía para el derecho probatorio[18]. *Quo Vadis* de Sienkiewicz brinda una magistral lección acerca del estatus jurídico de los esclavos, los rehenes y las mujeres en la antigua Roma. Obras como *Fausto* de Goethe y *El Flautista de Hamelin,* de los Hermanos Grimm, permiten encontrar valiosas referencias en materia de contratación privada, voluntad de las partes e incumplimiento de los pactos. El *Billy Budd* de Melville ofrece importantes reflexiones sobre el respeto a la autoridad y el acatamiento de órdenes.

De manera que nos hallamos frente a el *análisis jurídico de la literatura*, un ir y venir de la mirada entre ambos discursos, que muestra temas representados en la literatura, los cuales explicitan situaciones a las que el derecho no había prestado la suficiente atención, originalmente. Esta dimensión, suele ser confundida con el derecho en la literatura, mas existe una muy sutil distinción. El derecho en la literatura suele ser de mayor utilidad como ejemplificación hacia el lego en el derecho. Su utilización, en muchos casos, no supera lo estético, puesto que el análisis jurídico de la literatura exige un análisis más profundo y posee la pretensión de obtener instrumentos (conceptos y teorías) que realmente sean útiles en el plano jurídico[19].

16. Falcón y Tella, 2015: 17.
17. Ward, 1995: 3, 4.
18. Foucault, 2003: 41.
19. Posner, 2009: 389. En ese sentido Bello Hutt ha señalado que *Walden o la vida en los bosques* de Henry David Thoreau, así como *La isla del lago de Inisfree* de William Butler Yeats se encuentran impregnadas por una imagen de soledad y aislamiento que funciona como una buena metáfora del paradigma del razonamiento

Es posible que una obra, la cual, posee contenido jurídico adopte un estilo, que se considera reservado exclusivamente para la literatura, desde una *cuarta dimensión*. De ese modo, parece que existen géneros literarios, los cuales le vienen mejor al sistema jurídico que otros; muchas obras clásicas que han tratado al derecho son propiamente narrativas. Las novelas, relatos breves, guiones cinematográficos e incluso la dramaturgia son formas literarias propicias para el abordaje de temas jurídicos, usualmente, con un carácter de denuncia política también, dotándoles de una mayor audiencia.

El Víctor Hugo, miembro del parlamento, se valió de la pluma del Víctor Hugo escritor, para expresar su más férrea oposición a la pena capital, en su obra *El último día de un condenado a muerte*. Algo similar ocurre con Montesquieu y sus *Cartas persas*, Voltaire y sus panfletos contra el *Asunto Calas* o Zolshenitsyn y su obra *Un día en la vida de Ivan Denisovich*[20]. Otra variante se presenta cuando, quienes recurren a la literatura, no son escritores de profesión, sino los mismos juristas, mediante el planteamiento de escenarios hipotéticos, tal como *El caso de los exploradores de cavernas*[21], propuesto por Fuller; o bien, en *Balada de la Justicia y la Ley*[22], Nieto emulando el estilo literario. A este tipo de trabajos se les ha denominado *derecho por la literatura*.

Por último, las técnicas hermenéuticas desarrolladas en el campo de la teoría literaria se pueden emplear en el campo del derecho, desde una *quinta dimensión*. Los estudios hermenéuticos del siglo xx legaron un enorme arsenal teórico, por parte de pensadores como Saussure, Sartre, Gadamer, Ricœur, Foucault, Derrida y Eco, haciendo que el interés de otras disciplinas por el «arte de interpretar» haya aumentado. Por ejemplo, Ricœur recuerda que la interpretación es un proceso permanente y dinámico propio para ejercer el derecho, disciplina humana que se expresa por escrito: «*(…) La interpretación es un caso particular de comprensión. Es la comprensión aplicada a las expresiones escritas de la vida (…) no se define por un tipo de objeto (…) sino por un tipo de proceso: la dinámica de la lectura interpretativa*»[23]. Raz ha afirmado, no desde la literatura o la hermenéutica sino desde el derecho, que: «*La evaluación acerca de lo acertado o desacertado de la interpretación depende de que dichas correcciones e interrelaciones sean*

judicial que es dominante entre los estudiosos del derecho, particularmente entre aquellos que defienden un papel prominente del poder judicial en la interpretación de las normas constitucionales, así como un control ejercido por los jueces sobre otras ramas del gobierno. Bello Hutt, 2018: 49-57.

20. Ost, 2017: 32.

21. Un grupo de cinco exploradores quedan atrapados en el interior de una caverna y cuentan con escasas provisiones. Tras un mes de esfuerzos por parte de las fuerzas de rescate, finalmente, se logra remover los escombros que habían sellado el acceso. Una vez rescatados, se supo que uno de ellos había sido asesinado y devorado por sus compañeros. El artículo escrito representa el examen que hacen los cinco ministros integrantes de la Suprema Corte al conocer el caso. Lo interesante del caso es que cada uno de los jueces personifica a una de las distintas perspectivas acerca de lo que es el derecho, cuestión que repercute en la opinión sobre si los acusados son o no culpables por el delito de homicidio. Fuller, 1949: 616-645.

22. «(…) me he limitado a escribir esta simple y triste balada. Un género literario en verdad poco cultivado, puesto que los juristas se inclinan más a escribir libros de ciencia —aunque a menudo resulten de ciencia-ficción por su alejamiento de la realidad— y, cuando recurren a la lírica, prefieren la elegía, o sea, un lamento por la desaparición de una figura que deja con su pérdida un vacío doloroso». Nieto, 2002: 11.

23. Ricœur, 1998: 64-65.

significativas en términos de, o con referencia a, alguna teoría general de la verdad acerca de las personas, la sociedad o lo que sea»[24]. De modo que nos encontramos frente al *derecho como literatura*.

Esta dimensión del derecho como literatura sirvió de plataforma para un interesante debate entre Dworkin y Fish acerca de la autoridad interpretativa. El primero consideraba que la autoridad final se debe adscribir al texto, lo que significa que debe ser leído en su mejor luz[25]; mientras para el segundo, la determinación del significado de un texto radica en la comunidad interpretativa, que tiene el poder de hacer tal determinación en un momento y un lugar dado[26]. En realidad, el intercambio se puede considerar centrado en la idea de objetividad, en responder a la pregunta ¿es posible o no encontrar lecturas objetivas, finales, universales y, válidas de los textos literarios y los legales?

El debate Dworkin-Fish es una de las mejores discusiones relacionadas con el ámbito de la teoría literaria, sin embargo, no se ha profundizado demasiado en la utilidad que los análisis pensados para la literatura pueden aportar a la descripción de la práctica hermenéutica de los tribunales constitucionales. Por ello, se examinan las líneas principales del pensamiento de Barthes con respecto al tema de la autoría y a, partir de ellas, se analizan algunos aspectos de la práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán.

3. LA MUERTE DEL AUTOR: BARTHES CONTRA LA INTERPRETACIÓN CLÁSICA

Barthes analiza, en su famosa obra «El susurro del lenguaje» (*Le bruissement de la langue*), un breve pasaje de la novela «Sarrasine»[27] de Balzac, el cual describe a un castrado disfrazado de mujer:

24. Raz, 1998: 167.
25. Dworkin, 1985: 146.
26. Fish, 1995: 303-321.
27. La historia nos ubica en una velada en el palacio de Monsieur de Lanty. El narrador corteja a madame Beatrix Rochefide, una joven viuda intrigada por la presencia de un anciano de aspecto siniestro. El narrador le propone contarle la verdad sobre el anciano a cambio de una cita amorosa. Arrastrada por la curiosidad ella acepta. Su narración nos traslada a la Roma de finales del siglo xviii y gira en torno a Ernest-Jean Sarrasine, un escultor francés quien asiste a una ópera estelarizada por la bella y enigmática Zambinella. Al escucharla cantar, Sarrasine cae perdidamente enamorado y acude cada noche al teatro para contemplarla. Ambos coinciden en una fiesta y Sarrasine se acerca a ella quien no parece indiferente a sus avances amorosos, mas cuando este intenta seducirla, se muestra evasiva lo que solo enardece la pasión del escultor. Loco de amor decide secuestrarla durante una velada a la que sabe que ella asistirá, sin embargo, al pretender ejecutar su plan la encuentra vestida como hombre y acompañada del Cardenal Cicognara, se le revela allí el secreto de su amada: Zambinella es en realidad un *castrado*. Un desconcertado Sarrasine secuestra a la cantante y ella le confirma que reamente es un castrado. Fuera de sí, Sarrasine intenta asesinarla, mas antes de que pueda lograrlo, la escolta del Cardenal irrumpe y da muerte al escultor. El narrador pone fin a la historia revelando a madame Rochefide que el siniestro anciano es Zambinella.

> «Era la mujer, con sus temores repentinos, sus caprichos sin razón, sus problemas instintivos, sus audacias sin causa, sus bravatas y su exquisita delicadeza de sentimientos».[28] Acto seguido, Barthes se pregunta «¿quién habla así? ¿Es el héroe de la novela interesado en ignorar al castrado que se oculta bajo la mujer? ¿Es el individuo Balzac provisto mediante la experiencia personal de una filosofía sobre la mujer? ¿Es el autor Balzac haciendo profesión literaria de ciertas ideas sobre la mujer? ¿La sabiduría universal? ¿La psicología romántica? Nunca será posible llegar a saberlo, por la sencilla razón que la escritura es la destrucción de toda voz, de todo origen»[29].

Barthes llega a advertir que la escritura es ese lugar neutro, donde acaba por perderse toda identidad, comenzando por la propia identidad del cuerpo que escribe. De modo que la autoría se disuelve, se torna irrelevante y, ante la declaración acerca de esa muerte del autor, el lector es quien ocupa el lugar preponderante, frente a aquello que el texto ofrece.

Siempre había sido así: en cuanto un hecho pasa a ser relatado, sin más función que el propio ejercicio del símbolo, se produce esa ruptura, la voz pierde su origen, el autor entra en su propia muerte, comienza la escritura. No obstante, el sentimiento sobre este fenómeno ha sido variable; el relato, en distintas culturas, jamás ha estado a cargo de una persona sino de un mediador, chamán o recitador, del que se puede admirar la «performance», pero nunca el «genio»[30]. La narración mítica constituye el ejemplo más claro de ello[31].

Los mitos pueden ser narrados de distintas maneras sin perder su esencia o su mensaje; incluso la carencia de la figura autoral lo refuerza, lo convierte en algo que pertenece a todos y ofrece una enseñanza que cada uno asume como algo propio. El mito es un habla, un sistema de comunicación, un mensaje, sujeto a unas condiciones lingüísticas que lo caracterizan; se puede afirmar que *los mitos nos conocen bien*. El autor es, en realidad, un personaje moderno que gozó de escasa relevancia en la Edad Media[32] y vino a ser producido por nuestra sociedad, gracias a la ilustración que pretendía devolver el prestigio al individuo[33].

28. Barthes, 1984: 63.
29. Barthes, 1984: 63.
30. Barthes, 1984: 63, 64.
31. Barthes, 1970: 13 ss.
32. La Edad Media legó infinidad de obras anónimas o de dudosa autoría, principalmente, bajo la forma de cantares y sagas. Gestas de héroes a partir de personajes históricos o bien narraciones del género mitológico entre las cuales pueden citarse *El Cantar de Mio Cid* —que junto a *El Quijote*, *El Conde Lucanor* y *La vida de Lazarillo de Tormes* es una de las principales obras de las letras hispánicas— relata las hazañas de Rodrigo Díaz de Vivar. La literatura francesa posee igualmente su propio cantar *La Chanson de Roland* que narra eventos ocurridos en la Batalla de Roncesvalles. Si bien al final de la obra se consigna el nombre «Turold» no es del todo claro si puede considerársele su autor o simplemente quien transcribió historias popularizadas de forma oral. La antigua literatura germánica conoció también dicho género, y una de sus principales obras, *Das Nibelungenlied* —en la cual se inspiró Wagner para su tetralogía— entremezcla lo histórico con lo fantástico. Dicho género se encuentra representado en la antigua literatura anglosajona con el poema épico *Beowulf*.
33. Barthes, 1984: 64.

La historia, sin embargo, posee sobresaltos y regresiones, cuando no movimientos en constante pugna y abierta contradicción. El prestigio del individuo volvería a sufrir un duro golpe hacia finales del siglo XIX, cuando la crisis del yo en la filosofía puso en entredicho al sujeto en sus múltiples facetas, incluyendo su papel como autor. No obstante, avanzado el siglo XX un contramovimiento fortaleció de nuevo la importancia del autor del texto, como aquel que estaba en el origen de la obra y que detentaba la significación única y última.

De ese modo, los movimientos históricos y biográficos fortalecieron una visión del análisis literario, que colocaba la figura al autor, como eje. El siglo XX legó un último giro, se levantó, contra la reivindicación del autor, el estructuralismo, enfoque filosófico que pretendía analizar y conectar distintas disciplinas incluyendo literatura, lingüística y antropología e investigar, a través de esas relaciones, cómo se produce el significado dentro de la cultura. Se pretendía liberar al texto de sus ataduras originarias. No obstante, el estructuralismo descuidó la figura del lector, como ECO señala: «(*…) el dogma corriente era que un texto debía ser estudiado en su propia estructura objetiva (…) la intervención interpretativa del destinatario era dejada en la sombra, cuando no era eliminada, porque era considerada como una impureza metodológica*»[34].

La excepción a esa crítica de ECO se encuentra precisamente en el giro del estructuralismo al postestructuralismo[35] de BARTHES con su teoría de «La muerte del autor» (*La mort de l'auteur*). La interpretación clásica presuponía que el autor ocupaba el centro de la obra y el texto era, simplemente, el vehículo del significado. Por tanto, al lector le correspondía la labor de intentar entender aquello que le quiso transmitir.

La propuesta de BARTHES es distinta, se presenta una noción de texto como tejido de citas y referencias a innumerables centros de la cultura, y el escritor, término que BARTHES prefiere al de autor, es relevante, pero no es más que una localización donde el lenguaje se cruza continuamente, y no una autoridad despótica que fija el significado, de una vez y para siempre.

La obra literaria se transforma en texto, una heterogénea red formada a partir, tanto de la escritura como de la lectura, de todo aquel que llegue a ocupar el lugar de destinatario, quien se halla en capacidad de establecer sus propias conexiones de sentido más allá de lo planeado o imaginado por el escritor. De este modo se perfila la idea de que una obra altera su significado a través del tiempo y el texto cobra su propio

34. ECO, 2013: 5.

35. El estructuralismo fue un enfoque filosófico que pretendía analizar y conectar distintas disciplinas incluyendo literatura, lingüística y antropología y, a través de esas relaciones, investigar cómo se produce el significado dentro de la cultura. Según este enfoque, el significado es producido y reproducido a través de varias prácticas, fenómenos y actividades que sirven como sistemas de significación. Así por ejemplo, el estructuralismo lingüístico de Ferdinand de SAUSSURE se basa en que las palabras no poseen significado al ser consideradas individualmente, estas solo cobran significado a lo interno de un sistema lingüístico más amplio. La antropología estructural de Claude LÉVI-STRAUSS sugiere que las sociedades humanas se comprenden al dividir el mundo en sistemas de binarios opuestos. El postestructuralismo, por su parte, constituye el desafío a tesis estructuralistas, tales como el rechazo de la autosuficiencia del estructuralismo, así como de sus posiciones binarias y de la supuesta estabilidad del sistema.

protagonismo. La idea de descifrar un texto para siempre se convierte en una quimera toda vez que significa cerrarlo, imponerle límites. *La figura del autor como guía del texto ha desaparecido.*

La lectura es una actividad creadora que no recibe una significación anterior, sino que produce sentido por sí misma. El enunciado «leo el texto» es inexacto como expone Barthes en su obra «S/Z»: «Cuanto más plural es el texto, menos está escrito antes que yo lo lea: no le someto a una operación predicativa, consecuente con su ser, llamada lectura y "el yo" no es un sujeto inocente, anterior al texto, que lo use luego como un objeto por desmontar o un lugar por investir (…)».[36] Por tanto, la lectura ofrece la obra fuera de la situación que la ha engendrado, huérfana de su origen y libre de ataduras autorales.

Esa distancia entre la escritura y la lectura concede poder al lector-intérprete, con el transcurrir el tiempo, de allí que puedan ser leídos bajo distintas luces e interpretados de formas diversas y antagónicas, la «Torá», de acuerdo con el Rabí Eliezer y los otros sabios; asimismo, el «Quijote», en las versiones de Cervantes y de Menard, así como el «Decreto de Graciano», según las lecturas del Siglo v y del siglo xii, a pesar de la identidad gramatical de los escritos[37]. De ese modo, el texto no puede ser reducido a un objeto único, vehículo de una esencia inalterable, dada desde su inicio, son sus (re) lecturas que abren el universo de sus posibilidades hermenéuticas, de significados visibles u ocultos[38].

Esas (re) lecturas poseen el mismo prestigio que la obra literaria. Barthes sostiene que el conocimiento de un texto solo es posible porque el texto mismo no tiene un significado fijo, definido, interno e inalterable, reconocido por la mente del lector, inevitablemente, como una verdad evidente. La literatura plantea un rompecabezas misterioso y único, que puede ser armado de más de una forma[39]. Tal concepción es comparable con el objetivo que Wittgenstein perseguía en sus *Investigaciones Filosóficas*, cuando invitaba constantemente al lector a mantener en consideración los conceptos en diversas formas, para liberar su mente de la idea de que cada expresión, en un lenguaje, debe tener un único significado final.

36. Barthes, 1976: 15. Foucault, contemporáneo de Barthes, analizó también el tema desde la perspectiva de una «función autor» (*Fonction auteur*): «La muerte del autor ha devenido, por la crítica, un tema cotidiano. Pero lo esencial, no es constatar una vez más su desaparición; es necesario identificar como lugar vacío, a la vez indiferente y apremiante-, los emplazamientos donde se ejerce esa función». Foucault, 1969: 817.
37. «La misma obra, leída de maneras diferentes, parece contener dos proyectos opuestos: aquí un "para mí" (…) allá un "para sí", el del autor que se dice, se repite, se impone como encerrado en un discurso sin fin, sin orden, a la manera de un monólogo obsesivo». Barthes, 1972: 71.
38. En ese sentido, también Sartre señalaba: «(…) el objeto literario es una extraña peonza, que sólo existe en movimiento. Para hacerla surgir, es necesario un acto concreto que se llama lectura (…) fuera de esto, solo hay trazos negros sobre el papel». Sartre, 1948: 58.
39. Piénsese aquí en las múltiples lecturas que permite la obra «Rayuela» de Julio Cortázar.

Los conceptos pueden poseer «bordes borrosos» (*blurred edges*) y esa característica es precisamente la que permite distintas posibilidades de comunicación[40]. El significado de un texto no puede ser cualquier cosa, sino lo que el lector mismo decide elegir, manteniendo constantemente el infinito número de posibles significados en el pensamiento. *El mito de la interpretación única ha desaparecido*.

Una vez derrocado el autor, se libra una batalla por el sentido del texto. Una de las interrogantes abiertas, ante la propuesta de Barthes, consiste en analizar la naturaleza de los lectores. ¿Son todos los lectores iguales?, ¿qué tipo de lector es el crítico literario, que reclama poseer una lectura privilegiada? Barthes disocia las figuras del lector y del crítico. Su importancia como personaje está ligada a la importancia de un autor como tal. El crítico, con cierto elitismo, afirma ser la única persona que puede entender y criticar, con autoridad, al autor de un texto; en consecuencia, posee la única interpretación «correcta» que los lectores comunes deben escuchar, seguir y compartir.

Barthes reprocha el elitismo de tal actitud e invita a las personas a interpretar textos a su manera; describe al crítico como una especie de tirano que busca la «victoria» en esa batalla contra otros lectores y solo se encuentra dispuesto a compartir, eventualmente, su «reinado» en conjunto con el autor. Tal descripción del crítico es caricaturizante y no tiene por qué ser ese exactamente el móvil de la crítica literaria. Sin embargo, se comprende, desde el credo barthesiano, cualquier insinuación, por mínima que sea, de lo que deben entender o experimentar con respecto a una obra o texto atenta contra la idea de la interpretación libre.

Una propuesta como la de Barthes, evidentemente, enfadó a un sector influyente de la academia. Su tesis, acerca de «La muerte del autor», se constituyó en una afrenta para los críticos literarios, quienes pretendían ostentar la condición de expertos. Los reproches provenieron de instituciones prestigiosas y de quienes habían construido su reputación, a lo largo de extensas carreras, publicando biografías de escritores y filósofos.

La mayor de esas polémicas le enfrentó con Raymond Picard, quien se había ganado su renombre a través de escritos sobre Jean Racine, dramaturgo francés del siglo xvii, sobre el cual Barthes también había publicado ensayos que arremetían contra la metodología hermenéutica tradicional. Picard le criticaba que era demasiado abstracto y técnico, tanto en su vocabulario como en su pensamiento, argumentando que esto hacía su trabajo opaco para el lector común y socavaba su potencial de liberación tornándole inaccesible. Además, sostenía que comprender la biografía de un autor es importante para anclar un texto en datos históricos y darle cierta medida de objetividad; caso contrario, se puede confundir a los lectores haciéndoles creer que incluso las interpretaciones más ridículas pueden avanzar con credibilidad teórica[41].

40. «Puede decirse que el concepto de "juego" es un concepto de bordes borrosos. ¿Pero es un concepto borroso en absoluto un concepto? ¿Es una fotografía difusa en absoluto una figura de una persona? Sí, ¿puede siempre reemplazarse con ventaja una figura difusa por una nítida? ¿No es a menudo la difusa lo que justamente necesitamos?». Wittgenstein, 1953: § 71.

41. Picard, 1965: 132.

Barthes le respondió acusándole de ser anticuado y encontrarse detrás de los tiempos, de servir a un «Estado literario» (État *litt*éraire), que vigila e impone interpretaciones y, de representar a la «vieja y conservadora crítica»[42]. Le reprocha la insistencia en que haya un solo significado correcto para un texto, así como no haber logrado incorporar a su pensamiento nuevos desarrollos en psicoanálisis, teoría literaria y estudios culturales. Es posible estar de acuerdo con el deseo de objetividad de Picard, en cuanto a la interpretación de los textos literarios, a pesar del sesgo personal y la ira en sus críticas. Muchos lectores, sea que usen o no la intención de autor como su estándar, hacen juicios sobre qué interpretaciones de un texto son más plausibles y cuáles dan el significado «correcto» pretendido por el autor. Barthes explicó que su teoría de la lectura no pretendía ser «objetiva» ni proporcionar una única interpretación, definitivamente precisa de un texto, más bien, su finalidad era liberarlo y convertir al lector en parte del proceso creador.

Los principales ejemplos de Barthes son literarios, sin embargo, las ideas de «La muerte del autor» se pueden aplicar a cualquier tipo de texto hablado o escrito, en numerosos campos, incluidos contextos literarios, políticos, históricos y jurídicos. Barthes hace cuestionarnos, por ejemplo, si un político es realmente el autor de sus discursos, a pesar de que se considera que estos tienen cierta autoridad, precisamente, porque son pronunciados por una persona en particular.

Las ideas de Barthes, en un marco jurídico, pueden incitar a revisar las ideas sobre derechos de autor, en virtud de que un autor posee un derecho sobre un texto y se le otorga una autoridad especial sobre él, porque es la persona que lo escribió. Un segundo tema jurídico se refiere a la influencia de la teoría de la muerte del autor en la interpretación jurídica, de modo que se pueden formular cuestiones tales como ¿qué clase de texto son las normas jurídicas?, ¿qué papel corresponde al legislador o constituyente en calidad de autor?, ¿qué papel corresponde a la administración de justicia en calidad de lector?, e realmente la interpretación normativa tan distinta —de la interpretación literaria, como siempre se ha querido hacer ver?

4. LA MUERTE DEL LEGISLADOR: EL CASO DE ALEMANIA

Una descripción acertada de la práctica hermenéutica de algunos tribunales constitucionales podría comenzar con un estilo que parodie a Fuente Ovejuna, preguntándose «¿Quién mató al legislador?». Barthes postuló su teoría de la muerte del autor y de una interpretación literaria libre de las ataduras impuestas por el escritor, de igual manera, hoy en día quien haya estudiado seriamente los cánones y pautas interpretativas de los tribunales constitucionales se percatará de que sus decisiones, en muchos casos, no se guían realmente por los fines que el legislador o el constituyente quisieron instituir,

42. Barthes, 1966: 34 ss.

aunque se afirme lo contrario, con las consecuencias positivas y negativas que ello puede conllevar, sino que se utilizan técnicas de interpretación evolutivas.

Barthes no llegó a plantear, de manera explícita, el ejemplo de la interpretación normativa, sin embargo, los jueces habían tomado por asalto la legislatura, antes del «giro hermenéutico» que le llevó a poner en entredicho el poder autoral, dejando en evidencia una vez más la fantasía del autor omnipotente, al igual que en *el horno de Ajnai*, *Pierre Menard, autor del Quijote* o *el Decreto de Graciano*. El ejemplo más claro de lo anterior lo constituye el caso de Alemania, por ello, a continuación se presentan tres importantes momentos que ha experimentado ese sistema jurídico y han conducido a lo denominado la «muerte del legislador».

4.1. Primer momento: Un guardián para la Constitución

Una de las polémicas más importantes del siglo xx, en el campo del derecho constitucional, probablemente, sea la que tuvo lugar entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, con ocasión de intentar determinar quién debía ser el guardián de la Constitución. La disputa tuvo como escenario los últimos y convulsos años de la República de Weimar. Alemania, en lo económico, no se había recuperado completamente de la hiperinflación padecida entre 1921 y 1923; en lo político, la coalición tripartita entre la socialdemocracia, el liberalismo democrático y el catolicismo social ofrecía los primeros signos de resquebrajamiento y, en su espíritu nacional, continuaba lamentándose de las condiciones que le fueron impuestas mediante el Tratado de Versalles, luego de su derrota en la Primera Guerra Mundial.

Heinrich Brüning se desempeñaba, desde marzo de 1930, como canciller y, en julio, frente al rechazo parlamentario hacia las leyes financieras se disolvería el Reichstag. Él comienza a gobernar, a partir de octubre de ese año, por decretos del presidente Paul von Hindenburg, apoyándose en el artículo 48 de la Constitución de Weimar. El poder omnipotente del legislador y la adhesión irrestricta al positivismo jurídico habían sufrido, para esa época, un primer gran golpe, cuando los jueces se rebelaron separándose de la letra de la ley con la famosa «sentencia sobre revalorización» (*Aufwertungsurteil*)[43], la cual constituyó el primer paso de una revolución en las sombras, que ha marcado al sistema jurídico alemán.

Se puede entender claramente que, en un clima tan convulso, determinar al guardián de la Constitución ocupase la atención de los más destacados juristas. Kelsen defendía la tesis de que esa labor debía ser encomendada a un tribunal independiente, como ya lo hacía el Tribunal Constitucional de Austria, mientras que Schmitt sostenía que esa tarea solo podía ser llevada a cabo por el dirigente del gobierno; por alguien que ostentara el poder real.

43. Sentencia del Tribunal del Reich en asuntos civiles [*Reichsgericht in Zivilsachen* (RGZ 107, 78)] del 28 de noviembre de 1923.

La disputa se desencadenó, específicamente en 1928, debido a la publicación, por parte de Kelsen, de un artículo titulado «La garantía jurisdiccional de la Constitución» (*La garantie juridictionnelle de la Constitution*), en la «Revista de Derecho Público y Ciencia Política» (*Revue du Droit Public et de la Science Politique*). Schmitt le respondió, en 1929, con una serie de artículos en «Archivo de Derecho Público» (*Archiv des* öffentlichen *Rechts*) que, en 1931, fueron publicados, en forma de libro, por la editorial Mohr de Tübingen. La obra en cuestión se titulaba «El guardián de la Constitución» (*Der Hüter der Verfassung*). La réplica de Kelsen no se hizo esperar y publicó, ese mismo año, «¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?» (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*).

La cuestión acerca de quién debía tutelar la norma suprema presuponía, para Schmitt, distinguir entre «Constitución» (*Verfassung*), entendida como forma sustancial de unidad política y «ley constitucional» (*Verfassungsgesetz*), entendida como realización normativa de la Constitución[44]. Criticaba a Kelsen, cuyo concepto de Constitución es absoluto, es una unidad jurídica de normas, un simple deber ser donde la Constitución viene a ser la norma de normas; sin embargo, ese concepto, sin los principios metafísicos del derecho natural, se relativiza hasta convertirse en mera ley constitucional.

Por el contrario, Schmitt consideraba que se debía distinguir entre las normas jurídicas y la existencia política del Estado, entendido como la unidad política de un pueblo. De ese modo, la Constitución es, en sentido positivo, la decisión del conjunto del pueblo sobre la forma de la unidad política. Schmitt pone el acento en la noción de poder constituyente, entendido como la voluntad política, cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto, sobre el modo y la forma de la propia existencia política. Una Constitución, según Schmitt, no se apoya en una norma como fundamento de validez, sino en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser, oponiendo, una vez más en su teoría, las nociones de norma y existencia[45].

Schmitt hizo referencia también a la distinción entre litigios constitucionales que son siempre políticos y, las dudas y opiniones sobre la interpretación de las leyes constitucionales. La comprobación de la constitucionalidad de las leyes por aplicar, por parte de los tribunales, es una exigencia del Estado de Derecho. Sin embargo, una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca apolítica, por lo tanto, en el razonamiento de Schmitt, de establecer un tribunal especial para decidir la constitucionalidad de la ley significa una desviación de la lógica del Estado de Derecho. La determinación de un concepto claro de litigio constitucional» es para el jurista alemán la «primera condición

44. Las posiciones que Schmitt defenderá en su particular enfrentamiento contra Kelsen pueden encontrarse ya en «La teoría de la Constitución» (*Verfassungslehre*). Allí pasa revista del concepto de «Constitución» (*Verfassung*) e identifica cuatro distintas nociones: Absoluta (como un todo unitario), relativa (como una pluralidad de leyes particulares), positiva (como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política) e ideal (como un cierto contenido). Schmitt, 2017: 3, 11, 20 y 36.

45. Schmitt, 2017: 67, 68.

de toda justicia constitucional[46]. Un tribunal constitucional concentraría y monopolizaría el control de la Constitución, lo que conllevaría una «politización de la justicia» (*Politisierung der Justiz*), más que una «judicialización de la política» (*Juridifizierung der Politik*). Se trabajaría así con «ficciones», con formas, sin tener en cuenta los «contenidos», ignorando las diferencias efectivas entre constitución y ley constitucional[47]. Los tribunales pueden controlar que las leyes ordinarias respeten la ley constitucional, pero no pueden erigirse en guardianes de la Constitución como tal[48].

Por lo anterior, el «Guardián de la Constitución» no puede ser una autoridad «jurídica» sino «política», que supone la distinción entre política y derecho; un guardián, que «protege» la «democracia» en el sentido de una unidad homogénea del «pueblo», y a partir de la concepción «amigo-enemigo» (*Freund-Feind*)[49]. Por lo tanto, un tribunal constitucional, como el propuesto por Kelsen, no puede entrar en consideración para ser designado como guardián de la Constitución. Por su parte, el *Reichstag*, para Schmitt, es la expresión de un «parlamentarismo degenerado», el cual no tiene nada que ver con la democracia. Por consiguiente, solo queda la figura del presidente, en quien Schmitt encuentra el «poder neutral en el estado del partido pluralista», en la unidad de la persona que simboliza la unidad política, legitimada plebiscitariamente y, además, concentra el poder para defender la norma suprema[50].

En resumen, la posición de Schmitt se puede diseccionar en tres puntos: 1. Incompatibilidad entre la justicia y la política 2. Incompatibilidad entre la jurisdicción constitucional y la separación de poderes 3. Incompatibilidad entre la jurisdicción constitucional y la democracia.

Kelsen se pronuncia contra estos argumentos y plantea la tesis de que cada decisión judicial es inherente a un momento político y el control judicial constitucional, incluso contiene una intensificación de la separación de poderes, mediante el sistema de «pesos y contrapesos», en cuanto control de poder. Sin embargo, su enfoque funcional le permite a ir más lejos en la justificación teórica. No solo puede demostrar que el Tribunal Constitucional es un guardián de la constitución efectivo e idóneo, en el sentido de la salvaguardia constitucional de la primacía de la constitución, sino que se entienda de forma pluralista, además de encontrarse justificado en la teoría de la democracia y bajo la condición decisiva de la democracia; no como lo hace Schmitt, a manera de una unidad política homogénea de la voluntad identitaria del pueblo.

Kelsen demuestra que esta comprensión de toda su teoría normativa del Estado se basa en un simple sistema jurídico, a partir de las condiciones reales del Estado plurinacional austriaco, como medio idóneo para hacer efectiva la esencia de la democracia; es decir, el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento,

46. Schmitt, 2017: 135.
47. Schmitt, 2016: 60.
48. Schmitt, 2016: 36.
49. Schmitt, 2015: 16 ss.
50. Schmitt, 2016: 141, 142.

ofreciendo un instrumento para la protección de los derechos de las minorías, frente a las decisiones de la mayoría.

El órgano encargado del control de la Constitución, conforme con las ideas kelsenianas, debe ser distinto e independiente del Parlamento y del Gobierno central, los principales sujetos a controlar por la vía de las leyes, reglamentos y demás normativa. Kelsen propone, en el plano técnico,un tribunal cuya sentencia anule, con carácter general, el acto inconstitucional, incluidas las leyes del Parlamento, ya que está subordinado a la Constitución, y con respecto a ella aplica el derecho, es decir, las normas constitucionales.

De esa forma, Kelsen reconocía que un tribunal constitucional excedería una función estrictamente jurisdiccional, lo que le convertiría en un legislador negativo, aun cuando precisa que el Parlamento, tiene pocas limitaciones en cuanto al contenido legislativo, con menos poder; mientras que el modelo de justicia constitucional, por el contrario, se atiene a anular una ley tomando en cuenta, principalmente, el procedimiento de creación. En última instancia, el Tribunal Constitucional, en la concepción kelseniana, tiene una importancia política de primer orden; es la garantía de paz política en el interior del Estado.

Kelsen expresa que el principal argumento teórico de Schmitt contra la instauración de Tribunales Constitucionales se basa en el carácter político, por tanto, supuestamente incompatible con la función judicial de estos. La tesis schmittiana no se sostiene porque, el ejercicio del poder no se limita al Parlamento; toda sentencia tiene un elemento decisorio, una dosis de ejercicio del poder, inclusive si se entiende en el sentido schmittiano, como la resolución de un conflicto de intereses por una decisión. Por lo tanto, el control judicial de constitucionalidad no altera la posición constitucional de la jurisdicción[51] , como lo sostiene Schmitt.

Kelsen opina que la teoría schmittiana es deudora del doble error de considerar solo al Parlamento como órgano político y el único creador de derecho. Critica a Schmitt, por seguir la doctrina del constitucionalismo monárquico al considerar al juez como un autómata jurídico. De acuerdo con la teoría kelseniana, la diferencia entre ley y sentencia es sólo cuantitativa, ya que esta última es también un acto de producción de derecho[52].

El establecimiento de Tribunales Constitucionales, a pesar de las objeciones de Schmitt, no solo es una realidad en muchos países, sino una de las señas de identidad de todos los regímenes democráticos establecidos en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial. La democratización de los países del sur y, posteriormente, del este de Europa ha confirmado el indiscutible éxito de dicha institución, al punto de que ha terminado por extenderse, casi de forma universal[53].

51. Kelsen, 2019: 13.
52. Kelsen, 2019: 14.
53. Véase Rosenvallon, 2009: 201.

Conceptualmente, se está siempre en deuda con Kelsen, e incluso un poco con Schmitt, en la medida que sus ideas obligaron al primero a redefinir y profundizar en el tema. Hoy es pacíficamente aceptado que todo estado constitucional requiere la existencia de un tribunal que vele por el cumplimiento de la Constitución. Una institución que desempeña una función política, mas que lo hace a través del derecho, pero sobre todo una institución con un amplio poder, lo que en una democracia siempre debe traducirse como responsabilidad para llevar a cabo la función que le fue encomendada sin asfixiar a otros órganos estatales.

4.2. Segundo momento: El alzamiento del guardián

«No existe ninguna constitución limpia del viento sucio de la historia. No la hay ni la puede haber»[54]. Las constituciones suelen venir al mundo en tiempos de crisis, periodos de ajuste, épocas de cambio; deben dar forma, a menudo, a un nuevo ordenamiento para un nuevo futuro, de un modo completamente diverso al anterior. Este punto de partida es irrenunciable para comprender cómo se aplica la Constitución, si se desea entender el sentido y finalidad de ese cambio, y al referirse a constitución se puede agregar, también, sistema jurídico. No es extraño que los conflictos armados y las crisis económicas leguen no solo una carta magna o una ley temporal, que haga las veces de esa, sino que puede venir acompañada por una nueva forma de leer el derecho, con la cual se pretende no recaer en los vicios que se han dejado atrás. El derecho surge de la vida real, de las estructuras sociopolíticas y de las experiencias, en resumen, de la historia y no solo de las leyes escritas. Es una respuesta a la historia.

Por eso, los discursos fijados por la escritura constitucional hablan fundamentalmente de sí mismos, se caracterizan en su escritura desde sí mismos, en inmanente voluntarismo político, con sistemática autorreferencial. Su relato es el de una ficción constituyente, como si todo lo anterior ya se hubiera desvanecido por completo o nunca antes existió. Así Calvo González expone:

> «*La Constitución es una ficción porque es relato y correlato, es una ficción creer que el destinatario de la Constitución alguna vez haya estado fuera de ella; la existencia de destinatario constitucional es un efecto de sentido generado desde el propio texto. No existe un mundo extralingüístico, sino que el mundo del texto, del autor y del lector coincide en la génesis del mundo de la Constitución y ese mundo del texto es un lugar que impregna, incluso, el tiempo. Más allá de cualquier temporalidad está el mundo del texto donde se albergan todos los mundos posibles del texto; el mundo del texto es un espacio tan infinito como eterno; el texto es su imperecedera interpretación fundacional u originaria; el mundo de la letra y del espíritu del constituyente histórico*»[55].

54. Ovejero, 2018.
55. Calvo González, 2018: 297.

La Constitución es, en consecuencia, una máquina de ficción cuyo *telos* es la artificialidad de una arquitectura jurídico-política, sobre la cual descansa la superioridad de su validez normativa y se fundamenta en instituciones y estructuras para el control del poder, y es regida por medio de mecanismos de producción de normas del sistema jurídico[56].

Los siglos XIX y XX, en el caso de Alemania, se caracterizaron por su pluralidad de sistemas políticos y constitucionales, así como por las distintas ideologías en ellos consagrados. De ese modo, es posible distinguir, en sentido estricto: el Imperio Alemán (1871), la República de Weimar (1919), el Estado nacionalsocialista (1933), los regímenes de ocupación (1945), la República Federal Alemana original [Alemania Occidental] (1949), la República Democrática Alemana [Alemania Oriental] (1949), la República Federal Alemana unificada (1990)[57] y la gradual adaptación al ordenamiento jurídico supranacional de la Unión Europea (desde 1974)[58].

Cada nuevo ordenamiento contó con la aprobación imparcial de quienes ostentaban el poder público, se consideró como *lo justo* y *lo correcto,* para cada época. RÜTHERS SEÑALA QUE Alemania se convirtió en algo así como el campeón mundial en la disciplina de *cambio rápido de sistema político*[59]. Cada una de esas transformaciones significó, cuando menos para el caso de Alemania, una nueva ideología, la cual a su vez, en un giro circular, legitimaba a los nuevos sistemas. Esto supuso una modificación de los valores jurídicos fundamentales, de los principios dogmáticos esenciales, esto es, los principios superiores del derecho. Es fundamental tener en cuenta esta experiencia, en la medida que se convirtió en un factor constituyente de la conciencia nacional y jurídica alemana, y explica el activo papel que los jueces han asumido.

56. CALVO GONZÁLEZ, 2018: 298.

57. El proceso que dio inicio el 9 de octubre de 1989 con la caída del muro de Berlín culminó jurídicamente con la firma del Tratado de reunificación (*Einigungsvertrag*) por parte de Alemania Occidental y Alemania Oriental el 31 de agosto de 1990.

58. Las tensiones entre el derecho interno alemán y el derecho comunitario europeo son tan antiguas como la Unión Europea misma, con todo, se estima aquí que el conflicto acerca de la relación de primacía o subordinación del Tribunal Constitucional Federal frente al derecho comunitario se consolidó con las resoluciones «Hasta tanto» o «mientras» (*Solange*) de 1974 (*Solange I* BVerfGE 37, 271 ff) y 1986 (*Solange II* BVerfGE 73, 339). En la primera el Tribunal Constitucional Federal de Alemania explicó que, si bien, merced al artículo 24 de la Ley Fundamental las instituciones comunitarias dictan normas directamente aplicables en Alemania, esta intromisión es admisible, siempre y cuando, no signifique una alteración de la estructura constitucional esencial. El tribunal señaló que una parte irrenunciable de ese núcleo son los derechos fundamentales. Seguidamente se proclamó que, «hasta tanto» (*solange*) no existiera para las Comunidades Europeas, un catálogo de derechos fundamentales emanado de un parlamento democrático, debían prevalecer siempre las garantías constitucionales internas. Este criterio fue complementado con la sentencia «Solange II», dictada el 22 de octubre de 1986. Ante el incremento progresivo de las garantías de los derechos fundamentales a nivel europeo se reconoció la primacía del derecho comunitario «mientras» que en la Unión Europea exista un nivel de protección de los derechos fundamentales comparable al alemán. Esas resoluciones fueron matizadas en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en 1993 en la resolución conocida como «Maastricht» (BVerfGE 89, 155) y de nuevo en el 2009 en la resolución denominada como «Tratado de Lisboa» (BVerfGE 123, 267).

59. RÜTHERS, 2002: 368.

El derrumbamiento de un sistema suscita crisis judiciales y crisis entre los juristas, toda vez que se modifican las convicciones jurídicas y al sistema se le atribuyen nuevos contenidos materiales. El nuevo legislador no está siempre en condiciones de transformar automáticamente el orden jurídico heredado del viejo sistema, en conformidad con sus nuevos objetivos y deseos político-jurídicos. El legislador solo puede desarrollar, de manera muy general, unas normas limitadas que se inspiran en los nuevos valores. Por eso, la carga principal de efectuar las renovaciones jurídicas necesarias la tienen, en principio, los órganos judiciales, pues a la administración de justicia corresponde una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema, en el cual los casos individuales puedan encuadrarse tan bien como sea posible y sin contradicciones. Lo anterior se logró, en gran medida, gracias a la tolerancia con respecto al excesivo activismo judicial, y debido al reconocimiento expreso de la figura del «perfeccionamiento del derecho» (*Rechtsfortbidung*), realizado por el Tribunal Constitucional Federal; reconocimiento que suele fijarse con la sentencia Soraya (*Soraya Urteil*).

El semanario alemán *Das Neue Blatt mit Gerichtswoche* del consorcio *Axel-Springer* publicó, en 1961, fotos de la segunda esposa del Sha de Irán, la princesa Soraya Esfandiary-Bakthiary. Concretamente, en la primera página de su edición del 29 de abril, bajo el título «Soraya: el Sha no me escribió más» (*Soraya: Der Schah schrieb mir nicht mehr*) y se publicó un informe especial con una entrevista exclusiva, que le fue concedida a una periodista por parte de la princesa. Esta entrevista reproducía supuestas afirmaciones de la princesa sobre su vida privada, durante su tiempo de convivencia con el Sha, así como después de su separación. En realidad nunca tuvo lugar, había sido inventada en su totalidad por la periodista.

Soraya entabló una demanda contra el diario y el Tribunal Regional (*Landgericht*) admitió la demanda, en la que se solicitaba el pago de una compensación por la violación de su derecho a la personalidad, y declaró al consorcio completamente culpable, sancionándole con el pago de 15 000 marcos alemanes. La apelación y la revisión de la recurrente no tuvieron éxito, por lo cual acudieron a la máxima instancia.

El semanario argumentó, en su recurso ante el Tribunal Constitucional Federal, la violación del Art. 2, párrafo 1 del Art. 20; párrafos 2 y 3 del Art. 5; párrafo 1, frase 2 y párrafo 2 del Art. 103; párrafo 2, todos de la Ley Fundamental, así como la violación de sus derechos fundamentales consagrados en los Arts. 3, 12, 14 de la Ley Fundamental.

Expuso que la aplicación del precepto, según el cual, en caso de una violación del derecho general de la personalidad, bajo determinados presupuestos, se debe pagar una compensación monetaria, aun en el caso de daños inmateriales, no se mantiene dentro del marco del orden constitucional; pues dicho precepto es violatorio del principio de división de poderes, contemplado en el Art. 20, párrafos 2 y 3 de la Ley Fundamental. El grupo editorial alegó que las sentencias impugnadas intervenían, de forma inadmisible, en su libertad de actuar; alegaron igualmente que sostener la tesis de la indemnización por daños debía considerarse una actuación *contra legem*, toda vez que esas consecuencias jurídicas no se pueden derivar directamente ni por vía analógica de las disposiciones del Código Civil.

El caso de la princesa Soraya constituye el primer gran precedente, luego de la sentencia sobre revalorización, en que los jueces se separan tan abiertamente del derecho positivo. El Tribunal Constitucional Federal, en la resolución de 1973[60], consideró que la tradicional sumisión del juez a la ley constituye un pilar fundamental del principio de separación de poderes, por ende, del Estado de Derecho. Sin embargo, la formulación que realiza la Ley Fundamental, de este principio, modifica ligeramente los términos de este, en el sentido de que la actividad jurisdiccional debe estar sometida «a la ley y al derecho». De este modo, la Ley Fundamental rechaza un positivismo estricto.

Los jueces consideran que esta formulación pretende mantener viva la conciencia de que la ley y el derecho, generalmente, coinciden en la resolución de 1973[61], pero esta mutua correspondencia no existe siempre ni necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Puede existir, en ciertos casos, un «derecho» que vaya más allá de estas, frente a las normas positivas impuestas por el poder público. Su fuente se encuentra en el ordenamiento jurídico constitucional considerado en su totalidad, y es capaz de servir como «correctivo» del derecho escrito.

La sentencia Soraya está considerada uno de los precedentes más importantes de la jurisprudencia alemana, por cuanto esa resolución que termina de institucionalizar la figura del «perfeccionamiento del derecho», esto es, la polémica práctica hermenéutica en la cual los jueces van más allá del límite del tenor literal, en aquellos casos de ausencia de norma expresa y ante la prohibición de denegar justicia.

El perfeccionamiento del derecho ha sido inevitable en un gran número de casos controversiales[62], no obstante, algunos autores advierten que se debe distinguir entre las decisiones que presentan un necesario «perfeccionamiento del derecho», en cuestiones que no fueron reguladas por el constituyente o el legislador y en las cuales se puede comprobar la existencia de lagunas, y aquellas otras decisiones en las que el Tribunal Constitucional Federal se desvía de los valores establecidos en la Ley Fundamental; reemplazándolos por otros, es decir, modificándolos sin ostentar la competencia correspondiente[63]. El perfeccionamiento del derecho se ha convertido, para ellos, en una especie de caballo de Troya para hacer parecer el establecimiento de normas en la

60. BVerfGE 34, 269. Sin declarar tan abiertamente la defensa de la creación del derecho como en la Sentencia Soraya, la jurisprudencia constitucional ya había anticipado su posición en 1953 en el Caso sobre la «Igualdad de derechos» (*Gleichberechtigung*) BVerfGE 3, 225 y, en 1969, en el caso de la «Ilegitimidad» (*Nichtehelichkeit*) BVerfGE 25, 167.

61. BVerfGE 34, 269. Sin declarar tan abiertamente la defensa de la creación del derecho como en la Sentencia Soraya, la jurisprudencia constitucional ya había anticipado su posición en 1953 en el Caso sobre la «Igualdad de derechos» (*Gleichberechtigung*) BVerfGE 3, 225 y, en 1969, en el caso de la «Ilegitimidad» (*Nichtehelichkeit*) BVerfGE 25, 167.

62. El perfeccionamiento del derecho posee una amplia historia también en materia laboral, toda vez que Alemania no cuenta con un Código de trabajo y, las leyes que protegen a trabajadores y trabajadoras se recogen en la Ley Fundamental, el Código de la seguridad social (*Sozialgesetzbuch*), convenios colectivos (*Tarifverträge*), convenios de empresa (*Betriebsvereinbarung*), así como por la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo.

63. Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, 2011: 406.

judicatura y la transformación de propósitos constitucionales, como un producto de una «interpretación objetiva» supuestamente científica[64].

4.3. Tercer momento: No el guardián, sino el nuevo señor

El legislador goza actualmente de un curioso *requiem* en vida, pero, si lo comprendemos como un ser institucional, basado en la idea de continuidad que se renueva por las vías democráticas, es evidente que no puede morir, mientras el Estado continúe desarrollando sus funciones más esenciales y el principio de división de poderes sea respetado. No obstante, ha caído en la irrelevancia, pues una vez promulgadas sus obras normativas, su interpretación se convertirá en un asunto ajeno, algo asignado a otras instancias. Su obra, en definitiva, deja de pertenecerle.

Barthes le reprochaba al crítico literario que pretendiera imponer su interpretación, colocándose al nivel del autor, mientras que el juez constitucional, en su papel de crítico jurídico, expone, en ocasiones, una opinión autorizada que desplaza incluso al mismo legislador o constituyente. Ese nacimiento y éxito del modelo de una jurisdicción especializada (*El guardián de la Constitución*) se ha pagado, como diría Barthes, con la muerte o, cuando menos, la condena a la irrelevancia del autor. Nadie defendió, en el debate entre Schmitt y Kelsen, la tesis del autor como el guardián de su propio texto, y ahora resulta prácticamente obvio que esa labor se encuentra mejor tutelada en manos de un tribunal independiente. Sin embargo, la ausencia del autor en el debate acerca del sentido de su propio texto no deja de ser, cuando menos curiosa, desde la perspectiva lingüística.

El Tribunal Constitucional Federal, como puso de manifiesto la sentencia Soraya, no se ha sentido del todo complacido con su papel de guardián de la Constitución. Ese alzamiento solo ha terminado de confirmar un proceso, que dio inicio hace cien años con la creación del primer Tribunal Constitucional en Austria; una lenta, pero continua revolución contra los autores de las normas.

Barthes señaló que esa ruptura se produce, en cuanto un hecho pasa a ser relatado, sin más función que el propio ejercicio del símbolo; la voz pierde su origen, el autor entra en su propia muerte, comienza la escritura. La interpretación constitucional y la ruptura con el autor han ido un paso más allá. En lo que al plano jurídico se refiere, no nos hallamos solo frente al ejercicio de un símbolo, sino también en un discurso que pretende poseer disposiciones y consecuencias definidas, en la medida que de ello se derivan esquemas de deberes y derechos. En resumen es un asunto de poder. El excesivo activismo judicial no es un tema nuevo, sino una extendida práctica, donde los tribunales constitucionales u ordinarios sobrepasan las competencias que les han sido asignadas. Se ha usurpado la función autoral, el legislador ha muerto.

64. Rüthers, 2014: 190.

Existe todavía un tercer momento. La figura del perfeccionamiento del derecho, muchas veces necesaria ante la presencia de lagunas, ha conducido a que en la práctica se hayan llevado a cabo modificaciones subrepticias a la Ley Fundamental desde Karlsruhe, sin necesidad de pasar por Berlín. Uno de los casos que más polémica ha despertado en los últimos años, si bien no el único[65], se refiere a la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal sobre la «separación fiscal de los cónyuges para las parejas homosexuales» (*Ehegattensplitting für homosexuelle Paare*) del 7 de mayo de 2013[66]. Esta no ha hecho más que agudizar la discusión sobre los límites del establecimiento y la modificación de normas, por parte del guardián de la Constitución.

Este análisis acerca del reconocimiento de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, como matrimonio, es de naturaleza jurídica, no moral. Se estima conveniente que se regulen situaciones de convivencia, las cuales se apartan de la conservadora noción de «familia tradicional», con miras a crear una sociedad más inclusiva. Esta discusión se trata de algo distinto: ¿Esta resolución del Tribunal Constitucional Federal ha *interpretado*, *perfeccionado* o *modificado* la Ley Fundamental?, ¿poseen sus jueces la competencia para ello?, ¿debe aceptarse dicha práctica por el simple hecho de que se encuentra en sintonía con nuestra «concepción de justicia»?

La mayoría del tribunal, entiéndase los jueces Voßkuhle, presidente del tribunal; Lübbe-Wolff, Gerhardt, Huber, Hermanns y Müller, decidió equiparar las uniones entre personas del mismo sexo con la denominada «familia tradicional». El principal argumento, que se implementó gradualmente en su jurisprudencia, es su opinión de que la diferencia de trato representa una discriminación para las parejas del mismo sexo, debido a su orientación sexual (razones C. I. y C.II. de la resolución). Esto contraviene el artículo 3 de la Ley Fundamental, el cual manifiesta que:

> «(1) Todas las personas son iguales ante la ley. (2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. (3) Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico».

La mayoría del tribunal estimó que se corregía una odiosa discriminación hacia las uniones de personas del mismo sexo que, no solo no encontraba sustento en la Ley Fundamental, sino que contravenía el principio superior de igualdad.

Por su parte, el voto disidente, en manos de los jueces Landau y Kessal-Wulf, sostuvo que el artículo 3 de la Ley Fundamental no es una cláusula supralegal, para vaciar de contenido situaciones establecidas por el constituyente. Al equiparar ambos casos,

65. Otras decisiones, en el área fronteriza de las competencias del tribunal, se produjeron en los casos «los soldados son asesinos» (*Soldaten sind Mörder* [BVerfG 93, 266.]); la cuestión del aborto (*Abtreibung* [BVerfGE 39, 1 y 88, 203.]) y la utilización de crucifijos (*Kruzifix Urteil* [BVerfG 93,1; cf. también BVerfG 35, 366.])

66. Vid. 7. 5. 2013 – 2 BvR 909/06 –, 2 BvR 1981/06 y – 2 BvR 288/07; *Neue Juristische Wochenschrift* 2013, 2257; *Neue Justiz* 2013, 463.

se declara obsoleto el artículo 6 párrafo 1, de la Ley Fundamental el cual dispone: «El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal». El «matrimonio» goza de *protección especial* y el motivo radica en el interés fundamental del Estado por su propia existencia. El matrimonio y la familia aseguran la supervivencia del «pueblo del Estado», como la base de cada Estado. Por lo tanto, su protección especial *no sirve principalmente* al privilegio de «responsabilidad» y «comunidades de manutención», ya que existen entre estas muchos tipos diferentes con orientación sexual o sin esta. El matrimonio y la familia, a diferencia de otras formas de convivencia humana, fueron considerados esenciales para la preservación de la esencia del Estado, por parte de los creadores de la Ley Fundamental, según su conservadora perspectiva en 1949.

El matrimonio y la familia eran las comunidades creadas y adecuadas para sostener su Estado y la sociedad, a través de sus hijos, según la visión constitucional originaria establecida en Bonn. Esta *base necesaria de existencia* era el principal objetivo de protección de la posición especial constitucional y el consecuente mandato de diferenciación, frente a las equiparaciones legales de otras formas de convivencia humana[67]. Por lo tanto, el matrimonio y la familia eran algo distinto de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, de acuerdo con la *valoración del constituyente*. De manera que la *protección especial* del matrimonio no debe ser nivelada, mediante el uso del principio general de igualdad. Quien desee cambiar eso, debe cambiar la Constitución.

Queda claro el significado y el propósito del artículo 6 párrafo 1 de la Ley Fundamental, el cual consagra una *garantía institucional de derecho constitucional* para la tutela particular del matrimonio y la familia, que es única en la Ley Fundamental. Se desprende de esto un mandato constitucional de diferenciación, frente a todas las otras formas legítimas de convivencia, que no pueden proporcionar esta función para la familia, la sociedad y el Estado. La decisión de la mayoría del tribunal, según el voto disidente, viene a suspender esta garantía institucional *contra el propósito normativo* del artículo 6 párrafo 1, de la Ley Fundamental.

No se desea negar al legislador o al constituyente el conceder los mismos derechos a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, que al «matrimonio tradicional», dentro de los límites del respectivo orden constitucional y legal. Se trata de si el Tribunal Constitucional Federal tiene derecho de invalidar los propósitos normativos y los objetivos reglamentarios de la constitución existente, dentro del ámbito de su competencia; es decir, cambiar la Ley Fundamental de forma autónoma.

Solo al constituyente y también al legislador ordinario, dentro de los límites de la Constitución, corresponde redefinir conceptos jurídicos fundamentales como «matrimonio y familia», así como remodelarlos fundamentalmente, según los cambios drásticos de las estructuras fácticas, comportamientos y representaciones de valor, en aquellos casos que estime correcto. El Tribunal Constitucional Federal no se ha establecido como un motor para el «progreso» del derecho constitucional, aun en situaciones

67. De forma distinta Wasmuth, 2002: 47 ss.

socialmente deseables. Las experiencias históricas recomiendan acogerse a la prudencia, frente a tales incursiones individuales de los órganos de la administración de justicia.

Resoluciones de ese tipo marcan la muerte del legislador, mas el poder no admite vacíos, esa muerte ha traído consigo la instauración de una nueva dinastía. La separación de los tribunales de los propósitos originales y el adscribir nuevas interpretaciones, a los distintos textos normativos de las más diversas áreas del derecho, no han hecho más que confirmar que se ha producido una revolución, mediante la cual el guardián de la Constitución ha terminado por erigirse en el nuevo señor sobre la Constitución, en el caso de Alemania.

Alemania ha pasado de ser un Estado democrático de derecho a un «Estado judicial». Extensas áreas de todas las ramas del derecho se regulan, ya no a través del derecho producido a nivel parlamentario, sino de ese nuevo «derecho judicial», integrado por las actuaciones de los juzgadores. De esta forma, rige un hecho prácticamente indiscutible: el derecho pasa a ser aquello que los tribunales superiores competentes declaran como derecho vigente, hasta que se avecine el próximo cambio jurisprudencial. Esto se puede afirmar también, muy especialmente, del derecho constitucional (como hemos evidenciado aquí).

Las historias con las cuales da inicio a este estudio, recuerdan que es ingenuo mitificar los textos, al pensarlos como combinaciones lingüísticas, las cuales pueden ser leídas de una única forma, o bien, a los aplicadores como científicos autómatas e infalibles, quienes aplican el derecho libres de sus propias circunstancias y en ambientes siempre controlados[68].

El lenguaje como medio de comunicación es, ampliamente dependiente del entorno de los actos de comunicación, como lo demuestran los procesos de comprensión de las palabras polisémicas. Existe una gran cantidad de conceptos, cuyo significado varía incesantemente en el transcurso del tiempo resemantizándose y ocasionando un escenario de diversas interpretaciones, cada una con sus respectivos defensores. Sin embargo, eso no elimina los cuestionamientos y el sano debate a que debe ser sometida cada una de las posibles interpretaciones, así como su coherencia e integración con otros principios del sistema jurídico, como el principio democrático o el principio de separación de poderes. A la luz de esto se debe analizar la actuación del Tribunal Constitucional Federal.

CONCLUSIONES

1. Las distintas corrientes que componen el movimiento de derecho y literatura pueden ser sumamente útiles, para la comprensión de fenómenos y prácticas jurídicas. Los grandes asuntos de los que se ocupa el derecho, como orden, justicia, igualdad, libertad, valores y castigo, entre otros, se ven plasmados, de manera nítida, en las obras que

68. Frank, 1949: 3 ss.

constituyen los clásicos de la literatura universal. Precisamente por eso, por abarcar cuestiones intemporales, trascienden su origen y se les puede releer en cualquier época.

Por eso, el estudio del derecho se puede enriquecer, a través del análisis de la literatura, o bien, de las teorías que analizan textos literarios, como el movimiento del *derecho como literatura*. Este movimiento considera que el discurso jurídico es un tipo especial del relato literario, cuya interpretación se puede abordar, desde el punto de vista hermenéutico, mediante la aplicación de métodos de crítica literaria. Tal familiaridad entre los métodos de interpretación de las leyes y de los textos literarios no es nueva, antes bien, la exégesis jurídica del siglo XIX es deudora de los métodos filológicos prevalecientes, durante la misma época, en los ámbitos literarios y teleológicos.

2. La teoría de la muerte del autor, defendida por BARTHES es, en muchos sentidos, un modelo que desafía uno de los dogmas de la teoría literaria clásica, según el cual la figura del autor se halla en el centro de toda la discusión hermenéutica. ÉL articula argumentos contra la forma tradicional de leer un texto, según la cual las referencias bibliográficas, el contexto histórico, la personalidad y el estado mental del autor son las fuentes primarias de todo análisis literario. Asimismo, marcó un punto de inflexión en la crítica literaria, con su pequeña revolución, al desacralizar su origen y reemplazarlo por la libertad hermenéutica, donde la voz del autor deja de gozar de una posición de privilegio y cede su lugar al lector, quien construye su propia interpretación. La lectura se revela, de ese modo, como una actividad creadora que no recibe una significación anterior, sino que produce sentido por sí misma. Nuestro conocimiento de un texto solo es posible, porque el texto mismo no tiene un significado fijado, definido, interno e inalterable.

3. El intento de aplicar la teoría de la muerte del autor a las prácticas hermenéuticas de los tribunales se enmarca en el movimiento del derecho como literatura. Este estudio demuestra que la muerte del autor literario, como fue defendida por BARTHES, presenta un paralelismo en el campo del derecho con la muerte del autor normativo, una muerte todavía más extrema y radical, puesto que no solo tiene lugar donde la única función es el ejercicio del propio símbolo, sino en un discurso que pretende poseer disposiciones y consecuencias definidas, en la medida que esquemas de derechos y deberes se derivan de ello. Ese proceso, que lleva ya prácticamente un siglo y ha terminado de condenar al legislador a la irrelevancia, cuando se trata de pronunciarse sobre el sentido de sus propias obras, ha transformado a los tribunales constitucionales, de Guardianes de la Constitución a nuevos señores sobre la Constitución, dando paso al surgimiento de los estados judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

Barthes, R., (1966). *Critique et vérité*, Paris, Éditions du Seuil.
Barthes, R., (1970). *Mythologies*, Paris, Éditions du Seuil.
Barthes, R., (1972). *Le degré zéro de l'* écriture, Paris, Editions du Seuil.
Barthes, R., (1976). *S/Z*, Paris, Éditions du Seuil.
Barthes, R., 1984: *Le bruissement de la langue. Essais critiques IV*, Paris, Éditions du Seuil.
Barthes, R., 1985: *L'Aventure s*émiologique, Paris, Éditions du Seuil.
Bello Hutt, D., (2018). «Democracy, Law, Judges and Solitude. Some Reflections from Walden and the Lake Isle of Inisfree», *The Idea of Justice in Literature*, Wiesbaden, Springer VS.
Berman, H., (1983). *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
Bin Gorion, E., (1964). *Geschichten aus dem Talmud*, Frankfurt, Insel Verlag.
Borges, J.L., (2000). *Ficciones*, Madrid, Alianza Editorial.
Boyd White, J., (1973). *The Legal Imagination*, Chicago, University Of Chicago Press.
Calvo González, J., (2003). *Derecho y narración: materiales para una teoría crítica y narrativista del derecho,* Madrid, Editorial Ariel.
Calvo González, J., (2018). *La destreza de Judith. Estudios de cultura literaria del derecho*, Granada, Comares.
Calvo González, J., (2012). *El escudo de Perseo, Estudios de cultura literaria del derecho* Granada, Comares.
Cardozo, B.N., (1931). *Law and Literature*, New York, Harcourt, Brace & Co.
Dworkin, R., (1985). *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
Eco, U., (2013). *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi,* Milano, Edizioni Tascabili Bompiani.
Esser, J., (1970). *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Königstein, Athenäum Verlag.
Falcón y Tella, M. J., (2015). *Derecho y Literatura*, Madrid, Marcial Pons.
Fish, S., (1995). *Is there a text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Cambridge, HUP.
Foucault, M., (1969). «Qu'est-ce qu'un auteur ?», *Dits et* écrits 1954-1988, tome I, Paris, Gallimard.
Foucault, M., (2003). *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
Frank. J., (1949). *Law and the Modern Mind*, London, Stevens & Sons Limited.
Fuller, L.L., (1949). «The Case of the Speluncean Explorers», *Harvard Law Review*, 62 (4): 616-645.
Gadamer, H.G., (2010). *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr Siebeck.
Holmes, O.W., (1897). «The Path of The Law», *Harvard Law Review,* Massachusetts, 10 (8): 457-478.
Jestaedt, M./Lepsius, O./Möllers, C.M./Schönberger, C.S., (2011). *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren*, Berlin, Suhrkamp.
Kelsen, H., (2019). *Wer soll der H*üter *der Verfassung sein*, Tübingen, Mohr Siebeck.
Kierkegaard, S., (1929). Über *den Begriff der Ironie. Mit ständiger Rücksicht auf Sokrates*, München und Berlin, Verlag von R. Oldenbourg.

Kristan, A., (2017). *Derecho y otros enigmas*, Madrid, Marcial Pons.
Ledwon, L., (1996). *Law and Literature. Text and Theory,* New York, Garland Publishing.
Marí, E.E., (1998). «*Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja*», Doxa, Alicante, 21: 251-287.
Maurer, H., (2010). *Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, 6. Auflage., München, C.H.Beck.
Meier-Hayoz, A., (1951). *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Juris Verlag.
Morawetz, T., (2007). *Literature and The Law*, New York, Wolters Kluwer.
Nieto, A., (2002). *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta.
Nussbaum, M., (1997). *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press.
Ortega y Gasset, J., (1984). *Meditaciones del Quijote*, Madrid, Cátedra.
Ossenbühl, F., (1988). *Richterrecht in demokratischen Rechtsstaat*, Bonn, Bouvier.
Ost, F., y Gaakeer, J. (Eds.), (2008). *Crossing Borders. Law, Language and Literature*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers.
Ovejero, F., (2018). «La doctrina constitucional de Rufián», *El Mundo*, 5 de diciembre de 2018.
Pérez Vázquez, C., (2006). «Derecho y literatura», *Isonomía*, 24: 135-153.
Picard, R., (1965). *Nouvelle critique ou Nouvelle imposture*, Paris, coll. « Libertés », J.-J. Pauvert.
Posner, R.A., (2009). *Law and Literature,* Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
Raz, J., (1998). «Interpretation Without Retrieval», *Law and Interpretation, Essays in Legal Philosophy*, Oxford, OUP.
Ricœur, P., (1998). *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente del sentido*, México, Siglo XXI Editores.
Rosenvallon, P., (2009). *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*, Buenos Aires, Manantial.
Rüthers. B./Fischer. C./Birk A., (2016). *Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre*, 9. Auflage, München, C.H. Beck.
Rüthers, B., (2012). *Die unbegrenzte Auslegung,* 7. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck.
Rüthers, B., (2002). «Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?», *JuristenZeitung*, 57 (8): 365-371.
Rüthers, B., (2009). *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck.
Rüthers, B., (2014). *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden Ein Essay*, Tübingen, Mohr Siebeck.
Salazar Carvajal, P., ¿Qué pasaría si los abogados hablaran como la gente?, Texto sin publicar.
Sartre, J.P., (1948). *Qu' est-ce que la littérature?*, Paris, Éditions Gallimard.
Schmitt, C., (2015). *Der Begriff des Politischen*, Berlin, Duncker & Humblot.
Schmitt, C., (2016). *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot.
Schmitt, C., (2017). *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot.
Shapiro, S., (2002). «Authority», *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, OUP.
Torres, O. E., (Ed.) (2017). *Derecho & Literatura. El derecho en la literatura*, México, Editorial Libitum.
Ward, I., (1995). *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press.

Wasmuth J., (2002). «Zur Verfassungsmäßigkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft», *Der Staat*, 41 (1): 47-71.
Wigmore, J. H., (1908). *List of legal novels*, Northwestern univ. law pub. assoc.
Wittgenstein, L., (1953). *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell.
Woods, T. E., (2005). *How the Catholic Church builts Western Civilization*, Washington, Regnery Publishing inc.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

La ideologización de los principios jurídicos en la teoría soviética del derecho. Entre el legalismo y la teoría estatalista de las fuentes formales del derecho*

The Ideologization of Legal Principles in the Soviet Theory of Law. Between Legalism and the Statist Theory of the Formal Sources of Law

Alejandro González Monzón

Autor:
Alejandro González Monzón
Universidad de La Habana, Cuba
alejandro.gonzalez@lex.uh.cu
https://orcid.org/0000-0002-2612-7267

Recibido: 12-6-2020
Aceptado: 24-11-2020

Citar como:
González Monzón, Alejandro, (2021). La ideologización de los principios jurídicos en la teoría soviética del derecho. Entre el legalismo y la teoría estatalista de las fuentes formales del derecho Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 189-218. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.08

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Alejandro González Monzón

Resumen

En el presente artículo se sistematizan los elementos fundamentales de la teoría soviética del derecho respecto a los principios jurídicos. En esta dirección, se analiza la posibilidad de una teoría marxista del derecho y su relación con el pensamiento principialista, a la vez que se describen las tendencias que sobre esta cuestión desarrolló la doctrina jurídica soviética. Como conclusión de la disertación se presenta la caracterización ideologizada de los principios jurídicos en la teoría soviética del derecho y su negación como tipologías normativas, esto como consecuencia del legalismo y la teoría estatalista de las fuentes formales del derecho instrumentada en este contexto.

Palabras claves: principios; marxismo; teoría soviética del derecho; reduccionismo ideológico.

Abstract

This article systematizes the fundamental elements of the Soviet theory of law regarding legal principles. In this direction, the possibility of a Marxist theory of law and its relationship with principlism thought is analyzed, while describing the tendencies developed by the Soviet legal doctrine on this issue. As a conclusion of the dissertation, the ideological characterization of legal principles in the Soviet theory of law and their denial as normative typologies is presented, this as a consequence of legalism and the statist theory of the formal sources of law implemented in this context.

* Agradezco al Dr. Andry Matilla Correa sus comentarios y sugerencias. Igualmente, agradezco a la Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez su valioso trabajo de revisión y corrección de la primera versión de este artículo.

Keywords: principles; marxism; soviet theory of law; ideological reductionism.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El objetivo del presente trabajo es explicar la línea de reflexión, sustancialmente diferenciada de las tendencias occidentales, que sobre los principios jurídicos desarrolla –sincrónicamente– la denominada teoría socialista del derecho, cual pensamiento que sobre el fenómeno jurídico se desprende de las tesis del marxismo originario. Sobre el derecho, este pensamiento exhibe las directrices siguientes: 1) es un fenómeno superestructural de carácter clasista; 2) constituye un fenómeno históricamente condicionado, es decir, sus construcción y evolución pueden ser explicados en atención a circunstancias jurídicas concretas; 3) se trata, también, de un fenómeno ideológico, cuya importancia se encuentra subordinada a otras manifestaciones superestructurales, como puede ser la conciencia socialista; y, 4) el derecho socialista manifiesta una postura de rechazo respecto a los cánones tradicionales de la ciencia jurídica con arraigo en el mundo occidental.[1]

Estas notables diferencias denotan la existencia de una constatable *guerra fría doctrinal*, pues la comunicación entre ambos polos teóricos fue prácticamente nula; situación que puede ser verificada bibliográficamente en ambos sentidos y, de manera muy acentuada, en razón del continuo desconocimiento por parte de la teoría socialista de los conceptos desarrollados bajo la etiqueta de *ciencia jurídica burguesa*. Tal circunstancia trae como consecuencia dos visiones claramente distintas respecto a la teoría de los principios. En el *pensum* occidental, incide en la ontología jurídica, en la teoría de las normas, en la metodología de la aplicación del derecho y su argumentación, y en la concepción de los derechos fundamentales. En cambio, la teoría socialista concibe a los principios como arquetipos ideológicos para la diferenciación respecto al derecho burgués, o sea, como pautas derivadas del marxismo que guiarían la construcción del comunismo y, por ende, el proceso de supresión de la explotación clasista; ello en un contexto de determinación estatalista de las fuentes formales del derecho.

Para el despliegue de la exposición que sigue se asume una tesis esencial, a saber: el desarrollo más profundo y multifacético de la teoría socialista del derecho, con apoyo en la filosofía marxista, aconteció en el espacio soviético; tesis constatable desde lo empírico.

La producción intelectual de factura soviética en sede de teoría del derecho y filosofía jurídica, con asidero en el cuarteto de características esbozado *supra*, ostentó un rol primordial y de referencia constante para los países insertados en el sistema socialista, entre otros factores por ser precisamente la URSS el epicentro del socialismo durante toda su existencia y por el alto nivel de divulgación científica que alcanzaron las instituciones soviéticas destinadas a tales efectos. En esta dirección, significativas resultan la

1. Atienza y Ruiz Manero, 2004: 11.

Academia de Ciencias de la URSS, fundada tempranamente en el año 1925 y extinta en 1991, y la Editorial Progreso, creada en 1931, inicialmente denominada Editorial de los Trabajadores Extranjeros de la URSS y, posteriormente, Ediciones de Lenguas Extranjeras; instituciones que, entre otras, expandieron el pensamiento socialista soviético por el mundo y contribuyeron al cimero lugar ocupado en cuanto a los postulados teóricos sobre el Estado y el derecho.

2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA TEORÍA MARXISTA DEL DERECHO Y LA EXIGENCIA DE SU CONFIGURACIÓN PRINCIPIALISTA

La posibilidad de una teoría marxista del derecho, si se entiende como tal a la conjunción epistémica que incluye tanto a la dogmática jurídica como a la teoría general del derecho,[2] no ha sido un tópico doctrinal pacífico. La inexistencia, a pesar de los anuncios realizados,[3] de una sistematización orgánica de los postulados jurídicos en la obra de Marx y Engels, ha provocado que sus seguidores se inserten en una tarea de reconstrucción desdoblada en dos grandes tendencias, a saber: una filológica, limitada al acopio de sus múltiples referencias al fenómeno jurídico, a fin de fundar un *corpus* armónico y exhaustivo; y otra metodológica, orientada, con un mayor grado de profundidad, a determinar las derivaciones jurídicas del método desarrollado por los fundadores del marxismo para comprender la dinámica socioeconómica burguesa.[4]

Generalmente, las conclusiones derivadas de estos ejercicios intelectuales no han hecho más que refrendar un conjunto de postulados manidos y tendentes a la vulgarización. Al respecto, constituyen un ejemplo preciso, las tendencias reduccionistas desarrolladas por el pensamiento jurídico soviético (en los ámbitos socioeconómico, político y económico).[5] El centro de gravitación de estas tendencias de pensamiento fue, como se deduce del estudio evolutivo ejecutado por Tchkhikvadzé,[6] la aceptación acrítica de una concepción que asumió que la dependencia absoluta de los intereses de la clase dominante[7], constituye la característica fundamental del sistema de relaciones sociales, comprendido en el concepto de derecho.

2. Bobbio, 1998: 3-19. También *vid* Höffe, 2004: 153-196.
3. El ejemplo más nítido de estos anuncios fue realizado por el joven Marx en sus *Manuscritos* de 1844, en cuyo prólogo consignó su intención de «hacer sucesivamente, en folletos distintos e independientes, la crítica del derecho, de la moral, de la política y por último de exponer en un trabajo especial la estructura del todo y la relación de las distintas partes entre sí». Marx, 1984: VII. También *vid* Marx, 1967.
4. *Cfr*. Atienza y Ruiz Manero, 2004: 65-66.
5. Una sistematización de estas líneas de reducción en Fernández Bulté, 2005: 265-285. Más recientemente, Mondelo García, 2018: 13-21.
6. *Cfr*. Tchkhikvadzé, 1968: 19-34.
7. Esta directriz de reflexión se desprende de la interpretación unilateral de un conocido fragmento del *Manifiesto Comunista*: «vuestras ideas mismas son producto de las relaciones de producción y de propiedad burguesas, como vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está

Como denominador común a ambos encauzamientos se identifica la admisión de la inexistencia de un espacio propio para la cuestión jurídica en los contornos del marxismo originario, lo que no desdice su análisis incidental como elemento superestructural determinado y condicionado, a través de un plexo de mediaciones, por la base económica de la sociedad.[8] Como reconocimiento de esta situación, autores como Serguéi Alexéev han aseverado con razón que los trabajos de Marx y Engels sólo ofrecen una solución principista del problema del empleo de la forma jurídica en la sociedad socialista.[9] En este sentido, tanto el enfoque filológico como el metodológico han tenido como divisa el establecimiento de los axiomas cardinales de la pretendida teoría marxista del derecho. Tales axiomas cardinales pueden ser entendidos como los enunciados que, dotados de generalidad, se comportan como apoyaturas para una doctrina jurídica alternativa.[10]

La tendencia filológica puede ser desechada *ab initio*[11], pues además de carecer de una base científica sólida, no se acopla con la naturaleza dinámica del pensamiento de Marx y Engels, muchas veces inclinado a la prioridad de lo económico y a la utilización de formulaciones implícitas y retóricas relativas a las derivaciones sociales, entre las que se cuentan las ordenaciones jurídicas. Contra este enfoque reaccionó Cerroni, quien propuso la creación de «una línea de investigación y reconstrucción histórico-teórica en torno al derecho que sea en cierto modo comparable, por su valor crítico, a la seguida por Marx en la economía política de *El Capital*».[12]

Ciertamente, y en apología de la tendencia metodológica referida *supra*, la afirmación de una teoría marxista del derecho no puede sustentarse en una mera colección de frases ocasionales, pues la sumatoria de opiniones fraccionadas no resulta en una teoría coherentemente estructurada. Por el contrario, se trata de discernir la naturaleza, las características y las funciones sociales del derecho que se desprenden del análisis sistemático realizado por Marx y Engels sobre la sociedad capitalista y su organización jurídica, en aras de vislumbrar –a través del enfoque de la negación dialéctica– cuál debe ser su rol en la estructura social superior que conjugue la no existencia de la enajenación y del fetichismo de la mercancía.

Este ejercicio de construcción teórica, guiado por la negación dialéctica, define el criticismo implícito en toda concepción del derecho asentada sobre posicionamientos marxistas.[13] El criticismo constituye uno de los rasgos que diferencia la llamada ciencia

determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase». Marx y Engels, 2007: 28. Entre los criterios más representativos, *vid* Višinsky, 1948: 5 y ss; Stučka, 1974: 63 y ss; y Pašukanis: 1976: 115 y ss.

8. Marx, 1982: III y ss.

9. Alexéev, 1989: 8. Una profundización de esta idea en Quigley, 1989: 781-808.

10. En esta perspectiva se inserta en análisis de Poulantzas, 1969: 78-90. También *vid* Bodenheimer, 1952: 51-72.

11. Draper, 1977: 17. Comenta el autor que esta tendencia concluye en una repetición de citas sin sentido.

12. Cerroni, 1972: 117-118.

13. Resulta ilustrativa en este tenor una afirmación de Pérez Luño, según la cual «las *teorías críticas del derecho* tuvieron en su origen la inspiración y el estímulo de concepciones filosóficas y jurídicas ligadas, con mayor o menor intensidad, al marxismo». Pérez Luño, 2007: 205.

jurídica tradicional de las concepciones marxistas del derecho, en las cuales la crítica no está referida a un ejercicio puntual que busca optimizar una regulación jurídica específica, sino que se constituye como una perspectiva que sienta las bases configurativas de un pensamiento jurídico revolucionario.

Esta cuerda de argumentación fue utilizada eficazmente por Bobbio en su estudio sobre la virtualidad del iusmarxismo, donde reparó sobre la existencia de premisas textuales y sustanciales que riñen con su efectiva configuración.[14] Para el autor italiano, los clásicos pecaron por defecto y por exceso en lo que a pensamiento jurídico compete. Por defecto, en tanto no reflejan ni analizan en sus obras los tópicos cardinales de la teoría jurídica, por ejemplo, los relacionados con la norma, su estructura, su validez, su eficacia, su coherencia *ab intra* del ordenamiento jurídico, entre otras. Además, erraron por exceso al construir una obra que –a pesar de ser global– puede ser asumida desde ángulos fragmentarios, lo que posibilita la construcción de varias teorías del derecho desde el marxismo y concede relevancia a los enfoques del derecho como instrumento de dominio de clases, aparato de corte ideológico, construcción teórica crítica, teoría de la justicia o ciencia de legitimación.

La conjunción de las representaciones analíticas desarrolladas por Bobbio denota un síntoma de deficiencia en los intentos de sistematizar una teoría del derecho basada en la metodología marxista, cuyos sesgos esenciales son la generalidad y la falta de organicidad conceptual. En esta dirección, la sistematización marxista del derecho no se puede limitar a una explicación superficial del fenómeno jurídico en la dinámica histórica marcada por la lucha de clases,[15] lo que en su tiempo supuso un avance en relación con las teorías que negaban la comprensión del derecho a partir de las relaciones sociales, pues si bien este axioma es básico para su desarrollo, no puede atentar contra la necesidad de concebir un núcleo conceptual autónomo que refleje la peculiaridad de este saber científico. En efecto, y en sintonía con lo explicado por Marcelo Buitrago, el principal problema de esta formulación es que presenta al derecho como una reglamentación autoritaria externa, aplicable a diferentes contextos históricos y modos de organización de la sociedad, en lugar de identificar los conceptos más acabados del derecho y de relacionarlos a determinada época histórica.[16]

14. *Cfr.* Bobbio, 1978: 282 y ss.

15. Contra esta óptica reaccionó Pašukanis, quien en referencia a los teóricos oficialistas de su tiempo opinó: «les ha parecido suficiente introducir en las teorías citadas arriba el momento de la lucha de clases para obtener una teoría del derecho verdaderamente materialista y marxista. Sin embargo, de ello no resulta sino una historia de las formas económicas con una tintura jurídica más o menos fuerte, o una historia de las instituciones, pero en ningún caso una teoría general del derecho. Hay que observar aquí que en general los autores marxistas, cuando hablan de conceptos jurídicos, piensan esencialmente en el contenido concreto de la reglamentación jurídica propia de una época dada, es decir, de lo que los hombres consideran como derecho en esa etapa dada de la evolución». Pašukanis, 1976: 30.

16. *Cfr.* Buitrago, 2016: 417-418. También comparte esta visión Escamilla, 1991: 30 y ss. Con énfasis similar, Marcio Naves ha defendido que de este falso marxismo: «se obtiene apenas una teoría del derecho que vincula los intereses y las necesidades materiales de diversas clases sociales, pero no se explica por qué determinado interés de clase es tutelado precisamente bajo la forma del derecho, y no bajo cualquier otra forma, de suerte que es imposible distinguir la esfera jurídica de otras esferas sociales». Naves, s/a: 45-46.

Este dislate conceptual, cuya identificación no es otra cosa que un desprendimiento del esquema impuesto por la dogmática jurídica, no niega la solvencia de construir desde el marxismo una teoría del derecho de nuevo tipo. Este saber de nuevo tipo no es posible describirlo desde la representación normativa o formal, puesto que sus dos vertientes posibles son, precisamente, la crítica ideológica al sistema normativo burgués y el análisis del derecho como fenómeno condicionado histórica y sociológicamente. La teoría marxista del derecho debe pensarse entonces como un ejercicio crítico-ideológico, histórico-materialista, sociológico y con intención revolucionaria respecto al derecho burgués-capitalista.[17] El jurista soviético que con mayor fuerza defendió esta postura, incluso con alusión a los ataques de Kelsen,[18] fue Pašukanis, quien consideró que para afirmar la existencia objetiva del derecho, «no es suficiente conocer su contenido normativo, sino que es preciso igualmente saber si este contenido normativo se produce o no en la vida, es decir, en las relaciones sociales».[19]

Consiguientemente, se debe precisar que el argumento estructural de la teoría marxista consiste en que no sólo los particulares sistemas de cambio de las normas legales, sino la misma forma del derecho, esto es, el fenómeno del derecho en su conjunto, es un producto de relaciones sociales fetichistas y por tanto, en su forma desarrollada, una manifestación histórica de las condiciones de desarrollo de las relaciones económicas. Así, el derecho tiene su origen como instrumento para la regulación del comercio y, con posterioridad, se extiende a otros tipos de relaciones personales, ya que «las relaciones jurídicas cambian y civilizan su expresión con el desarrollo de la sociedad civil, es decir, al desarrollarse los intereses personales como intereses de clase».[20] De la teoría marxista se colige que en una sociedad comunista el derecho debe desaparecer de igual forma que el Estado y otras creaciones del fetichismo de la mercancía.[21] El derecho –comentó

17. Sánchez González, 1981: 117-140. También *vid* Ross, 1958: 336-339.
18. *Vid*, entre otras, Kelsen, 1957. Además, Kelsen, 1982. Comentarios al respecto en Guastini, 1989: 79-98; y en Ruiz Manero, 1989: 111-162.
19. Pašukanis, 1976: 74.
20. Marx y Engels, 2014: 298.
21. *Cfr*. Kolakowski, 1983: 61-67. El triunfo del socialismo, comenta Razi, habría logrado crear una sociedad sin clases en la que, junto con el Estado, el derecho mismo se habría marchitado y desaparecido, dado que al eliminar las clases, divididas y antagónicas, ni el Estado ni el derecho, sus instrumentos de opresión, tendrían ya una razón de ser. Lo que se buscaba no era el reemplazo del derecho burgués por un derecho socialista sino un nuevo orden social basado en la administración. Razi, 1960: 784. Ahora bien, la explicación metodológicamente correcta de la desaparición del Estado y del derecho que lo legitima debe sostenerse en la apreciación dialéctica de la evolución histórica. Esquemáticamente, el proceso de extinción se puede describir del modo que sigue: *tesis*: la configuración del Estado burgués se sustenta en la detentación de los medios de producción por parte de la burguesía. El derecho, como expresión de la lucha de clases inherente al sistema, posibilita la consecución del *status quo* que caracteriza la base económica y, por ende, determina a la superestructura donde se desarrollan las relaciones jurídicas; *antítesis*: el ascenso de la clase proletaria y la implementación de su dictadura suponen la destrucción de aparato estatal y jurídico de la burguesía, a través de la apropiación efectiva de los medios de producción; *síntesis*: el antagonismo de las clases, en su desarrollo, tiende a la desaparición. La supresión del enfrentamiento clasista supone la desaparición del Estado como ente coactivo y del derecho como su principal instrumento.

Bellon– debía superarse, no sustituirse por otras normas; la administración y la moral serían su reemplazo.[22]

Una apreciación simplista puede suponer que si el abolicionismo jurídico[23] es la conclusión definitiva del sistema propuesto por los clásicos, como correlato imprescindible de la superación de la sociedad capitalista, entonces resulta innecesario un saber científico que lo contenga. Idea defendida por Stoyanovitch cuando acota que si el derecho no tiene valor en sí mismo «es bastante normal que una ciencia de la que él debería ser el objeto, es decir, una ciencia del derecho, tal como es comprendida tradicionalmente, sea casi imposible».[24] No obstante, resulta preciso aclarar que la tesis de la incompatibilidad del derecho con el comunismo, defendida a ultranza por Engels, hace referencia específica al derecho del Estado,[25] figurado este en la ley como forma típica del derecho en la sociedad burguesa. Esta precisión condiciona enfáticamente la delineación de una concepción de las fuentes formales en el período de transición[26] que potencie a los principios de la vida socialista en detrimento de la vieja ley burguesa.

Esa singularidad, informadora de la tesis de Lenin sobre la deterioración del Estado, preconiza que en la sociedad comunista «los hombres se habituarán poco a poco a observar las reglas elementales de la convivencia social; a observar sin violencia, sin coacción, sin sumisión, sin ese especial aparato de coacción que se llama Estado».[27] La filosofía desarrollada por Stalin también la contempla cuando en 1930 define que la fórmula marxista condiciona el mayor desarrollo posible del poder del Estado con el objetivo de preparar las condiciones para su extinción.[28] En aquiescencia, como par categorial del fenómeno de deterioro del Estado, se presenta el inevitable menoscabo del derecho, como ya se dijo, solo en la medida de que se entienda por derecho, restrictivamente, al conjunto de normas cuyo valor es determinado coactivamente por un aparato organizado con este propósito.

Más específicamente, las primeras experiencias prácticas de la interpretación marxista del derecho sustentaron, como método de desnaturalización de la estructura jurídica burguesa, la imposibilidad de calificar como necesaria la conexión existente entre el derecho y el Estado; presupuesto teórico que propendió a la contraposición entre el derecho vigente y el derecho revolucionario, y devino en planteamiento frecuente de varios de los teóricos fundacionales del pensamiento jurídico soviético. Entre ellos resaltaron Petrazycky y Rejsner,[29] quienes atribuyeron al último de los conceptos referidos la cualidad de expectativa psicológica de las masas populares. La conclusión más relevante de esta teorización, consecuente con el concepto de revolución formulado

22. Bellon, 1969: 485.
23. *Vid* Zolo, 1974.
24. Stoyanovitch, 1997: 173. Este criterio fue compartido y desarrollado también por Fassó, 1996: 247-250.
25. *Vid* Bovero, 1986, 142-240.
26. *Cfr*. Marx, 1977: 3-4.
27. Lenin, 1984: 415.
28. *Cfr*. Marcuse, 1975: 207; y Chambre, 1966: 203 y ss.
29. *Cfr*. AA.VV, 1967: 57 y ss.

por los clásicos, consiste en describir al proceso de superación del régimen burgués como un entorno de contradicción dialéctica entre el derecho espontáneo o intuitivo de la clase dominada y el derecho positivo impuesto coactivamente por la clase dominante.

Se trata de lo que la doctrina soviética denomina principios fundamentales del derecho socialista[30], con expresión en fórmulas normativas –generalmente constitucionales[31]– en tanto constituyen pautas determinantes que reflejan, en la práctica soviética, las direcciones generales y los rasgos más esenciales de la regulación jurídica socialista de las relaciones sociales. En opinión de Jawitsch, componen el reflejo de las propiedades esenciales de la base social en el contenido de la realidad jurídica y corresponden a los patrones objetivos de una formación socioeconómica dada y a la esencia de clase del derecho inherente a ella.[32] De hecho, la existencia de dichos principios constituye un argumento de defensa de los teóricos soviéticos ante las críticas occidentales encaminadas a calificar el derecho de los países socialistas como una manifestación coactiva del Partido Comunista. En locución de Alexandrov, por ejemplo, queda claro que tanto los fundamentos de la política del Partido como los principios básicos del derecho socialista vienen determinados por leyes objetivas de desarrollo de la sociedad socialista. Consecuentemente, en un régimen socialista en consolidación son imposibles las transgresiones graves y prolongadas de los principios básicos socialistas en la legislación y en su aplicación práctica.[33] Esta representación fue reforzada también por Zhidkov, pues en sus disertaciones cataloga de inquebrantables a los principios fundamentales del derecho socialista, sin negar que se desenvuelven de conjunto con la sociedad socialista y se «revelan con nuevas facetas en su dinámico sistema jurídico en desarrollo».[34]

El *corpus* de estos principios, tanto los positivados como los no positivados, constituye lo que frecuentemente se denomina en la literatura especializada conciencia jurídica socialista,[35] entendida como una de las formas de la conciencia social[36] y descrita como el conjunto de sentimientos, criterios, ideas y exigencias jurídicas de la clase proletaria en el poder, expresiva de la actitud de los ciudadanos hacia el derecho vigente al momento de la transición socialista, sus nociones acerca de la justicia, sus derechos y deberes políticos y sociales, y sus responsabilidades con la sociedad y el Estado.[37] Lejos de circunscribirse a un ambiente exclusivamente metafísico[38], dicha creación conceptual

30. *Cfr*. Grigorián y Dolgopólov, s/a: 5-7; Alexandrov, 1963: 186-197; Yavich, 1985: 109-130; y Jawitsch, 1988: 123-144.
31. Una sistematización de valor en Chirkin, 1985: 20-26 y 261-264. En igual sentido se pronunciaron Grigorián, Kutafin y Shevtsov, para quienes «el fondo de la Constitución -Ley Fundamental del Estado socialista soviético- se pone de manifiesto concretamente en sus principios básicos». AA.VV, 1980: 7.
32. *Cfr*. Jawitsch, 1988: 123.
33. *Cfr.* Alexandrov, 1963: 187.
34. Zhidkov, 1980: 331.
35. Shajnazárov, 1979: 5 y ss.
36. *Cfr*. Lukashova, 1973: 22 y ss; y Nazarenko, 1968.
37. *Cfr*. Academia de Ciencias de la URSS, 1988: 183-185. También *vid* Livshits, 1987: 172-203.
38. Nazarenko, 1968: 18 y ss. La circunscripción al ámbito metafísico constituye el criterio que utilizara en negativo Nazarenko para desarrollar su obra.

está teóricamente dotada de una importante influencia en la producción y aplicación de las normas jurídicas,[39] ya que a su tenor resulta posible «evaluar el modo justo de un acto jurídico concreto y apreciar la legitimidad o la injusticia de la acción de una persona».[40] Además, como acotara Krylenko, se erige en parámetro indispensable para la interpretación del derecho zarista,[41] en el sentido de que su vigencia estaría supeditada constantemente a sus representaciones.[42]

Con lo explicitado resulta posible concluir, en primer lugar, que la posibilidad de una teoría marxista del derecho se sostiene en la metodología desarrollada por los clásicos para el análisis de la sociedad y no en una colección de máximas segregadas en varias de sus obras;[43] teoría que debe apartarse de una tendencia conceptualista y formalista, pues su propuesta no radica en una perspectiva descriptiva del derecho, sino en axiomas generales para la crítica ideológica del derecho burgués y para la reflexión sociológica[44] sobre el fenómeno jurídico. Estos axiomas generales fueron instrumentados por los soviéticos durante la construcción del socialismo y ello supuso la aceptación de la virtualidad de estructuras principiales paralelas o, incluso, contradictorias con el derecho positivo, emanadas de las propias bases de la negación del régimen capitalista; estructuras principiales que conformaron el plexo de principios fundamentales del derecho socialista, en tanto elementos indispensables de la conciencia jurídica socialista que sirvió de guía a los procedimientos de creación y aplicación de las normas jurídicas en el derecho soviético.

39. El 22 de noviembre (5 de diciembre) de 1917 fue promulgado el Decreto no. 1 «Sobre los Tribunales», que abolió los viejos órganos judiciales prerrevolucionarios e instituyó los nuevos tribunales revolucionarios. El proyecto inicial fue concebido por Stučka y Kozlovskij y fue sometido posteriormente a la revisión de Lenin, quién indicó que la prohibición de los tribunales inferiores de aplicar las leyes de los gobiernos derribados fuera sustituida por el principio según el cual estas leyes podrían ser aplicadas solamente en cuanto no hubieran sido abrogadas por la revolución y *no contradijeran la conciencia jurídica revolucionaria*. Con posterioridad, ratificaron este principio el Decreto no. 2, de 7 de marzo de 1918, el Decreto no. 3, de 20 de julio de 1918, y el Reglamento del Tribunal popular de la RSFSR, de 30 de noviembre de 1918. *Cfr*. Kudriávtsev y Lukásheva, 1991: 9-27. Otro ejemplo notable lo constituyen los artículos 17, de los Fundamentos del procedimiento judicial penal, y 19, de los Fundamentos del procedimiento judicial civil, que establecieron que los jueces y los jurados populares valoran las pruebas con arreglo a su convicción interna, fundada en el examen completo, multilateral, y objetivo de todas las circunstancias del hecho en su conjunto, rigiéndose por la ley y la conciencia jurídica socialista. *Cfr*. Instituto del Estado y el Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS, 1984: 174.
40. Grigorián y Dolgopólov, s/a: 7. Idea refrendada por Tumánov, 1988: 5 y ss.
41. *Cfr*. Krylenko, 1932: 78 y ss.
42. Sobre este tópico, Kelle y Kovalson explicaron que «la revolución proletaria no anula todo derecho, sino que tiende a transformar el derecho explotador, sustituyéndolo por la nueva legislación socialista, por el orden jurídico revolucionario. Por eso es necesario subrayar que desde un comienzo, el papel de la conciencia jurídica en el período de transición y en la época del socialismo no es menor que en el período histórico precedente, sino cualitativamente distinto». Kelle y Kovalson, 1963: 22. También *vid* Gorshénev, 1972: 47 y ss; y Baimajánov, 1981: 36 y ss.
43. Un estudio reciente y de valor sobre la cuestión en O´Connell, 2020: 257-276.
44. *Vid* al respecto la descripción crítica realizada por Castán Tobeñas, 1947: 107-108.

3. LA TEORÍA ESTATALISTA DE LAS FUENTES FORMALES Y LA IDEOLOGIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO SOVIÉTICO

El discurso soviético referido a las fuentes del derecho tuvo un carácter eminentemente estatalista,[45] pues la literatura jurídica investigó el problema de las fuentes del derecho en íntima relación con la actividad de creación de normas por el Estado. De hecho, uno de los presupuestos reiterados radica en la afirmación del concepto fuente de derecho como una expresión de la relación indisoluble entre Estado y derecho. En palabras de Manov, «las normas de derecho surgen como resultado de los actos del Estado o de las organizaciones facultadas por él, pero esos actos siempre están condicionados por las relaciones económicas, por la conciencia jurídica de las clase dominante y por la correlación de fuerzas de clase».[46] En un sentido material, fue extendida una concepción que circunscribió la fuente inmediata de todo el derecho al poder del Estado y que calificó como fuentes remotas a las condiciones económicas y políticas de la vida en sociedad, en el entendido de que estos factores son, en definitiva, los que mueven la actividad estatal.[47] La apoyatura de esta inclinación teórica, que figuró al Estado –en su función legisferante– como un traductor de la realidad material (rechazo a la tesis subjetiva del voluntarismo estatal en la creación del derecho), se remonta a una sentencia de Marx extraída del artículo titulado *La ley del divorcio*, ocasión en la que el filósofo de Tréveris puntualizó que el legislador, es decir, la autoridad del Estado: «no hace las leyes, no las inventa, solamente las formula. Uno tendría que reprocharle al legislador por la más desenfrenada conducta arbitraria si remplazara la esencia de la materia por sus propias nociones».[48]

Correlativamente, la creación del derecho fue descrita[49] como la actividad estatal objetivamente condicionada, mediante la cual la voluntad de la clase dominante se eleva a ley. Dicha actividad abarca el reconocimiento por parte del Estado de la necesidad de otorgar regulación jurídica a determinadas relaciones sociales, la formación propiamente dicha de las normas jurídicas y su consagración en la ley o en otras disposiciones normativas con operatividad en el ordenamiento jurídico, por vía de las instituciones de la reforma, la derogación o la abrogación.[50]

En lo que atañe a las fuentes formales del derecho[51] fueron conceptualizadas por los autores más ortodoxos[52] –en términos generales– como las representaciones oficiales de

45. *Cfr*. Izdebski, 1986: 7-56.
46. Manov, 1981: 567.
47. *Vid* Tumánov, s/a: 247.
48. Marx, 1976: 308.
49. *Vid* Tijomírov, 1982.
50. *Cfr*. Gorshénev, 1972: 15 y ss; y Bratús, 1974: 52 y ss.
51. Gsovski, 1938: 2-7. El autor reconoce a las fuentes formales del derecho como formas exteriores de expresión del derecho.
52. *Cfr*. Shebanov, 1956; y Shebanov, 1964. Además, Kechekian, 1946: 3-4; y Vilnianski, 1939: 63-64.

establecimiento y manifestación de las normas jurídicas.[53] En un sentido más específico, y siguiendo la línea trazada por el análisis de Kudriávtsev, se entendió en este ambiente doctrinal que las fuentes formales eran indicativas del modo mediante el cual se formula la regla de conducta y se le otorga fuerza obligatoria.[54] Los teóricos de avanzada –entre los que se cuenta Alexeiev– postularon, en cambio, que la terminología anterior pecaba de restrictiva, por lo que declararon que la construcción *fuente de derecho* denota un concepto complejo,[55] inclusivo no solo de la forma de expresar la norma jurídica, sino que también contiene el rasgo «limitante que refleja la especificidad de fundamentación para el reconocimiento de esa regla como norma jurídica».[56]

Se debe entender entonces que en la teoría socialista la conceptualización y la clasificación de las fuentes formales del derecho se hizo depender de los modos de creación estatal de las normas jurídicas y de la identificación de su sujeto creador. En relación con este criterio fue posible establecer una diferenciación tripartita en el ordenamiento jurídico soviético, a saber: a) las normas jurídicas creadas por los órganos estatales; b) las normas jurídicas creadas por las organizaciones sociales (el Consejo Central de los Sindicatos Soviéticos, el Comité Central de la Unión de Juventudes Comunistas Leninistas, entre otras); y, c) las normas jurídicas creadas directamente por el pueblo a través del referendo.[57] De ello se colige que las fuentes formales del derecho soviético fueron subdivididas en: a) actos normativos de los órganos del Estado; b) actos normativos de las organizaciones sociales; c) actos normativos adoptados por referendo;[58] y, d) disposiciones normativas expedidas por órganos del Estado y organizaciones sociales de forma conjunta. Además, por la especial relevancia que indicaron, deben ser referidas las resoluciones conjuntas del Comité Central del Partido Comunista y el Consejo de Ministros de la URSS, representativas de una forma combinada de la dirección partidista y estatal. En su morfología conjugaron un acto normativo estatal y una directriz partidista, la cual dotaba de respaldo a la disposición normativa resultante, dado el prestigio político del Partido Comunista[59] y su papel rector en el sistema político,[60] calificado por Koranda como condición fundamental para sus actividades y perfeccionamiento.[61]

Así, en un Estado socialista, las fuentes formales del derecho se deben unificar exclusivamente *ab intra* del concepto general de actos normativos estatales. En lo que incumbe a la participación de las organizaciones sociales en la creación normativa, no

53. *Cfr*. Shebanov, 1964a; y Michkievich, 1988: 371-386.
54. Kudriávtsev, 1988: 21.
55. Alexeiev, 1966: 129-132.
56. Manov, 1981: 573.
57. Para la comprensión de este último criterio *vid* Luchin, 1987: 111-126.
58. Según la calificación adoptada por la Constitución soviética de 1977 en su artículo 5, este mecanismo estaba reservado para las cuestiones trascendentales de la vida del Estado, las que por expreso mandato constitucional debían ponerse a discusión de todo el pueblo y ser sometidas a su aprobación.
59. Sobre el papel del Partido Comunista en la vida social y jurídica soviética *vid* Topornin, 1978: 151 y ss.
60. *Cfr*. Shajnazárov, 1979: 110-126.
61. *Cfr*. Koranda, 1987: 73-139.

puede perderse de vista la dependencia de dichas organizaciones respecto a las decisiones y proyecciones del Estado. Ello en correspondencia plena con la naturaleza estatalista de las fuentes del derecho en el pensamiento soviético, justificada en la unidad articulada de la base económica del Estado socialista, su base social y la unidad política y moral de la clase popular, en tanto factores determinantes del carácter y las formas de la actividad creadora de normas. Esta preponderancia estatal estuvo llamada a garantizar que las normas jurídicas fueran –efectivamente– la fiel expresión de los intereses y aspiraciones de las masas trabajadoras, lo que supone que las fuentes formales del derecho están necesariamente permeadas por los principios democráticos y con la actividad política que informan al Estado socialista.

Un ejemplo meridiano de este razonamiento se localiza en el criterio de Michkievich:

> «las fuentes formales del derecho en la sociedad socialista constituyen la manifestación de la participación activa de las grandes masas en la creación jurídica, independientemente de las diferencias nacionales, raciales, de sexo o de procedencia social; se destaca la dirección del proceso de creación jurídica por el Partido Comunista, lo cual garantiza el cumplimiento y expresión de los verdaderos intereses de la clase obrera y demás capas trabajadoras, que permite a su vez la realización de la política legislativa de acuerdo con los intereses y necesidades objetivas del desarrollo de la sociedad hacia el comunismo».[62]

Como hipótesis cardinal se asumió, con acierto, que la formación de las fuentes formales del derecho acontece en los diferentes Estados en atención a sus peculiaridades históricas, a las formas y métodos utilizados por la clase dominante en el poder y a las directrices de dirección estatal de la sociedad, asumidas en un contexto determinado. Este juicio de matización histórica y sociológica fue constantemente utilizado para desacreditar la operatividad y rol vinculante de las llamadas –en el mundo occidental– fuentes subsidiarias, específicamente de la jurisprudencia y de la costumbre; argumentación que refuerza la declarada naturaleza estatalista de las fuentes formales esgrimida por los soviéticos y cuya utilidad se reporta en el análisis de la posibilidad de los principios generales del derecho en dicho posicionamiento teórico.

Con respecto a la jurisprudencia, la justificación de su no implementación como fuente formal fue circunscrita al hecho de que en Rusia no existió jamás un sistema de precedentes, ya que sus caracteres de organización jurídica siempre fueron tendentes a conjugar los cauces de la familia jurídica occidental. El concepto de legislación como fuente primaria de continuidad jurídica, recordaba Berman, se derivó del derecho romano tanto en Rusia como en occidente.[63] Con independencia de la certidumbre de este juicio, lo cierto es que la revolución bolchevique desarrolló un profundo desprecio por la posibilidad de reconocer la creación judicial del derecho. En el entendido del socialismo originario, los jueces eran tendentes a desnaturalizar con sus actuaciones, anquilosadas en viejos dogmas, los avances que necesariamente debían consagrarse en la

62. Michkievich, 1988: 373-374.
63. Berman, 1967: 216.

nueva sociedad. En definitiva, el poder judicial, y el producto jurídico de su funcionamiento, no eran más que rezagos burgueses, cuya anulación favorecería la construcción de un derecho de tránsito acorde con las exigencias de la construcción del comunismo. En un pequeño trabajo de Stučka, titulado *Tribunal viejo y tribunal nuevo*, se exponen con claridad las razones que, *a posteriori*, serían utilizadas por un amplio sector de la doctrina soviética para negar la solvencia de reconocer validez formal a la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico.

Para quien fuera el primer Comisario del Pueblo para la Justicia:

> «De hecho, el Tribunal constituía, después del ejército permanente y de la policía burocrática, la más sólida garantía del sistema burgués y agrario. Bajo la máscara de una pretendida defensa de la verdad y de la justicia, el poder judicial, titulado independiente del Estado burgués, era la más sólida defensa del sistema capitalista y de los intereses de las clases poseedoras. No sólo porque los jueces eran agentes directos del Estado, instrumentos de sumisión de las clases oprimidas, sino también porque éstos, por su origen social pertenecían a la clase de los opresores y entendían la verdad y la justicia, la libertad y la igualdad, según los intereses de su clase».[64]

En cuanto a la costumbre, el criterio esgrimido se centró en la peculiaridad que significó el triunfo revolucionario de octubre de 1917, que además de definir nuevos esquemas políticos, económicos, sociales y culturales, negó las costumbres sedimentadas por la sociedad burguesa.[65] Se argumentó con reiteración en los estudios sobre el tema que el carácter conservador de la costumbre atentaba contra la naturaleza dinámica y creativa del Estado y el derecho socialistas, lo que hacía patente su insignificancia en la vida jurídica.[66] Como excepción, en este último caso, fue admitida la contingencia que presupone que la propia existencia de la sociedad soviética desencadenaría la creación de una nueva costumbre, guiada –como enfáticamente subrayó Kulázhnikov– por la conciencia jurídica propia del socialismo.[67] La materialización de la vinculación de la costumbre fue eminentemente sectorial, al destacarse su virtualidad en la información de algunas relaciones jurídicas agrarias[68] y en sede de derecho marítimo, tal y como fue consagrado en el Código de Navegación Comercial de la URSS.[69] No obstante, tal singularidad no fue interpretada como de entidad suficiente para elevar a la costumbre al rango de fuente formal,[70] pues solo podía tenerse en cuenta en ocasión de la redacción de nuevas disposiciones normativas y en los contornos de su aplicación judicial.[71]

64. Stučka, 1974: 226.
65. *Cfr*. Izdebski, H, 1987 : 839 - 888
66. *Cfr*. Zhidkov, 1980: 335; Michkievich, 1988, 379; Shebánov, 1963: 256-257; Manov, 1981: 579-580; Yavich, 1985: 149-152; y AA.VV, 1988: 199-200.
67. *Cfr.* Kulázhnikov, 1972: 22 y ss.
68. *V. gr*, artículo 8 del Código Agrario de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, que estableció que los derechos y deberes de los usufructuarios de la tierra y de sus agrupaciones podían ser determinados por las costumbres locales, siempre y cuando su aplicación no fuera contraria a las leyes.
69. *Cfr*. AA.VV, 1987: 8 y ss.
70. Un criterio matizado al respecto en Nersesiânts, 1983: 28-37.
71. Entre otros, *vid* Balík, H., Koranda, F., y Kovárík, J., *Cuestiones escogidas*…, op. cit., pp. 50-60.

De lo manifestado puede colegirse que –desde la óptica de la doctrina soviética– en el Estado socialista la única fuente formal es la ley, en sentido lato, mientras que a la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho no se les distingue como fuentes formales, en tanto su desarrollo y sistemática no dependen exclusivamente de una actividad creativa del Estado, sino de una mera actividad de reconocimiento. La diferenciación entre creación y reconocimiento no existió en el pensamiento jurídico soviético, pues –a su tenor– la actividad de reconocimiento era en sí misma una actividad de creación. Lógicamente, esta salida solo intenta legitimar, una vez más, la centralidad absoluta del Estado en la creación del derecho, lo que impide una comprensión dinámica de las fuentes del derecho, o sea, un reconocimiento de su formación progresiva. Resulta desacertado entonces negar que la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho son productos específicos de pulsiones sociojurídicas, dotados de un profundo contenido cultural que participan, en múltiples ocasiones, de una configuración histórica continua. La realidad fenoménica de estas fuentes del derecho no puede ser reducida a un acto instantáneo de reconocimiento estatal.

3.1. La preponderancia de la ley. La importancia del principio de legalidad y sus exigencias

En su tracto histórico, el derecho socialista soviético experimentó una tendencia de ascenso hacia la concreción de un sistema de fuentes formales integrado, preponderantemente, por las disposiciones normativas de los órganos estatales, que brindó siempre una marcada primacía a la ley,[72] en virtud de las características de su creación, del consenso y la legitimidad popular que su contenido debía entrañar en la regulación de las relaciones sociales de relevancia. Sobre esos argumentos fue *communis opinio* el sustentar que la ley, identificada en términos leninistas como parte integrante del orden represivo y de la organización de la violencia ejercida estatalmente,[73] regulara las relaciones sociales de mayor importancia y, a la vez, estableciera los presupuestos más relevantes a atender por las disposiciones normativas de inferior jerarquía en el Estado socialista.[74] En su virtud se concibe a la ley como la expresión jurídica por excelencia de la voluntad

72. Recordaban Kudriávtsev y Lukásheva que en las condiciones históricas en que se encontraba el primer Estado socialista del mundo, «el afianzamiento de la legalidad era un proceso difícil y doloroso. Hacía falta superar el nihilismo jurídico engendrado por el odio y la desconfianza de las masas hacia las viejas leyes y, por inercia, hacia las leyes en general, renunciar a los métodos del comunismo de guerra y a la costumbre de actuar guiándose por la racionalidad revolucionaria. El nivel de la cultura jurídica de la mayoría de los funcionarios del Partido y de los dirigentes del aparato administrativo y estatal era bajo. Estaban en boga las teorías de la pronta desaparición del derecho en tanto que atributo de la sociedad burguesa». Kudriávtsev y Lukásheva, 1991: 12.

73. Poulantzas, 1979: 88.

74. *Cfr*. Vasilenkov, 1989: 10-12. La marcada importancia atribuida a la ley se expresó, incluso, en su centralidad en ocasión de las propuestas definitorias del derecho socialista soviético. En este sentido, Rosental e Iudin escribieron que el derecho socialista soviético «es la voluntad del pueblo soviético erigida en ley, voluntad cuyo contenido está determinado por las tareas que se le plantean a la dictadura de la clase obrera: represión

del órgano representativo superior del poder (popular) del Estado,[75] a saber, el Soviet Supremo de la URSS.[76] Además, podía ser expresión de la voluntad directa del pueblo[77] que, a través de los sistemas organizativos y de participación ciudadana vigentes, y muy especialmente el referendo, intervenía activamente en su creación y aprobación.[78] En definitiva, como afirmó Tumánov, «la ley es lo que mejor concuerda con la misión creadora del Estado socialista y el desarrollo planificado de la economía»,[79] a la par de su instrumentalidad en la justificación jurídica del poder estatal; rasgo que puede ser estandarizado por su generalidad, aunque, como escribió Popovitch, resulta propio de los regímenes revolucionarios que han ocupado el poder por la fuerza.[80]

En la arena académica, autores relevantes como Kudriávtsev refrendaron que el desarrollo del concepto de derecho y su puesta en correspondencia con la intelección contemporánea de los procesos de su creación y aplicación, constituye una tarea que no puede ser cumplida si se renuncia al principal elemento de la superestructura jurídica, es decir, a las normas de conducta humana sancionadas por el Estado. La ley es la tipología por excelencia en esta demarcación.[81] La supremacía de la ley[82] fue asumida por los teóricos soviéticos como la premisa constitutiva del principio de legalidad socialista

---

de los explotadores (en la época en que las clases explotadoras no están todavía abolidas), alianza de la clase obrera con el campesinado, edificación del socialismo y del comunismo». Rosental e Iudin, 1964: 62.

75. Un estudio detallado sobre la naturaleza representativa de los soviets y el carácter popular de su poder en Koldáiev, 1979.
76. En los debates que precedieron a la aprobación de la Constitución de la URSS de 1936, es destacable el criterio proseguido por Stalin sobre la importancia de la ley en el ordenamiento jurídico y la necesidad de mantener una estricta singularización de su órgano creador. En el informe ante el VIII Congreso Extraordinario de los Soviets de la URSS, pronunciado el 25 de noviembre de 1936, en entonces líder soviético indicó: «hay una adición al artículo 40, que propone se conceda al Presídium del Soviet Supremo el derecho de promulgar actos legislativos provisionales. Yo considero que esta adición es desacertada y no debe ser aprobada por el Congreso. Hay que acabar con eso de que no sea uno solo sino varios los organismos que legislan. Esa situación contradice al principio de la estabilidad de las leyes. Y la estabilidad de las leyes nos es ahora más necesaria que nunca. El poder legislativo en la URSS debe ser ejercido por un solo organismo: el Soviet Supremo de la URSS». Stalin, 1937: 17.
77. En los países socialistas, según Manov, la ley expresa la voluntad de los trabajadores y es la fuente fundamental de derecho, a la que deben estar subordinadas todas las normas de derecho establecidas por otras fuentes. *Cfr*. Manov, 1981: 578. Para Zhidkov, «en el Estado socialista, la ley es el acto que regula las relaciones sociales más importantes y establece las normas jurídicas que sirven de base a todas las demás normas legislativas. Estas propiedades de la ley se deben a que la adopta el órgano representativo superior del poder del Estado o directamente el pueblo en referendo». Zhidkov, 1980: 336.
78. Un concepto exhaustivo de la ley en el ideario jurídico soviético fue aportado por Shebánov: «la ley en la URSS es una disposición normativa aprobada por el órgano supremo de poder estatal, por el Soviet Supremo de la URSS, de acuerdo con el orden establecido; la ley es la expresión directa de la voluntad, organizada y dirigida por el Partido Comunista, del pueblo soviético encabezado por la clase obrera, posee fuerza jurídica suprema respecto a las ordenanzas de los demás organismos estatales y regula las relaciones básicas, determinantes». Shebánov, 1963: 261.
79. Tumánov, s/a: 248.
80. *Cfr*. Popovitch, 1948: 1187
81. *Cfr*. Kudriávtsev, 1983: 12.
82. A efectos de la naturaleza y la jerarquía de las leyes en el ordenamiento jurídico soviético, estas fueron subdivididas en leyes constitucionales, es decir, la Constitución y sus leyes de reforma o enmienda, y leyes ordinarias, esto es, el resto de las leyes. *Cfr*. Grigorián y Dolgopólov, s/a: 15 y ss.

y uno de los parámetros indispensables del régimen político democrático, única forma interna posible del Estado socialista.[83]

La democracia socialista implicó la necesidad de una nueva legalidad,[84] cuyos cimientos comenzaron a ser delineados, tal y como acotara Lavigne, con la articulación de la legalidad revolucionaria que opusieron los artífices del Estado soviético al viejo orden jurídico burgués desde el año 1917,[85] pero tal correlación no era posible si esta última se calificaba como un simple requisito de obediencia a la ley. Por el contrario, la legalidad, en su condición de principio, se erigió como un criterio rector de la actividad del Estado, tanto en su funcionamiento como en su interacción con la sociedad; al decir de Jawitsch, «como un principio realmente universal para el funcionamiento de las organizaciones estatales y sociales, funcionarios y ciudadanos, en otras palabras, como un régimen espacial que trasciende las relaciones sociales y la conciencia social».[86] Visión de la legalidad que informó la redacción del artículo 4 de la Constitución soviética de 1977, al disponer que el Estado soviético y todos sus órganos actúan sobre la base de la legalidad socialista aseguran el orden jurídico y la protección de los intereses de la sociedad y de los derechos y libertades de los ciudadanos.

El afianzamiento de la legalidad socialista estuvo íntimamente entrelazado con la dinámica de elevación de la eficacia del derecho a través de la creación de instituciones jurídicas que dieran respuestas cabales a las necesidades regulativas de la sociedad socialista. No era posible el cumplimiento absoluto de la ley si existe discordancia con la realidad sociológica del momento histórico en que estaba llamada a regir. La legalidad socialista implicó entonces un canon de progreso de la regulación jurídica a través de la conjugación de la moral comunista y de los principios fundamentales del

83. La supremacía de la ley fue definida por la doctrina soviética en atención a dos parámetros de expresión básicos, a saber: 1) la incuestionabilidad de la ley de la URSS, lo que significó que la ley fuera de cumplimiento incondicional y que ningún órgano fuera del Soviet Supremo de la URSS pudiera derogarla ni suspender su vigencia y, por el contrario, la ley de la URSS podía abrogar cualquier regla fijada por un organismo inferior; 2) la correspondencia obligatoria de los actos de todos los organismos estatales inferiores a la ley de la URSS; las disposiciones jurídicas refrendadas en otros actos del Estado, que no fueran la ley, debían basarse en las leyes y reflejar con precisión sus estipulaciones. *Cfr*. Kudriávtsev, 1983: 24.

84. Resulta imprescindible entender tal cadencia de pensamiento de la mano de sus forjadores. Por este motivo, y a fin de ganar claridad en el análisis, deviene necesario reproducir las ideas de Stučka al respecto: «Mi consigna era y sigue siendo todavía hoy *revolución y legalidad revolucionaria*. Para el Estado burgués, pues, el cuadro está claro: en *la letra de la ley* está el fetichismo de la legalidad; de la legalidad en general, porque se trata *solamente* de la *ley burguesa*. Se considera con desconfianza toda ley nueva: ¿es conveniente para la burguesía? Este es el concepto de legalidad que nos ha llegado; no el concepto de *legalidad revolucionaria*. La *legalidad revolucionaria* es algo muy distinto. No se contrapone en absoluto a la revolución, no es un *freno a la revolución* en su conjunto. Puede parecer un freno sólo a quien está enfermo de izquierdismo inútil e inoportuno. La esencia de la revolución proletaria consiste en que su *victoria* y la instauración de la dictadura proletaria entregan a la revolución un *nuevo y poderoso instrumento*: el poder estatal; y el ejercicio del poder estatal consiste, por una parte, precisamente en la promulgación de la ley, en la posibilidad de influir en el decurso de los acontecimientos y ante todo en la lucha de clases *de una manera organizada*, *por medio del derecho*: Dictadura del proletariado no significa cese de la lucha de clases, sino *continuación de la lucha de clases en una forma nueva y con nuevos medios*». Stučka, 1974: 337-338.

85. *Cfr*. Lavigne, 1980: 6-10.

86. Jawitsch, 1988: 212.

derecho socialista. Entre otros tantos factores, la incidencia de la legalidad socialista en el perfeccionamiento de las regulaciones jurídicas justificó su conceptualización como principio de la vida sociopolítica, a la par que un método de dirección estatal de la sociedad, y no mecánicamente como el imperativo de la autoridad de la ley.[87]

Resumidamente, el principio de legalidad socialista[88] entrañó en el pensamiento teórico soviético la valoración de que la ley ha de cumplir con las exigencias siguientes: a) correspondencia con los principios básicos del sistema socialista y el nivel alcanzado en el desarrollo económico y político; b) comprensión –con suficiente plenitud– de todas las esferas y problemas importantes de la vida de la sociedad y el Estado requeridos de reglamentación jurídica; c) desarrollo y perfeccionamiento continuos con el propósito de reflejar de forma adecuada el desarrollo social, lo que genera un problema sumamente complejo respecto a la exacta correlación de la estabilidad y el dinamismo en el derecho; d) promulgación mediante un procedimiento democrático que asegure amplias oportunidades para la iniciativa legislativa de los organismos públicos y organizaciones sociales competentes, una redacción minuciosa del proyecto de ley sobre la base de todos los datos prácticos y científicos imprescindibles, un libre debate del proyecto en instancias legislativas y, en casos especialmente importantes, por varios sectores de la población; y, e) desde el punto de vista técnico-jurídico, debe ser accesible y clara para su comprensión por los más vastos sectores populares y, a un tiempo, poseer la precisión jurídica que asegure su correcta y uniforme aplicación.[89]

Es de destacar que una de las manifestaciones concretas de la legalidad socialista fue la del establecimiento de los tipos de fuentes formales del derecho con operatividad en el ordenamiento jurídico. El régimen de legalidad en el ámbito de la creación del derecho exige la observancia de las reglas que definen la correlación existente entre las diferentes fuentes formales. Evidentemente, una de las expresiones sustanciales de los nexos intrasistémicos entre las fuentes formales del derecho es el criterio de jerarquía. La jerarquización del sistema de fuentes formales denota las diferencias entre el vigor jurídico de los elementos que lo conforman. Así, las relaciones de correlación se exteriorizan en la absoluta supremacía de las leyes constitucionales respecto a todas las normas jurídicas que integran el ordenamiento y en la alta jerarquía de las leyes ordinarias, solo inferiores a las primeras.

3.2. Los principios como directrices ideológicas

En el pensamiento marxista, la utilización primigenia del concepto *principios del derecho* se debe a Engels.[90] En ese primer esbozo, de constante presencia en la fisonomía del derecho socialista soviético, se alude a las ideas proposicionales relacionadas con

87. *Cfr*. Zivs, 1987: 120.
88. *Cfr*. Trubin, 1976.
89. Kudriávtsev, 1983: 24-25.
90. *Cfr*. Engels, 1984: 492.

cualquier elemento de la superestructura jurídica. En otras palabras, los principios del derecho constituyen en esta senda de reflexión los componentes neurálgicos de la superestructura jurídica, informadores de la conformación de la conciencia jurídica, de la legalidad, de la administración de justicia, etc., y que se refieren tanto al fundamento social (general) del derecho, como a los fundamentos jurídicos (específicos) de los procesos que en él tienen lugar.

La naturaleza superestructural de los principios del derecho, que en la cadencia marxista se denota por el condicionamiento material y por las leyes de la formación socioeconómica dada, los diferencian de los principios de la naturaleza y presuponen su carácter ideológico, pues constituyen un reflejo de la base económica en la esfera de las relaciones sociales volitivas que –inevitablemente– expresan los intereses de determinadas clases, con especial desempeño en la conciencia social y en la lucha ideológica.[91]

La forja del derecho socialista soviético tiene su génesis en la Revolución de Octubre, y muestra, como aspiración fundamental, la de abolir el sistema de derecho burgués y sustituirlo por un nuevo orden inspirado en el socialismo marxista. No obstante, el efecto real de las reformas acaecidas como parte de este movimiento de transformación se limitó, esencialmente, a la imposición de determinados principios ideológicos al remanente jurídico occidental heredado por el movimiento revolucionario.[92] Esta propensión a la principialización fue observada por Hazard como un punto de semejanza con los sistemas de corte civilista, en el entendido de que ambos sistemas muestran afinidad por principios generales, preferencia por el derecho recogido en códigos y similar forma de interpretación judicial.[93]

En un interesante trabajo de Engels y Kautsky, se estableció una especie de sinonimia entre la *concepción jurídica del mundo* y la *concepción burguesa del mundo*, ambas contrarias a la *concepción cristiana del mundo*.[94] Dicha identificación fue condicionada a la existencia de un aparato estatal apologeta de los intereses rectores de la clase triunfante en los movimientos revolucionarios de la modernidad. Con esta idea de base, los estudios soviéticos posteriores, en especial los de Stučka y Višinsky,[95] enfrentaron dicha *concepción jurídica del mundo* a la *concepción proletaria o comunista del mundo*. En el año 1918, Stučka afirmó que se hacía más necesaria la existencia de comunistas que de juristas,[96] lo que evidencia una fuerte simpatía hacia la trasmutación de las concepciones jurídicas existentes por otras nuevas, tendentes a legitimar el proceso revolucionario del proletariado, para lo cual sólo contaban sus artífices. Entre ellos, Lenin como su máximo exponente y quien –con algunas máximas dispersas de

91. *Cfr.* Jawitsch, 1988: 125.
92. En uno de sus trabajo Ajani llegó a sostener que «durante la era socialista, y a pesar de las declamaciones sobre la *originalidad del derecho socialista*, se tomaban prestados modelos occidentales, aun si una academia jurídica meticulosa los camuflaba, o si los jueces no eran conscientes de su origen». Ajani, 1995: 94
93. Hazard, 1965: 288.
94. Engels-Kautsky, 2001: 27-41.
95. *Cfr.* Višinsky, 1948: 5-37.
96. Stučka, 1974: 239.

los clásicos– propugna la supeditación de la ciencia del derecho a las exigencias de la realidad social como idea central.

En sentido técnico, el correlato de la implementación de las bases marxistas en las expresiones jurídicas por parte de los soviéticos, no concluyó con la creación de un plexo originario de instituciones o categorías novedosas. Por el contrario, se impuso una constante relectura ideologizada de las figuras jurídicas ya delineadas por los estudios jurídicos occidentales, en algunos casos al compás de fuertes tergiversaciones; aspecto que resumió Schlesinger al escribir que «en los varios campos de la actividad política del Estado soviético domina la conveniencia sobre los principios eternos del derecho».[97] La simbiosis entre una nueva ideología y una práctica jurídica consolidada significó, como resaltó John H. Merryman, la fundación de «una tradición joven, vigorosa, que aún demuestra su índole esencialmente híbrida».[98] Esta relectura ideologizada arrojó, bajo la denominación de principios jurídicos, las tesis rectoras del derecho socialista, sus postulados básicos, expresivos de leyes, tendencias y necesidades objetivas de la sociedad y definitorios de la esencia de todo el sistema, de una de sus ramas o de una institución jurídica puntual y que, por haber estado jurídicamente refrendados, tuvieron vigencia general obligatoria.[99]

Consecuentemente, las estructuras principialistas, como reflejos del impacto de la ideología en la concepción de la armazón de las fuentes materiales y formales, fueron una constante en la fisonomía del derecho soviético. El carácter alternativo con que se pretendió legitimar a todas las construcciones jurídicas de esta nueva cultura, obligó a sistematizar las pautas generales que debían fungir como brújulas en el camino a seguir para dejar atrás a la vieja sociedad burguesa y dar paso a la sociedad comunista; situación que movió la puntualización ilustrativa de Zivs alusiva a que el desarrollo de la legislación soviética se caracteriza por el constante crecimiento del nivel de las generalizaciones normativas.[100] En análoga dirección, Frondizi hizo notar que «la estructura de la Constitución soviética es radicalmente distinta a la que estamos acostumbrados a ver en los países occidentales», en medida no despreciable porque «se basa más que en supuestos jurídicos, en supuestos económico-sociales».[101] Estas pautas generales también definieron la legitimidad y la continuidad de la experiencia socialista, siempre inclinadas a denotar su singularidad. Ioffe se manifestó a favor de dicha singularidad al precisar que existen una serie de principios y postulados fundamentales peculiares del derecho soviético en todas sus etapas, «inherentes a su propia naturaleza, determinada

97. Schlesinger, 1928: 100.

98. Merryman, 1971: 18. Un poco más adelante este autor recalcó: «la actitud socialista es que todo derecho es un instrumento de la política económica y social, y que las tradiciones del derecho común y del derecho civil reflejan básicamente una sociedad, una economía y un gobierno capitalistas, burgueses, imperialistas, explotadores. En la percepción de los socialistas, nuestro sistema legal incorpora y perpetúa un conjunto de metas e ideales que ellos consideran social y económicamente injustos». Merryman, 1971: p. 20. Además *vid* Merryman y Pérez Perdomo, 2007: 52 y ss.

99. *Cfr.* AA.VV, 1987: 18.

100. Zivs, 1987: 120.

101. Frondizi, 1979: 257.

por el carácter y la esencia de la revolución socialista y el Estado de la dictadura del proletariado».[102]

Por esta razón, toda mención a los principios en la doctrina de los teóricos socialistas desdeña la dimensión técnica que estos suponen. Incluso, no se plantean la cuestión principial como derivación de una teoría de las normas que niegue la existencia exclusiva de reglas en el ordenamiento jurídico. Solamente es posible referirse a los principios en este entorno si se atiende al impacto que en el desarrollo de las relaciones jurídicas pueden tener las directrices políticas[103] e ideológicas trazadas por el Estado.[104] Además, la intencionalidad de dotar a los principios de un contenido axiológico fue supeditada a la conjugación de una nueva moral acorde con los parámetros de la sociedad socialista y su avance hacia el comunismo. Estos parámetros fueron recogidos en el código moral de los constructores del comunismo delineado por el Partido Comunista de la URSS,[105] incluso se establecieron como presupuestos para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes legalmente reconocidos, tal y como se desprende del artículo 5 *in fine* del Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, de 11 de junio de 1964, al disponer que –en virtud de esos cometidos– los ciudadanos y las organizaciones deben observar los principios morales de la sociedad que construye el comunismo.

En esta última perspectiva se pronunciaron Venguérov y Danilévich:

> «La fuente del Derecho soviético son los principios de la moral socialista. Sus normas son profundamente morales por el contenido. Y las normas de la moral coinciden, como regla,

102. Ioffe, 1960: 15.

103. El impacto de la política en las construcciones jurídicas fue una variable constante en el enfrentamiento de la teoría occidental y la soviética. Lo relativo a la definición del derecho como un conjunto de expresiones volitivas de la clase dominante condicionó, entre otros tópicos, el relativo a la legitimación de la justicia. Como es conocido, la justicia se presenta como uno de los elementos condicionantes del pensamiento principialista, razón por la cual su politización puede incidir notablemente en la concepción que sobre los principios se tenga en un ordenamiento jurídico determinado. En el caso soviético, como ya se dijo, la hiperpolitización del derecho condujo a un entendimiento de los principios absolutamente condicionado por factores políticos. Una referencia ilustrativa sobre el tema fue presentada por Calamandrei, quien al afrontar la cuestión de la crítica marxista al concepto burgués de justicia concluyó que «los marxistas acusan a la justicia *burguesa* de ser un instrumento de lucha política de la que se sirve la clase dominante para mantenerse en el poder, hacen un reproche que si bien es fundado en parte, puede volverse en su contra con mayor razón, toda vez que en la dictadura del proletariado, la justicia se jacta abiertamente de constituir un arma de lucha política para la defensa del socialismo, con la sola diferencia de que en el sistema occidental de la legalidad, la política puede llegar hasta el juez, pero siempre por infiltración capilar, o sea, depurada y moderada a través de la pantalla porosa de la ley». Calamandrei, 1960: 135.

104. Este asunto ha sido tratado en reiteradas oportunidades por la doctrina especializada como una de las manifestaciones de la fortísima actividad ideológica realizada por el Estado soviético. Entre otros autores, *vid* Schlesinger, 1951: 1-17; y Guins, 1954: 36-46.

105. En uno de los apartados del Programa del Partido Comunista de la Unión Soviética se lee los siguiente: «En el proceso de transición al comunismo se acrecienta más y más el papel de los principios morales en la vida de la sociedad, se amplía la esfera de acción del factor moral y, proporcionalmente, disminuye el significado de la ordenación administrativa de las relaciones entre los individuos. El Partido estimulará, en todas sus formas, la autodisciplina consciente de los ciudadanos, que comporta el robustecimiento y desarrollo de las normas básicas de la convivencia comunista». Academia de Ciencias de la URSS, 1963: 610.

con las prescripciones e interdicciones jurídicas existentes en nuestra legislación, vigorizándolas sustancialmente. Cuando no existe coincidencia perfecta suele perder la norma jurídica, que deja de aplicarse y se convierte en letra muerta».[106]

Dicho pensamiento informó la redacción del artículo 69, apartado 2, de la Constitución de la URSS de 1936, según el cual sus ciudadanos tienen la obligación de observar la Carta Magna y las leyes soviéticas, de respetar *las reglas de vida en la sociedad socialista* y de llevar dignamente el título de ciudadano de la URSS.[107] Similar proceder regulativo utilizó el constituyente en el artículo 59 del texto de 1977, sustituyendo la fórmula de referencia por la de *normas de convivencia socialista*. Como se puede apreciar en ambos casos, los preceptos atribuyen vinculación jurídica a los patrones de vida propios de la sociedad socialista,[108] lo que puede entrañar una ruptura con cualquier vestigio de automatismo legal a fin de introducir construcciones netamente sociológicas; función que cobra sentido en el hecho de que la ya aludida meta de dejar a un lado la tradición jurídica de raigambre burguesa implicó la posibilidad de incurrir en constantes situaciones de vacíos y contradicciones regulativas, lo que hizo del todo factible concebir pautas que potencialmente pudieran suplir estos desperfectos, a la vez que fungir como guías de todo proceso creativo futuro. No obstante, es imposible negar que la materia prima fundamental en la forja de estos arquetipos principialistas fueron la política y la moral[109] por ella delineadas, en lo tocante tanto a su costado práctico como a su base ideológica.[110]

En corolario, la principialización, con base en las doctrinas marxistas y en la realidad socioeconómica de los países integrantes del campo socialista, fue la opción escogida para diferenciar al *nuevo derecho* de los rezagos capitalistas precedentes e implícitos en disímiles instituciones jurídicas, visualizado como un estadio ineludible de coordinación de las relaciones sociales sobre la base de paradigmas no enajenantes y no fetichizantes, pero eventualmente llamado a la desaparición pues, al tenor del asentamiento de la dictadura del proletariado, resulta innecesario de acuerdo con las formas sociales de vida que ya habían sido proyectadas en la doctrina.

El afloramiento de los ejercicios diferenciadores de la producción jurídica soviética con respecto a la occidental, tanto la de raigambre continental como la anglosajona, tuvo su afianzamiento definitivo, según la apreciación de Burlatski, a partir de la

106. Venguérov y Danilévich, A, 1987: 35. Contra este absolutismo moral reaccionaron Kudriávtsev y Lukásheva, para quienes «renuncia a los principios jurídicos elementales y su pisoteo tuvieron graves consecuencias políticas, sociales y morales para nuestra sociedad. El derecho está unido indisolublemente con la moral, debe propagar las ideas de la libertad y la dignidad humana, contribuyendo al logro de la justicia social. El menosprecio del derecho priva al socialismo de la moral, de sus valores y principios fundamentales, conduciendo ineluctablemente a la deformación del régimen socialista, lo que a su vez engendra la arbitrariedad». Kudriávtsev y Lukásheva, 1991: 12.

107. *Cfr*. Sánchez Agesta, 1975. *Vid* al respecto Chirkin: 64. Además, Kudriávtsev, Lukiánov, y Shajnazárov, 1982, voz: *reglas de vida socialista*.

108. *Cfr*. Fedoséev, 1978: 83-109.

109. *V. gr*., Ministerio de Justicia de la República de Cuba, 1987.

110. *Cfr*. Denisov y Krichenko, 1959: 35 y ss.

década de los años treinta del siglo pasado;[111] momento de socialización de las directrices económicas, puntales a través de las cuales era posible argumentar una serie de divergencias localizadas en la superestructura social.

En lo que al derecho compete, la diferenciación consistió en el siguiente terceto de argumentos: mostrar que las sociedades socialistas se formaron sobre nuevos principios que exigían nuevas leyes; demostrar la superioridad del derecho socialista sobre el derecho capitalista; y, defender el derecho socialista contra las acusaciones hechas en el mundo occidental referidas a que este ni siquiera podía considerarse derecho. El despliegue de estos argumentos posibilitó una construcción conceptual del derecho socialista que viabilizó el esquema de sus principios inherentes.

Con propensión extendida, se entendió al derecho socialista como un tipo de derecho superior e históricamente inédito,[112] en razón de ser expresión de los intereses vitales de las masas trabajadoras y por contribuir a la transformación comunista de la sociedad. Mediante la utilización de un método de descripción empírica, se concibió al derecho socialista como el conjunto de normas de naturaleza jurídica que, en su esencia, cumpliera los requisitos[113] siguientes: a) expresión de la voluntad, encauzada por el Partido Comunista, de la clase obrera y de los otros trabajadores que esta dirige;[114] b) contribución a la consolidación y desarrollo de un orden facilitador de la edificación del socialismo y el comunismo, de acuerdo con las leyes objetivas de la dialéctica histórica; c) implementación (o sanción) por los órganos competentes del Estado socialista;[115] y, d) protección alcanzada en virtud de medidas coercitivas estatales, basadas en el convencimiento de la mayoría de los trabajadores y en la fuerza de su opinión pública.

Ahora bien, un sector muy amplio de la escuela soviética no circunscribió la naturaleza del derecho a las resultantes de la antedicha descripción empírica.[116] En la negación de esta especie de normativismo se encuentra la posibilidad ontológica de los denominados principios fundamentales del derecho socialista, llamados a cumplimentar las líneas de distinción y legitimidad, además de fungir como posibles arquetipos normativos para salvar lagunas o resolver antinomias.

Dos ejemplos notables lo constituyen la concepción de la *realidad jurídica* de Zimánov y la *intelección amplia del derecho* sostenida, entre otros autores,[117] por el jurista húngaro Imre Szabo. Para el primero, la *realidad jurídica* engloba no sólo a las normas jurídicas, sino también a todo el conjunto de sus nexos directos y mediatos con los diversos aspectos de la vida social y la situación que se configura a consecuencia de la aplicación y evolución de las normas. En esta cadencia, la esfera de la normatividad

111. *Cfr*. Burlatski, s/a: 42 y ss. También *vid* Vasíliev, 1987, 81-92.
112. *Vid* Galperin y Koroliov, 1974: 24 y ss; Borísov, 1977: 47 y ss; y Zhidkov, 1980: 323-331.
113. *Cfr.* Alexandrov, 1963: 186.
114. *Cfr*. Bikov y Lajnó, 1989, pp. 7 y ss. El contenido de esa voluntad viene determinado, en última instancia, por las condiciones de su vida material y este condicionamiento fue desarrollado, muy brevemente, por Lesage, 1975: 9 y ss.
115. *Cfr.* Topornin, 1978: 63-96.
116. Un estudio sistematizado en Kerímov, 1981: 54 y ss.
117. *V. gr.*, Nersesiants, 1983; Manov, 1981: 564 y ss; Yavich, 1985: 109 y ss.

rebasa la realidad jurídica,[118] se forman las condiciones reales para un estudio múltiple y más profundo de la esfera objetiva del derecho y la posibilidad de deducir amplias síntesis teóricas y conclusiones fundamentales. Esta ampliación analítica trajo como consecuencia la principialización jurídica.[119]

Además, Szabo concluye que el derecho es una unidad compleja de relaciones jurídicas, normas de derecho y conciencia jurídica, y que la ausencia de algunos de estos componentes estructurales menoscaba sensiblemente su noción. También destaca que la *intelección amplia del derecho* no trata de minimizar la importancia de la dimensión de la normatividad jurídica, sino de comprender su insuficiencia para conceptualizar un fenómeno social clasista tan rico y amplio como el derecho.[120] Encuadramientos teóricos que posibilitaron la legitimación de los principios fundamentales del derecho socialista, los cuales fueron asumidos como expresiones de la dirección general y los rasgos esenciales de la regulación jurídica socialista de las relaciones sociales.[121] En palabras de Zhidkov, dichos principios «encuentran expresión objetivada en las normas jurídicas y, ante todo, en los documentos constitucionales».[122] Los principios, como desprendimientos de este enfoque de ontología jurídica, proporcionan diversas posibilidades para formular recomendaciones fundamentadas y orientadas a convertir el derecho en un medio más eficiente de administración social y de actividad de grupos sociales e individuos y, como acentuara Fárberov, «para determinar la formas óptimas de influencia del Estado sobre el desarrollo de las relaciones sociales»,[123] pues un encuadramiento principialista del derecho cataliza su influencia «sobre la vida de la sociedad socialista desarrollada y contribuye a que funcione con la máxima eficacia en beneficio de la construcción comunista».[124]

Los principios podían adoptar formas de manifestaciones explícitas e implícitas. Los explícitos, expresados en fórmulas únicas, generalmente tuvieron asiento de positivación en las Constituciones de los países socialistas; mientras, los implícitos, menos aludidos en la doctrina, hacían referencia a los que se derivaban del contenido de disímiles normas concretas, como resultante de sus rasgos esenciales.[125] Esta última circunstancia fue detallada por el propio Zhidkov:

«Dichos principios, que caracterizan el Derecho de determinado tipo histórico, en este caso el socialista, no pueden revelarse en plena medida en cada norma por separado, sino que se plasman en la totalidad de éstas, en el sistema de normas jurídicas en su conjunto».[126]

118. *Vid* también Mamut, 1991: 85-104.
119. *Cit. pos.*, Kerímov, 1981: 66-67.
120. *Cfr.* Szabo, 1974: 36 y ss.
121. Alexandrov, 1963: 187.
122. Zhidkov, 1980: 328.
123. Fárberov, 1974: 23.
124. Ídem: 33-34.
125. *Cfr.* Lázarev, 1972: 25 y ss. También *vid* Lázarev, 1975: 55 y ss.
126. Zhidkov, 1980: 328.

Es igualmente importante resaltar que el entendimiento de estos principios estuvo sustentado por variables históricas y sociológicas,[127] es decir, no se les cataloga de inertes, al admitirse su desenvolvimiento en sintonía «con la sociedad socialista, revelándose con nuevas facetas en su dinámico sistema jurídico en desarrollo».[128] Consiguientemente, si bien reflejaron las leyes objetivas esenciales de la edificación socialista, comunes a los países que asumieron esa senda, entrañan diferencias en sus formas enunciativas; divergencias que constituyen un retrato de las peculiaridades históricas de cada país en su evolución. No obstante, esta contingencia carece de entidad suficiente para desconocer que la realización de los principios debe ser constitutiva de una necesidad objetiva que cumplimentara, como se adelantó *supra*, posibles desfases normativos en relación con la conciencia jurídica socialista o con las exigencias políticas y socioeconómicas, o bien vacíos o contradicciones en el ordenamiento jurídico igualmente salvables a través de su aplicación. Esta perspectiva ha sido también esbozada en negativo, en el sentido de que ninguna política incidental o regulación jurídica puntualizada podía desconocer la objetividad de los predichos principios.

Con la finalidad de ilustrar las variables desarrolladas, se hace pertinente sistematizar algunos de los principios frecuentemente especificados en la doctrina soviética[129] y localizar su positivación en la Constitución de 1977.

Principio de soberanía del pueblo (artículo 2), su contenido refrenda que el derecho socialista soviético de todo el pueblo expresa la voluntad y los intereses de los obreros, los campesinos y los intelectuales, de los trabajadores de todas las naciones y etnias de la URSS; *Principio democrático* (artículo 9), regulado en conjugación con el fortalecimiento de la base jurídica de la vida estatal y social, su contenido, sustancialmente diferenciado de los contornos de la democracia burguesa, garantiza la realización de la participación política de las masas trabajadoras, y no de una minoría explotadora, en la creación del derecho de la sociedad socialista soviética; *Principio de igualdad de derechos* (artículo 34), cuyo contenido denota, como peculiaridad del derecho socialista, la igualdad de derechos en todos los sectores de la vida económica, política, social y cultura, sin ningún tipo de excepción provocada por criterios discriminatorios. La determinación de este principio está en la meta concebida por el Estado socialista soviético consistente en la satisfacción de las demandas materiales y culturales de los trabajadores; *Principio de la unidad indisoluble entre derechos y deberes* (artículo 59), su contenido refleja otra diferencia raigal con el derecho burgués, pues en la sociedad socialista soviética la igualdad de los ciudadanos no se manifiesta solamente en la titularidad de los derechos,

127. Al respecto consultar el ilustrativo estudio de Gorshénev, 1975: 28 y ss.

128. Zhidkov, 1980: 331. En un texto programático, en referencia al ámbito constitucional se lee lo siguiente: «algunos principios, tomados por la Constitución de la URSS de 1977 de la Constitución de 1936, o trasladados de la legislación corriente a la Constitución, se formulan de modo que garantizan en medida mucho mayor la legalidad, el democratismo y el humanitarismo de la justicia soviética». Instituto del Estado y el Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS, 1984: 36.

129. *Cfr*. Zhidkov, 1980: 328-331; Alexandrov, 1963: 186-197; Jawitsch, 1988: 123-144; y Kenenov, 1988: 175-178.

ya que también incluye la asunción de deberes frente al Estado y la sociedad. Este principio guarda estrecha relación con la institución de los límites en el ejercicio de los derechos, positivada en el artículo 39 del texto constitucional de referencia, en virtud del cual «el uso de los derechos y libertades por los ciudadanos no puede lesionar los intereses de la sociedad y del Estado, ni los derechos de otros ciudadanos»; *Principio de internacionalismo socialista* (artículo 69), incardinado en el derecho internacional público, su contenido dispone la naturaleza internacional del socialismo en negación del aislamiento y la hostilidad con los pueblos, además de la contribución del Estado soviético a los procesos de construcción del comunismo en el mundo; y, *Principio de humanismo*, que transversaliza toda la regulación jurídica y constituye una cualidad incuestionable del derecho socialista, configurada sobre la base de los valores humanos universales, cuya realización en el socialismo es totalmente plena, lo que garantiza un auténtico florecimiento de la personalidad.

El análisis realizado, complementado con la ejemplificación precedente, canaliza –en el discurso soviético sobre las fuentes del derecho– el principialismo inherente a la teoría jurídica marxista. Si bien el estatalismo con que fue concebido el sistema de fuentes formales en estos predios concluyó con un reconocimiento absoluto e indeclinable de la ley, ello no fue óbice para que la doctrina mostrara conformidad con la existencia objetiva de principios llamados a guiar la actividad jurídica en la sociedad socialista en tránsito hacia el comunismo. Estos principios, si bien suponían la vocación de ser aplicados ante vacíos o contradicciones en el ordenamiento jurídico, no fueron desarrollados teóricamente desde su dimensión normativa, pues la tendencia siempre estuvo signada por el reconocimiento de un contenido político y moral que, puesto en contextos históricos y sociológicos, fungió como estándar de constante legitimación de una ideología divergente a la ideología burguesa.

4. UNA NOTA FINAL

Las reflexiones soviéticas relativas a los principios, expresivas de los derroteros asumidos por las construcciones teóricas socialistas sobre el fenómeno jurídico, siguieron cauces marcadamente diferenciados a los desarrollados por la teoría jurídica occidental. A diferencia de esta última, la doctrina socialista soviética, inspirada en las tesis del marxismo, recreó una concepción preponderantemente ideologizada de los mismos. Desde un posicionamiento relativo a las fuentes formales del derecho de naturaleza estatalista, que ponderó enfáticamente a la ley, fueron dotados de un rol director en la construcción de la sociedad comunista, en desatención de la dimensión normativa que los caracteriza, la que solo tuvo una expresión mínima mediante la aplicación de los principios de la vida socialista, específicamente en las actividades de interpretación jurídica.

Fueron estas premisas las que condujeron a la pretensión de concebir principios nuevos, que negaran los vestigios del derecho burgués y significaran la esencia, las funciones y los fines del nuevo derecho socialista, llamado eventualmente a desaparecer

como correlato de la extinción de la explotación clasista. En esta dirección, los principios quedaron concebidos de forma casi exclusiva como preceptos que, segregados de la conciencia jurídica socialista, estaban llamados a legitimar los cauces políticos, económicos y sociales del Estado socialista.

BIBLIOGRAFÍA

Academia de Ciencias de la URSS, 1963: *Programa del Partido Comunista de la Unión Soviética*. Moscú: Progreso.

Academia de Ciencias de la URSS, 1988: *Teoría del Estado y el Derecho*. Moscú: Progreso.

Ajani, G., 1995: «By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe» *American Journal of Comparative Law*, 43.1.

Alexandrov, N. G., *et al.*, 1963: *Teoría del Estado y del Derecho*. La Habana: Colegio de Abogados.

Alexéev, S., 1989: *El socialismo y el Derecho. El Derecho en la vida de la sociedad*. Moscú: Progreso.

Alexeiev, S. S., 1966: *Teoría general del Derecho soviético*. Moscú: Progreso.

Atienza, M., y Ruiz Manero, J., 2004: *Marxismo y Filosofía del Derecho*. México: Fontamara.

AA.VV., 1967: *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e alteri acritti*. Turín: Riuniti.

AA.VV., 1980: *Conocimientos básicos acerca de la Constitución soviética (Manual)*. Moscú: Progreso.

AA.VV., 1987: *Derecho civil soviético*, tomo I. La Habana: Pueblo y Educación.

AA.VV., 1987: *Derecho Comercial*. Moscú: Progreso.

AA.VV., 1988: *Teoría del Estado y el Derecho*. Moscú: Progreso.

Baimajánov, M., 1981: *Bases científicas de la creación del derecho soviético*. Moscú: Naúka.

Bellon, J., 1969: «El Derecho», en Saporta, M., y Soria, G., *Los dos colosos: Enciclopedia Comparada USA-URSS*. Barcelona: Librería Editorial Argos.

Berman, H. J., 1967: *Justicia en la U.R.S.S.* Barcelona: Ariel.

Bikov, A., y Lajnó, P., 1989: *El Derecho y el mecanismo económico en la URSS*. Moscú: Progreso.

Bobbio, N., 1978: *Teoría del Derecho y Sociología del Derecho en Marx*. México: Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N., y Bovero, M., 1986: *Sociedad y Estado en la filosofía política moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*. México: Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N., 1998: *Teoría general del Derecho*. Madrid: Debate.

Bodenheimer, E., 1952: *Impasse of Soviet Legal Philosophy*, 38 Cornell L. Rev. 51.

Borísov, V., 1977: *Orden jurídico en el socialismo desarrollado*. Sarátov: Editorial de la Universidad.

Bratús, S., 1974: *Creación del Derecho en la URSS*. Moscú: Yuridícheskaya Literatura.

Burlatski, F., s/a: *El Estado y el comunismo*. Moscú: Progreso.

Calamandrei, P., 1960: *Proceso y democracia. Conferencias. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Castán Tobeñas, J., 1947: *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto de Derecho*. Madrid: Reus.

Cerroni, U., 1972: *La libertad de los modernos*. Madrid: Ediciones Martínez Roca.

Chambre, H., 1966: *El marxismo en la Unión* Soviética. Madrid: Tecnos.

Chirkin, V., 1985: *Constitucional Law and Political Institutions*. Moscow: Progress Publishers.

Denisov, A., y Krichenko, M., 1959: *Derecho constitucional soviético*. Moscú: Lenguas Extranjeras.

Draper, H., 1977: *Karl Marx's Theory of Revolution, vol. I, State and Bureaucracy*. New York: Monthly Review Press.

Engels, F., 1976: «Carta a Conrad Schmidt, de 27 de noviembre de 1890», en Marx, C., y Engels, F., *Obras Escogidas* (en 3 tomos), tomo 3. Moscú: Progreso.

Engels-Kautsky., 2001: *Trabajos escogidos*. México: Fondo de Cultura Económica.

Escamilla, J., 1991: *El concepto del Derecho en el joven Marx*. México: Ediciones Armella.

Fárberov, N., 1974: *Problemas actuales de la teoría del Estado soviético*. Moscú: Progreso.

Fassó, G., 1996: *Historia de la Filosofía del Derecho* 3. *Siglos xix y xx*. Madrid: Ediciones Pirámide.

Fedoséev, P., 1978: «La Constitución de la URSS y el modo de vida socialista», en AA.VV., *La Constitución de la URSS: la teoría y la política*. Moscú: Academia de Ciencias de la URSS.

Fernández Bulté, J., 2005: *Filosofía del Derecho*. La Habana: Ediciones Félix Varela.

Frondizi, S., 1979: «Derecho soviético», en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Driskill.

Galperin, G., y Koroliov, A., 1974: *Cuestiones metodológicas y teóricas de la ciencia de la historia del Estado y el Derecho de la URSS*. Leningrado: Editorial de la Universidad.

Gorshénev, V., 1972: *Modos y formas organizativas de regulación jurídica en la sociedad socialista*. Moscú: Yuridícheskaya Literatura.

Gorshénev, V., 1975: *Jurisprudencia comparativa (recopilación de artículos)*. Moscú: Progreso.

Grigorián, L., y Dolgopólov, Y., s/a: *Fundamentos del Derecho Estatal soviético*. Moscú: Progreso.

Gsovski, V., 1938: «The soviet concept of Law», *Fordham Law Review*, 1.

Guastini, R., 1989: «Kelsen y Marx», en Correas, O., *El otro Kelsen*. México: UNAM.

Guins, G. C., 1954: *Soviet Law and Soviet Society*. Netherlands: Martinus Nijhoff-The Hague.

Hazard, J., 1965: «Socialist Law and the International Encyclopedia», *Harvard Law Review*, vol. 79, no. 2.

Höffe, O., 2004: *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*. México: Fontamara.

Instituto del Estado y el Derecho de la Academia de Ciencias de la URSS, 1984: *Bases Constitucionales de la Justicia en la URSS*. Moscú: Redacción Ciencias Sociales Contemporáneas.

Ioffe, O. S., 1960: *Derecho Civil soviético. Principios generales. La propiedad socialista. La personalidad jurídica. El contrato*. México DF: UNAM.

Izdebski, H., 1986 : «Les sources du Droit dans les pays socialistes européens (histoire, théorie, pratique)», *Revue internationale de droit comparé*, 1.

Izdebski, H., 1987: «La tradition et le changement en Droit. L´exemple des pays socialistes», *Revue internationale de droit comparé*, 39.

Jawitsch, L. S., 1988: *Teoría general del Derecho*. La Habana: Ciencias Sociales.

Kechekian, S. F., 1946: *Acerca del concepto de fuente de derecho*. Moscú: Universidad Estatal de Moscú, Trabajo de la Facultad de Derecho, edición 116, libro segundo.

Kelle, V., y Kovalson, M., 1963: *La conciencia jurídica. Formas de la conciencia social*. La Habana: Editora Política.

Kelsen, H., 1957: *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Buenos Aires: Emecé Ediciones.

Kelsen, H., 1982: *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. México: Siglo XXI Editores.

Kerímov, D., 1981: *Teoría general del Estado y el Derecho: materia, estructura, funciones*. Moscú: Progreso.

Kolakowski, L., 1983: *Las principales corrientes del marxismo*, tomo III, *La crisis*. Madrid: Alianza.

Koldáiev, V., *et al.*, 1979: *Los soviets, órganos del poder popular*. Moscú: Progreso.

Koranda, F., 1987: «El sistema político de la sociedad socialista de Checoslovaquia», en Balík, H., Koranda, F., y Kovárík, J., *Cuestiones escogidas del Estado y el Derecho*. Praga: s/e.

Krylenko, N. V., 1932: *Revoluzionoi Zakonovsty*. Moscú: Partisdat.

Kudriávtsev, V. N., Lukiánov, A. I., y Shajnazárov, G, J., 1982: *Constitución del País de los Soviets. Diccionario*. Moscú: Progreso.

Kudriávtsev, V., 1983: «La ciencia jurídica soviética hoy», en *El Derecho en el socialismo desarrollado* (XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas, 1982). Moscú: Academia de Ciencias de la URSS.

Kudriávtsev, V., *et al.*, 1988: *Introducción al Derecho soviético*. Moscú: Progreso.

Kudriávtsev, V., y Lukásheva, E., 1991: «Hacia el Estado socialista de derecho», en AA.VV., *El pulso de las reformas (reflexiones de juristas y politólogos)*. Moscú: Progreso.

Kulázhnikov, M., 1972: *Derecho, tradiciones y costumbres en la sociedad soviética*. Rostov: Editorial de la Universidad.

Lavigne, P., 1980: «*La légalité socialiste et le développement de la préoccupation juridique en Union Soviétique*», *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 3.

Lázarev, V., 1972: *Aplicación del derecho soviético*. Kazán: Editorial de la Universidad.

Lázarev, V., 1975: *Eficacia de los actos de aplicación del derecho (cuestiones de la teoría)*. Kazán: Editorial de la Universidad.

Lenin, V. I., 1984: «El Estado y la Revolución», en *Obras Escogidas*, tomo II. Moscú: Progreso.

Lesage, M., 1975 : *Le Droit soviétique* (Que Sais-Je). París: Presses Universitaires de France.

Livshits, R., 1987: «La política social y su mediatización jurídica», en AA.VV., *El sistema jurídico del socialismo*. Moscú: Ciencias Sociales Contemporáneas.

Luchin, V., 1987: «Referéndum y desarrollo de la autoadministración socialista del pueblo», en AA.VV., *El desarrollo de la democracia. Opiniones de juristas soviéticos*. Moscú: Progreso.

Lukashova, E., 1973: *Conciencia de justicia y legalidad socialistas*. Moscú: Yuridícheskaya Literatura.

Mamut, L., 1991: «La ciencia del Estado y el Derecho necesita una reforma radical», en AA.VV., *El pulso de las reformas (reflexiones de juristas y politólogos)*. Moscú: Progreso.

Manov, G., 1981: *Teoría marxista-leninista del Estado y el Derecho*. La Habana: Ciencias Sociales.

Marcuse, E., 1975: *El marxismo soviético*. Madrid: Alianza.

Marx, C., 1967: *Crítica a la Filosofía del Derecho de Hegel*. México: Grijalbo.

Marx, C., 1976: «La ley del divorcio», en Marx, C., y Engels, F., *Obras Escogidas* (en tres tomos), tomo 1. Moscú: Progreso.

Marx, C., 1977: *Crítica del Programa de Gotha*. Moscú: Progreso.

Marx, C., 1982: *Contribución a la crítica de la economía política*. Moscú: Editorial Progreso.

Marx, C., 1984: *Manuscritos económico-filosóficos*. Moscú: Progreso.

Marx, C., y Engels, F., 2007: *Manifiesto del Partido Comunista*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana.

Marx, C., y Engels, F., 2014: *La ideología alemana*. Madrid: Ediciones Akal, Madrid.

Merryman, J. H., y Pérez Perdomo, R., 2007: *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. California: Stanford University Press.

Michkievich, A. V., 1988: «Las fuentes (formas de expresión externa) del Derecho y la creación jurídica en el Estado socialista», en AA.VV., *Manual de Teoría del Estado y el Derecho*. La Habana: Editorial Pueblo y Educación.

Ministerio de Justicia., 1987: *Problemas de la ética Judicial*. La Habana: MINJUS.

Mondelo García, J. W., 2018: *Constitución y orden jurídico en la Revolución cubana*. Santiago de Cuba: Ediciones Oriente.

Naves, M., s/a: *Marxismo y Derecho: un estudio sobre Pašukanis*. Campinas: Instituto de Filosofía y Ciencias Humanas.

Nazarenko, E., 1968: *Conciencia de justicia socialista y creación del derecho socialista*. Kíev: Editorial Universitaria.

Nersesiants, V., 1983: «Correlación entre las normas jurídicas y no jurídicas», en *El Derecho en el socialismo desarrollado* (XI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Caracas, 1982). Moscú: Academia de Ciencias de la URSS.

Nersesiants, V., 1983: *Derecho y ley. Contribuciones a la historia de las doctrinas jurídicas*. Moscú: Naúka.

O'Connell, P., 2020: «Derecho, marxismo y método», *Revista Derechos en Acción*, 14.

Pašukanis, E. B., 1976: *Teoría general del Derecho y marxismo*. Barcelona: Labor Universitaria.

Pérez Luño, A-E., 2007: *Trayectoria contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Madrid: Tébar.

Popovitch, G., 1948: «La Constitución yugoeslava de 1946», en *La Ley*, 50.

Poulantzas, N., 1969: «Marx y el Derecho moderno», en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*. Córdoba: Pasado y Presente.

Poulantzas, N., 1979: *Estado, poder y socialismo*. México: Siglo XXI Editores.

Quigley, J., 1989: «Socialist Law and the Civil Law Tradition», *The American Journal of Comparative Law*, 37.

Razi, G. M., 1960: «Legal Education and the Role of the Lawyer in the Soviet Union and the Countries of Eastern Europe», *California Law* Review, 48.5.

Rosental, M., y Iudin, P., 1964: *Diccionario filosófico*. La Habana: Editora Política.

Ross, A., 1958: *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

Ruiz Manero, J., «Sobre la crítica de Kelsen al marxismo», en Correas, O., *El otro Kelsen*. México: UNAM.

Sánchez Agesta, L., 1975: *Los documentos constitucionales*. Madrid: Editorial Nacional.

Sánchez González, S., 1981: «El pensamiento jurídico-político de Karl Marx», *Revista de Derecho Político*, 11.

Schlesinger, M. L., 1928: *El Estado de los Soviets*. Barcelona: Labor.

Schlesinger, R., 1951: *Soviet Legal Theory. Its Social Background and Development*. London: Routledge & Kegan Paul LTD.

Shajnazárov, G., 1978: «Tendencias de desarrollo del sistema político del socialismo», en AA.VV., *La Constitución de la URSS: la teoría y la política*. Moscú: Academia de Ciencias de la URSS.

Shajnazárov, G., 1979: «El modo de vida socialista: desarrollo integral del individuo», en AA.VV., *El socialismo y los derechos del hombre*. Moscú: Academia de Ciencias de la URSS.

Shebanov, A. F., 1956: *Las actas normativas del Estado soviético*, Moscú: Editorial de la Universidad Estatal.

Shebanov, A. F., 1963: «Disposiciones normativas del Estado socialista soviético», en Alexandrov, N. G., *et al.*, *Teoría del Estado y del Derecho*. La Habana: Colegio de Abogados.

Shebanov, A. F., 1964: «Acerca del contenido y las formas del Derecho», *Jurisprudencia*, 2.

Shebanov, A. F., 1964: «Algunas cuestiones de la norma jurídica y las actas normativas en el Derecho soviético de todo el pueblo», *El Estado soviético y el Derecho*, no. 7.

Stalin, J. V., 1937: *Sobre el Proyecto de Constitución URSS*. México: Divulgación Socialista.

Stoyanovitch, K., 1997: *El pensamiento marxista y el Derecho*. Madrid: Editorial Siglo XXI.

Stučka, P. I., 1974: *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*. Barcelona: Ediciones Península.

Szabo, I., 1974: *Fundamentos de la teoría del Derecho*. Moscú: Progreso.

Tchkhikvadzé, V. M., 1968: «L´évolution de la science juridique soviétique», *Revue internationale de droit comparé*, 1.

Tijomírov, Y., 1982: *Teoría de la ley*. Moscú: Naúka.

Topornin, B., 1978: *El Sistema politico soviético en el socialismo desarrollado*. Moscú: Progreso.

Trubin, N., 1976: *El control de la legalidad socialista en la URSS*. La Habana: Fiscalía General de la República.

Tumánov, V., 1988: «El Derecho en la sociedad socialista», en AA.VV., *Introducción al Derecho soviético*. Moscú: Progreso.

Tumánov, V., s/a: «El Derecho socialista soviético», en *El Estado y el Derecho soviéticos*. Moscú: Progreso.

Vasilenkov, P. T., *et al.*, 1989: *Derecho Administrativo soviético*. La Habana: Pueblo y Educción.

Vilnianski, S. I., 1939: «Acerca de la cuestión de las fuentes del derecho soviéticas», en *Problemas del Derecho Socialista*, 4 y 5.

Višinsky, A. Y., 1948: *The Law of the soviet State*. New York: The Maclillan Company.

Yavich, L. S., 1985: *Teoría general del Derecho. Problemas sociales y filosóficos*. México: Nuestro Tiempo.

Zhidkov., 1980: *Fundamentos de la teoría socialista del Estado y el Derecho*. Moscú: Progreso.

Zivs, S., 1987: «Legalidad socialista: esencia y princípios», en AA.VV., *El sistema jurídico del socialismo*. Moscú: Ciencias Sociales Contemporáneas.

Zolo, D., 1974: *La teoría comunista dell´estinzione dello Stato*. Bari: De Donato Editori.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Escepticismo ante las reglas y *pedigree* democrático de la dificultad contramayoritaria*

Rule-skepticism and the Democratic Pedigree of the Countermajoritarian Difficulty

Sebastián Reyes Molina

Autor:
Sebastián Reyes Molina
Universidad Austral de Chile
sebastian.reyes@uach.cl
https://orcid.org/0000-0002-6543-2168

Recibido: 16-7-2019
Aceptado: 1-4-2020

Citar como:
Reyes Molina, Sebastián, (2021). Escepticismo ante las reglas y *pedigree* democrático de la dificultad contramayoritaria Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 219-232. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.09

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Sebastián Reyes Molina

Resumen

La dificultad contramayoritaria es una de las principales críticas al control judicial de constitucionalidad de las leyes. Esta crítica es analizada desde la teoría del derecho a la luz de la distinción disposición/norma. El argumento central de este artículo es el siguiente: cuando el control de constitucionalidad tiene como efecto declarar inaplicable una ley a un caso concreto, el argumento de la dificultad contramayoritaria no es aplicable.

Palabras claves: Control judicial de las leyes; dificultad contramayoritaria; interpretación jurídica; escepticismo ante las reglas; indeterminación del derecho.

Abstract

The counter majoritarian difficulty is one of the main objections against the judicial review. In this paper, this objection is analyzed from the standpoint of the norm formulation/norm distinction. By stressing the distinction between norm formulations and norms, I claim that when judicial review prevents the application of a norm to an individual case the counter majoritarian difficulty objection does not hold.

Keywords: Judicial Review of Legislation; Countermajoritarian Difficulty; Legal Interpretation; Rule-skepticism; Legal Indeterminacy.

* Quiero agradecer a Brian Leiter (University of Chicago); Torben Spaak (Stockholm University); Álvaro Núñez Vaquero (Universidad Austral de Chile); Patricia Mindus (Uppsala University); Julieta Rábanos (Universidad de Génova); Donald Bello Hutt (KU Leuven); Pedro Caminos (Universiad de Buenos Aires); Alejandro Calzetta (Universidad Alberto Hurtado), y Victor García (Universidad Austral de Chile), por los comentarios realizados a versiones previas de este trabajo. Todos los errores en los que se ha podido incurrir son de mi responsabilidad.

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la autoridad final sobre materias constitucionales es una de las preocupaciones centrales del debate actual en justicia constitucional[1]. *Grosso modo*, la disputa recae sobre quien debe tener la autoridad final para decidir materias sobre el control constitucional de las leyes. Por una parte, hay quienes defienden que el legislador o *el pueblo* es quien debe tenerla. Por otra parte, hay quienes defienden que la autoridad final debe recaer en los jueces o un tribunal constitucional.[2] Esto presupone que el debate se haya centrado no ya en si es el control constitucional es algo bueno o deseable sino en cómo y cuando este control ha de ser ejercido.

Previo a exponer la tesis central de este trabajo, se distinguirá entre las dos tipos del control constitucional: a) el *legislador negativo* el cual supone la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico y b) la *inaplicabilidad* en un caso concreto de un precepto declarado inconstitucional. Ahora bien, estos modelos representan dos ejemplos del control de constitucionalidad de las leyes llevados a cabo, típicamente, por las cortes. Con esto no quiero decir que los sistemas jurídicos contemporáneos optan por un u otro. De forma general, en la práctica, típicamente se pueden encontrar modelos que combinan a) y b).

En este trabajo me enfocaré en una de las objeciones en contra de la tesis que sostiene que las cortes deben tener la autoridad final en materia constitucional. Esta objeción es la denominada *dificultad contramayoritaria*. En líneas generales la dificultad contramayoritaria se puede reconstruir como aquella objeción que sostiene que las cortes, al carecer de *pedigree* democrático, no deben controlar la constitucionalidad de las leyes *so pena* de dejar sin efecto los actos de instituciones con *pedigree* democrático. La preocupación de fondo a la que la dificultad contramayoritaria alude recae en la posibilidad de un gobierno de los jueces. Esta reconstrucción plausible pone énfasis en el *pedigree* –democrático y no democrático– de las instituciones que actúan en el proceso de control de constitucionalidad de las leyes. La noción de '*pedigree*' está relacionada con la idea de legitimidad. Un órgano será legítimo democráticamente si su *pedigree* es democrático y viceversa. La dificultad contramayoritaria será analizada a la luz de la distinción disposición /norma.[3] Para estos fines se adoptará una postura escéptica de la interpretación, en la línea de la escuela del realismo genovés,[4] y se sostendrá que, por medio de la distinción antes mencionada, la objeción examinada no es aplicable en los casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Este trabajo es un ejercicio de reconstrucción de un debate contemporáneo en áreas como derecho constitucional, teoría y filosofía política pero desde un punto de vista de

1. Ver, por ejemplo: Tushnet, 2009; Kramer, 2004; Harel, 2014.
2. Una cuenta desde una perspectiva comparada sobre los tipos de cortes constitucionales es presentada ya en la primera mitad del siglo xx por Kelsen. Ver: Kelsen, 1942: 183-200.
3. Para ver el desarrollo y la historia de esta distinción: Ver Escudero y Pozzolo, 2011.
4. Para una cuenta general del realismo jurídico genovés ver: Barberis, 2011: 201-216; 2014: 13-25.

la filosofía del derecho. Es decir, se busca replantear los términos del debate con el fin de examinar sus temas centrales con el aparataje conceptual provisto por la filosofía del derecho. Como el lector observará, el artículo se concentra en la actividad interpretativa en sí misma, i.e., la adscripción de un significado a un texto, y no en técnicas de interpretación específicas. De este modo se busca presentar herramientas analíticas que permitan clarificar el hecho de que cuando una corte constitucional realiza un control de aplicación de una ley[5] lo que controla no es la voluntad popular - representada en este texto autoritativo- sino que una creación de un órgano estatal, i.e., los tribunales de justicia, que carecen de *pedigree* democrático.[6]

2. ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

Por escepticismo ante las reglas entiendo la tesis que postula que las normas jurídicas no permiten explicar ni justificar por sí solas las decisiones judiciales. En este sentido, distingo escepticismo ante las reglas de escepticismo interpretativo. La primera supone una tesis causal sobre las decisiones judiciales que en líneas generales sostiene que las disposiciones normativas no permiten explicar dichas decisiones. La segunda supone una tesis sobre la interpretación jurídica que sostiene que no existe una repuesta correcta en materias de interpretación del derecho. En §3, desarrollaré este segundo punto.

Esta forma de reconstruir el escepticismo ante las reglas ha sido asociado con los postulados del realismo estadounidense.[7] Los realistas estadounidenses sostenían que «las reglas y principios que los jueces recitan en sus fallos no revelan, o revelan de forma incompleta, las verdaderas razones y motivos de sus decisiones».[8] Se distingue entre lo que los jueces *dicen que hacen* de lo que los jueces *hacen* de hecho.

En líneas generales, los escépticos ante las reglas creen que pueden encontrar reglas *reales*, i.e., aquéllas enunciadas en las decisiones judiciales, detrás de las normas de *papel*, i.e., aquéllas enunciadas en las fuentes formales del derecho.[9] De este modo, pareciera ser que existe una disociación entre un derecho *válido* por un lado y un derecho *vigente*, por otro.

El escepticismo ante las reglas reconoce una brecha entre el denominado *derecho en los libros*, i.e, la descripción de las normas jurídicas y *el derecho en acción*, el cual se relaciona con la respuesta a la multiplicidad de litigios y los medios de resolución de

5. Utilizo en este párrafo la fórmula «leyes» como plural de aquéllas normas jurídicas creadas por un órgano democrático de un determinado sistema, con pretensión de autoridad y de carácter general, abstracto, vale decir el «uso común» del plural de la palabra «ley». De aquí en más cada vez que se utilice la expresión «ley» o «leyes» será en este sentido salvo que expresamente me refiera a otro.
6. Al menos no en el mismo sentido que los representantes del poder legislativo o ejecutivo.
7. La cual a la postre es considerada como una de las «marcas de fábrica» del realismo jurídico en todas sus vertientes. Ver Schauer, 2013: 754.
8. Leiter, 2013: 954.
9. Núñez, 2011: 442.

conflictos, originados en el día a día de una sociedad.[10] En este sentido, distingue dos estadios o mundos jurídicos: el *real*, el cual supone cómo las normas, tanto aquéllas escritas en los códigos, como también aquéllas creadas por medio de la interpretación de esos textos autoritativos y/o precedentes, se ponen en práctica en los tribunales; y el *aparente*, el cual estaría representado por aquellos textos que encontramos en los compendios de leyes, sentencias judiciales, escritos de dogmática, etc.

Lo anterior contrasta con la visión clásica y recibida de cómo *es* la tarea de aplicación del derecho: el legislador crea la ley, el juez la aplica y el caso se resuelve.[11] Sin embargo, bajo una perspectiva escéptica de la interpretación, pareciera ser que el juez no aplica la ley, en tanto texto normativo emanado del legislador, al caso concreto, y, por otro lado, el significado de esa «ley» tampoco está dado, al menos de forma completa, por dicho texto normativo.[12] De este modo, hay una disociación entre la ley, i.e., documento normativo validado democráticamente, y la norma contenida en la decisión judicial, i.e., la emanada de los tribunales de justicia o del órgano a cargo de ejercer jurisdicción, que enuncia las consecuencias jurídicas del caso concreto. Esta disyunción es conocida como la distinción 'disposición/norma'.

3. REALISMO METODOLÓGICO: DISTINCIÓN DISPOSICIÓN Y NORMA

Con realismo metodológico me refiero a una tesis de la interpretación jurídica que «dicho de una manera muy simple [es] una teoría escéptica sobre la interpretación. En síntesis: la interpretación (…) es una actividad no cognitiva sino decisoria.»[13] Por interpretación[14] entiendo la adscripción de un significado a un texto y por interpretación jurídica entiendo la «atribución de sentido (o significado) a un texto normativo.»[15]

Ahora bien, si interpretar es una actividad decisoria y no cognitiva, ¿sobre qué estamos decidiendo? Previo a responder esta pregunta, me referiré brevemente a la distinción entre disposición y norma presentada en la sección anterior: un documento normativo[16] es un conjunto de enunciados del discurso prescriptivo.[17] El discurso prescriptivo contenido en un documento normativo es lo que se conoce como disposición

10. Ver en este sentido: Halpérin, 2011: 45-76.
11. En este sentido Jerome Frank echa luz sobre los «mitos» que afecta la concepción del derecho en cuanto sistema de reglas que regula la conducta de las personas como también de su aplicación. Ver: Frank, 1930.
12. Por ejemplo Guastini, 1997: 121-131.
13. Vale decir, no existe un significado único atribuible a una disposición normativa que el intérprete debe averiguar por medio de un ejercicio intelectual (quizá místico) sino que el intérprete elige que significado atribuir al texto interpretado (Guastini, 2014: 89).
14. Para ver las múltiples ambigüedades que sufre el vocablo interpretación en el ámbito jurídico: Guastini, 2011a: 157-179.
15. Guastini, 2011b: 133.
16. Aquél enunciado de las fuentes formales del derecho con pretensión de obligatoriedad y validez democrática.
17. El discurso prescriptivo es aquel utilizado con la finalidad (o pretensión de) modificar los comportamientos de las personas.

normativa. Por otro lado, la norma es el significado atribuido por el intérprete a una disposición, o a un fragmento de una disposición, o una combinación de disposiciones o una combinación de fragmentos de disposiciones, la cual es aplicada en el caso concreto con el fin de provocar determinadas consecuencias jurídicas.[18] Si bien la disposición normativa y la norma están unidas por la actividad del intérprete,[19] la tarea interpretativa presupone, de forma general, un reconocimiento previo de todos o al menos la mayoría de los significados posibles que pueden ser adscritos a una disposición normativa.[20]

El conjunto de significados posibles de una disposición normativa fue denominado por Kelsen como *el marco interpretativo*.[21] Luego, «el juez que aplica una norma general tiene ante sí un marco de significados (*i.e.*, normas) entre los que tiene que elegir para resolver el caso concreto.»[22] Ahora bien, no cualquier significado será parte del marco interpretativo de una disposición normativa. En líneas generales, y sin perjuicio de otros factores que puedan operar en este ámbito,[23] el uso de los criterios interpretativos aceptados generalmente por una comunidad determinada, i.e., criterio del uso común de la palabra, significado literal, voluntad del legislador, historia de la ley, etc., permite, más o menos, ensamblar un acervo de significados pertinentes al entorno *litigioso* o jurídico en el cual se desenvuelve la tarea interpretativa de los jueces. Dichos criterios interpretativos son variados y carecen de un orden de prelación que permita establecer jerarquías entre éstos.[24]

Ante la ausencia de meta-criterios interpretativos que permitan guiar la elección de alguno de los significados posibles contenidos en el marco interpretativo de una determinada disposición normativa o un conjunto de éstas, el proceso de adscripción de significado, que en última instancia dará lugar a la norma particular que resuelva el caso concreto, en el que incurre el intérprete es de naturaleza discrecional[25].

El intérprete se ve ante la posibilidad de elegir cualquiera de los significados contenidos en el marco interpretativo puesto que la inexistencia de meta criterios interpretativos que lo vinculen trae como consecuencia que todos los significados del marco estén en una suerte de *igualdad* de condiciones en el sentido de que ninguno tiene prioridad

18. Guastini, 2011b: 136.
19. Con la voz intérprete me refiero a todos aquéllos a quienes se encuentran facultados para realizar, en términos de Kelsen, la «interpretación auténtica»: la que puede provocar efectos jurídicos (la generalidad de los sistemas conceden estas facultades a los tribunales de justicia). Sobre la teoría de la interpretación de Kelsen ver: Núñez, 2014: 415-442.
20. En este sentido una disposición normativa tiene, por regla general, más de un significado posible. No existe una correspondencia biunívoca entre disposición y norma. A una disposición pueden adscribírseles varios significados (*i.e.*, normas). Ver: Guastini, 2011b: 144-5.
21. Una breve, pero completa referencia al marco interpretativo *kelseniano* se puede encontrar en Barberis, 2015: 232.
22. Núñez, 2012: 175.
23. Sólo a modo de ejemplo y de forma general: la propia moralidad de los intérpretes, el trabajo de los estudiosos del derecho, condiciones sociales, políticas, etc.
24. Guastini reconoce en la multiplicidad de criterios interpretativos el origen o al menos una de las fuentes de la indeterminación del derecho (en cuanto sistema jurídico). Ver: Guastini, 2012: 40.
25. Reyes, 2020: 393-4.

por sobre otro, *ergo*, todos son igualmente válidos aun cuando, eventualmente, los significados puedan conllevar a resultados opuestos.[26] En este sentido

> todo texto normativo admite interpretaciones (…) que sincrónicamente chocan entre sí y/o que son diacrónicamente cambiantes. Ello implica que muchas (tal vez no todas, pero si muchas) controversias y, más en general, muchas (tal vez no todas, pero sí muchas) 'cuestiones jurídicas' admiten soluciones diferentes en competición.[27]

La elección del significado que realice el intérprete será el resultado de un acto discrecional. Es una elección y en cuanto tal no puede ser predicado su verdad o falsedad. Vale decir, cuando el juez interpreta una disposición normativa, la norma resultante de dicha interpretación no es el producto de una actividad cognoscitiva, es decir, no se *descubre* un significado único pre-existente a la interpretación o «verdadero», sino que es la elección de uno de los diversos significados posibles que se le pueden adscribir a una determinada disposición normativa o un conjunto de disposiciones, o fragmentos de una disposición o fragmento de disposiciones.

Si bien la disposición normativa y la norma son lo mismo (ambos son enunciados),[28] éstos pertenecen a dos niveles de discurso. A saber «la disposición es un enunciado que constituye el objeto de la interpretación. La norma es un enunciado que constituye el producto o resultado de la interpretación.»[29]

4. SOBRE LA CORRESPONDENCIA BIUNÍVOCA ENTRE DISPOSICIÓN Y NORMA

La relación de correspondencia entre disposición y norma se enmarca dentro de la discusión sobre si el derecho está o no indeterminado. Si el derecho está o no indeterminado tiene relación con la posibilidad de conocer o no, las consecuencias jurídicas de las acciones realizadas en una determinada comunidad.[30] Si el derecho está determinado, entonces es posible conocer, de antemano, la «reacción» del sistema jurídico ante una determinada acción llevada a cabo por un miembro de dicha comunidad. Sostener esta tesis implica, en gran medida, sostener la tesis de una relación biunívoca entre disposición y norma: a cada disposición se le asigna un significado el cual es «correcto» y por

26. Vale decir si el intérprete se vale de un criterio determinado puede concluir que un significado determinado puede ser adscrito a una disposición normativa. Sin embargo, un criterio como el significado literal de las palabras puede obtener un resultado distinto al que se obtiene si se utiliza el de la voluntad del legislador. Como no existen meta criterios que ordenen jerárquicamente los criterios interpretativos, entonces el intérprete puede llegar a distintos resultados dependiendo de qué criterio interpretativo desee utilizar. Dicha decisión (sobre qué criterio se utilizará) es discrecional por lo que dos soluciones contrarias en un mismo caso pueden ser racionalmente justificadas y aplicadas por el intérprete.
27. Guastini, 2014: 91-2.
28. El primero es un enunciado del discurso de las fuentes. El segundo es un enunciado del discurso del intérprete quien entiende (o considera) a éste como sinónimo de la disposición. Ver: Guastini, 2011b:138.
29. Guastini, 2011b: 139.
30. Comanducci, 1998:101.

ende susceptible de ser aprehendido por el intérprete.[31] De esta forma interpretar es un ejercicio cognoscitivo el cual tiene por fin último «averiguar» el significado «único» y «correcto» de una determinada disposición normativa.[32] Al contrario, sostener que el derecho está indeterminado supone la negación a «la única respuesta correcta» y por ende a la relación biunívoca que existe entre disposición y norma.[33] Esta última tesis es la adoptada en el presente trabajo.

Por indeterminación del derecho entiendo la multiplicidad de normas que pueden ser adscritas a una disposición normativa.[34] Como se ha expuesto en el apartado anterior, de la interpretación de una disposición normativa pueden surgir diversas normas aplicables al caso concreto. La tesis más común sobre el origen de la indeterminación del derecho es aquella que sostiene que las fuentes del derecho están formuladas en el lenguaje natural y por ende están afectados de los vicios que éste conlleva. El lenguaje natural «…no está sujeto a reglas semánticas y sintácticas bien definidas. El significado de los enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado.»[35] Los defectos del lenguaje pueden ser reducidos a dos: la ambigüedad, una proposición puede contener más de un significado,[36] y la vaguedad, la imprecisión del lenguaje no permite establecer con claridad que *objetos* pueden ser incluidos en una determinada clase, vale decir hay casos que no se está claro si están cubiertos por una disposición normativa. Estos defectos son propios también del *lenguaje jurídico* por lo que la actividad del intérprete tiene por objeto, entre otros, reducir estos defectos al momento de aplicar el derecho.[37] Sin embargo, las fuentes de indeterminación del derecho no se agotan en la indeterminación del lenguage natural. Los códigos interpretativos contribuyen a la indeterminación jurídica en tanto proveen una pluralidad de directrices interpretatives las cuales pueden ser utlizadas para derivar multiples normas jurídicas. Puesto que esta fuente de indeterminación se encuentra en la estructura de los sistemas jurídicos, es posible hablar de una *indeterminación sistémica* del derecho[38].

La indeterminación del derecho[39] permite establecer las bases teóricas de la distinción disposición y norma. En este sentido, el documento normativo con *pedigree*

31. Dworkin es quizás uno de los defensores más importantes de esta tesis: Dworkin, 1986.
32. Para ver un desarrollo sobre la discusión: Atienza, 2009: 13-26; Aarnio, 1998: 23-38. Para una posición contraria ver Leiter, 2007.
33. No me detendré a desarrollar la indeterminación a fondo, más bien mi aproximación será general y con pretensión informativa. Para un desarrollo de la tema, ver, entre otros, a: Vila, 2006: 55-82; Leiter, 1995: 482-495; Kress, 1989: 283-337.
34. Reyes, 2020: 371.
35. Guastini, 1997: 121.
36. Es, en mayor medida, el problema de la ambigüedad que afecta el lenguaje el origen de la multiplicidad de significados de una disposición normativa.
37. No desarrollaré estos tópicos aquí. Ver con respecto a la vaguedad (o textura abierta) Hart, 2012: 123-154; Bix, 1991: 51-72. Para ambigüedad en el lenguaje jurídico ver: Nino, 2013: 259-305., Guastini, 1997: 125-129.
38. Reyes, 2020: 377-8.
39. Cabe hacer la observación de que la doctrina ha presentado diversos tipos de indeterminación cuyo núcleo central se enfoca en la imposibilidad general de conocer las consecuencias jurídicas de los actos. De este

democrático responde a la figura de la disposición normativa mientras que la regla aplicable al caso y la que en definitiva resolverá la controversia jurídica responde a la figura de la norma la cual es de creación de los jueces.

Una vez distinguido estos dos tipos de enunciados podemos, a su vez, identificar temporalmente su participación en la resolución de un conflicto jurídico. La disposición normativa en tanto fuente del derecho pre-existe al litigio, mientras que la norma es resultado de la interpretación de la/las disposición/disposiciones invocadas al caso concreto. Vale decir, la norma es coetánea a la controversia, en el sentido que se originará durante el litigio y en razón de este. Ya habiendo distinguido estos dos tipos de enunciado cabe preguntarse sobre cuál de éstos, disposición normativa o norma, recae el control judicial de las leyes.

5. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

La crisis de legitimidad que la dificultad contramayoritaria busca explicitar apunta a que un grupo de «elite» de personas no electas por el pueblo sustrae de la discusión pública y política temáticas centrales en el desarrollo de vida democrática de una sociedad.[40] De este modo,

> los tribunales se [convertirán] inevitablemente en un importante foro, sino el principal, para la revisión y adaptación de los derechos básicos a la luz de las circunstancias cambiantes y las controversias sociales (…) nuestro respeto por tales derechos democráticos se pone seriamente en peligro cuando se realizan propuestas de trasladar las decisiones acerca de la concepción y la revisión de los principios básicos del poder legislativo al judicial, del pueblo y de sus instituciones representativas, que reconocemos imperfectas, a un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos y de altos principios, los únicos en quienes sólo se puede confiar.[41]

La generalidad de los sistemas jurídicos modernos cuenta con mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. A grandes rasgos esta clase de procedimientos tienen por objeto el escrutinio de las leyes con el fin de establecer su conformidad con el texto constitucional de un determinado sistema. Esto es, que haya sido creada en conformidad al procedimiento establecido en la constitución y que el contenido preceptivo de la ley no este en contra del texto constitucional. Si la ley en cuestión es declarada inconstitucional ésta puede ser o expulsada del ordenamiento jurídico, i.e., hipótesis

modo se representa una de las preocupaciones centrales del realismo jurídico estadounidense, la posibilidad de predecir las decisiones de los tribunales. Ver a modo de ejemplo Llewellyn 1930:448., Si bien puede ser tildado de *proto*-realista, el autor (quizás más reconocido) que impulsó esta inquietud fue Oliver W. Holmes en su discurso titulado «*the Path of Law*». Ver: Holmes, 2008.

40. Waldron, 2012: 1350.

41. Waldron, 2005: 302.

de legislador negativo, o no ser aplicada en un caso concreto susceptible de estar bajo el ámbito de aplicación de dicha ley.

La tarea de control generalmente es llevada por órganos que carecen de *pedigree* democrático, *i.e.*, corte suprema, tribunal constitucional o jueces ordinarios, lo cual genera un problema desde el punto de vista de la legitimidad democrática de sus decisiones sobre la constitucionalidad/inconstitucionalidad de las leyes que sí gozan de dicha legtimidad. Vale decir, un órgano con *pedigree* no-democrático tiene la competencia para invalidar un acto, *i.e.*, una ley, de un órgano con *pedigree* democrático en el marco de una democracia constitucional. Esta tensión es la que Bickel denominó «la dificultad contramayoritaria.»[42]

La generalidad de las democracias constitucionales prevén una garantía jurisdiccional de la constitución: los jueces tienen competencia y potestad para proteger a la constitución de «ataques» realizados por las leyes ordinarias. Si el contenido preceptivo de una ley vulnera un precepto constitucional ésta es susceptible de ser declarada inconstitucional por el órgano jurisdiccional.[43]

De esta idea se desprende un criterio dual de validez de las leyes. Uno formal: las leyes son válidas si son creadas por los procedimientos establecidos por leyes (normas) jerárquicamente superiores. Uno material: las leyes son válidas si lo dispuesto en esta no contrarían el texto constitucional.[44] En este último sentido es que los jueces o quienes estén a cargo del control de las leyes, adoptan un rol de garante del texto constitucional al tener la facultad de dejar sin efecto, ya sea por medio de la expulsión de la ley inconstitucional del ordenamiento jurídico o por la no-aplicación de ésta en casos que *ex ante* debía/procedía ser aplicada.

De lo anterior se desprende que según sea el tipo de control constitucional este afectará a una disposición normativa o a una norma. Así, el modelo del legislador negativo kelseniano tiene por objeto determinar la constitucionalidad de la disposición normativa. Por otro lado, el modelo estadounidense de inaplicabilidad recae en la norma, por ser ésta, en su calidad de resultado de la interpretación del juez, la cuál será aplicada al caso concreto. Desde este punto de vista la tensión entre el constitucionalismo[45] y la democracia se origina en la autoridad de jueces no responsables democráticamente versus representables elegidos por el pueblo que sí son responsables ante el electorado.[46] Vale decir, un órgano de *pedigree* no-democrático tiene poder para controlar los actos de un órgano con *pedigree* democrático.

42. Bickel, 1986: 16.
43. La garantía jurisdiccional de la constitución es uno de los elementos centrales del proceso de constitucionalización que las democracias occidentales vivieron después de la segunda guerra mundial. Ver en este sentido: Comanducci, 2009: 86.
44. La problemática de la validez de las normas jurídicas no será tratada en este artículo debido a que excede las pretensiones del mismo. Ver: Kelsen, 2012; Nino, 1999: 253-262; Troper, 2002: 43-57; Ferrajoli, 1988: 361.
45. La ideología que pregona (entre otros postulados) la constitución como norma directamente aplicable y de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico. Ver en este respecto: Pozzolo, 2011.
46. Bassok, 2012: 335.

6. *PEDIGREE*, DISPOSICIÓN Y NORMA

Una lectura plausible de la dificultad contramayoritaria se enfoca en el problema de *pedigree* democrática/o del órgano competente para ejercer el control de constitucionalidad. Sin embargo, antes de analizar éste tópico se debe realizar la siguiente distinción: a) el control de constitucionalidad que supone la expulsión de una determinada ley declarada inconstitucional del sistema jurídico de una comunidad determinada; b) el control de constitucionalidad que supone la inaplicabilidad del texto declarado inconstitucionalidad a un caso concreto.[47]

En este trabajo se sostendrá que el alcance de la dificultad contramayoritaria no es aplicable cuando se analiza el control de constitucionalidad por inaplicabilidad.[48]

A grandes rasgos es posible sostener que una de las nociones asociadas a la idea de «ley» es la de legitimidad democrática. La razón subyacente a esta asociación recae en el carácter representativo del órgano que ésta a cargo de la producción legislativa: el parlamento.[49] Desde un punto de vista de la distinción disposición/norma, la noción de «ley», que generalmente se emplea cuando hacemos referencia a los documentos autoritativos que siguen un determinado procedimiento de elaboración establecido en otros textos autoritativos determinados, es análoga a la voz «disposición normativa». Vale decir, una ley es una disposición normativa. La disposición normativa, entonces, se encuentra legitimada democráticamente por ser producto de la actividad de un órgano democrático como es el parlamento. Ahora bien, si el control de constitucionalidad por inaplicabilidad se enmarca en el contexto de un litigio entonces, primeramente, debemos localizar el rol que le cabe a la disposición normativa.

De acuerdo a la distinción disposición/norma, la disposición normativa no es objeto de aplicación por parte del juez sino que es el objeto de la interpretación de éste. Por 'aplicación' simplemente me refiero a la operación de subsubmir un caso concreto a una clase de casos contenida en la disposición normativa resultante en consecuencias jurídicas previstas por el ordenamiento.[50] El resultado de la interpretación es la norma que se aplicará al caso concreto tramitado en el litigio. En un esquema sencillo, tenemos por un lado un documento con *pedigree* democrático que pasa por el *filtro* interpretativo de un órgano con un *pedigree* no-democrático cuyo resultado es una norma específica para un caso concreto.

Una primera conclusión que se puede derivar de esto es que las disposiciones normativas invocadas en los textos litigiosos de los actores no son los enunciados jurídicos

47. A pesar de que ambos son una manifestación, en la clasificación de Waldron, de un «*strong judicial review*», este trabajo se enfocará en el segundo tipo y su relación (o falta de ésta) con la dificultad contramayoritaria. Ver: Jeremy Waldron, 2012: 1354.
48. Sin perjuicio de que sea posible mantener la crítica con respecto al modelo de legislador negativo. Sin embargo, una análisis sobre esta relación no será tratada en este trabajo.
49. Waldron, 2005: 152-3.
50. En este sentido me alejo de nociones de aplicabilidad como la defendida por Bulygin (Bulygin, 2012: 432-437) o Navarro, Orunesu, Rodríguez, Sucar (Navarro et all, 337-359).

que resolverán la cuestión litigiosa sino que, en el mejor de los casos, son las fuentes de las cuales «nacerán» las normas que sí resolverán la controversia. Bajo esta distinción, las disposiciones normativas son fuentes del derecho más no derecho en sí mismo.[51]

Por otro lado, la norma, i.e., enunciado resultante de la interpretación de una disposición normativa, si bien reconoce, generalmente,[52] su origen en la disposición normativa, ésta es el resultado de la utilización de criterios y técnicas interpretativas que, ocasionalmente, pueden escapar del ámbito jurídico.

En este sentido, la norma aplicada a un caso concreto es el resultado de la elección discrecional del intérprete de un *pool* de significados posibles *contenidos* en el *marco interpretativo* de la disposición normativa en cuestión obtenida por medio de las técnicas interpretativas y criterios de interpretación vigentes en una comunidad determinada. De este modo, la norma es un acto, no ya del parlamento sino del juez. En este sentido una segunda conclusión es posible: la norma no goza del *pedigree* democrático (al menos no directamente) que si goza la disposición normativa.

7. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR INAPLICABILIDAD

En líneas generales, el control de constitucionalidad por inaplicabilidad supone la declaración, por parte del juez constitucional, de la inconstitucionalidad de una ley aplicable a un caso concreto. El efecto de esta declaración será la «prohibición» de aplicar esa ley en *ese* litigo determinado en razón de que utilizarla producirá efectos jurídicos contrarios a los previstos en el texto constitucional.

Ahora bien, como ya se ha adelantado, lo que se aplica no es ya la disposición sino que la norma. De este modo, cuando se sostiene que la ley aplicada infringe la constitución lo que se está sosteniendo es que la norma resultante de la interpretación de la disposición normativa es contraria al texto constitucional. Por otro lado para saber a qué nos referimos con «texto constitucional» supone, en líneas generales, la identificación de un enunciado contenido en la constitución que consideramos susceptible de ser contrariado y su correspondiente significado, vale decir su interpretación. En este sentido, a grandes rasgos, estamos ante el cotejo de dos interpretaciones de textos autoritativos a los cuales, en tanto comunidad jurídicamente organizada, les hemos otorgado jerarquías distintas dentro de un ordenamiento específico.[53]

51. Guastini, 2014: 100.
52. En este sentido no me referiré a las normas resultado de la creación jurídica que también sirven para la resolución de conflictos jurídicos pero que no son resultado de una actividad interpretativa propiamente tal. Ver: Guastini, 2014: 93-96.
53. No me referiré a la interpretación de los enunciados constitucionales. Si bien son parte de la operación prevista en el control de constitucionalidad, me enfocaré sólo en la interpretación de disposiciones normativas de «rango legal» toda vez que la dificultad contramayoritaria apunta a la exclusión (del caso concreto o del ordenamiento jurídico) de la norma resultante de su interpretación. Tampoco me pronunciaré sobre el caso de las 'sentencias interpretativas' debido a que su análisis excede el objeto de este paper.

De este modo, el control de constitucionalidad por inaplicabilidad versa sobre normas y no sobre disposiciones normativas. Debido a la indeterminación que le asiste al derecho entonces los jueces constitucionales pueden (o al menos puede ser catalogado como un escenario plausible) declarar inconstitucional diversas normas (*i.e*, significados) emanados de una misma disposición normativa. Si la discusión recae en la *pedigree* del acto que se deja sin efecto entonces parece ser que, cuando se trata de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, la dificultad contramayoritaria pierde (y de forma significativa) su fuerza debido a que la norma carece de *pedigree* democrático en los términos que la crítica refiere.

En definitiva el control de constitucionalidad por inaplicabilidad es llevado a cabo por un órgano no democrático para evaluar la constitucionalidad de un acto llevado a cabo por otro órgano no democrático. En este escenario cualquier reclamo sobre legitimidad democrática pierde asidero.

8. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido por objeto presentar distinciones relevantes en la discusión sobre la legitimidad democrática del control constitucional de las leyes. Se ha enfocado en el núcleo de la llamada dificultad contramayoritaria: órganos no elegidos e irresponsables democráticamente invalidan actos realizados por órganos democráticos.

La tensión presentada es analizada a la luz de la distinción disposición/norma. De su análisis es posible sostener que ésta parece ser aparente en los casos en que el control de constitucionalidad versa sobre la declaración de la inaplicabilidad de la ley en un caso concreto. Lo anterior es debido a que en los casos concretos no es la «ley» la que se aplica (*i.e*, disposición normativa) sino que la norma (el resultado de la interpretación de una disposición normativa).

La norma es el enunciado resultante de la interpretación de la disposición normativa. Dentro del reparto de competencias esta tarea recae (en la generalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales) en los jueces (o tribunales constitucionales). Vale decir, la norma es el resultado de la actividad de un órgano no elegido democráticamente.

Una vez presentada la distinción disposición/norma podemos entender con mayor claridad que el enunciado declarado inconstitucional no es la disposición normativa sino la norma. La norma en tanto acto carente de *pedigree* democrático (en los términos a los que se refiere la dificultad contramayoritaria) escapa de la crítica esgrimida por la falta de ésta. Entonces, para el caso de control de constitucionalidad por inaplicabilidad, la dificultad contramayoritaria se ve debilitada considerablemente.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., 1990: «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, N° 8: 23-38.

Atienza, M., 2009: «Sobre la única respuesta correcta», *Jurídicas*, Vol. 6, N°2: 13-26.

Barberis, M., 2011: «Un poco de realismo sobre el realismo 'genovés'», en J. Ferrer y G. Ratti, *El realismo jurídico genovés*, Madrid: Marcial Pons: 201-216.

Barberis, M., 2014: «Genoa's Realism: A Guide for the Perplexed», *Revista Brasileira do Filosofia*, Vol. 240, año 62: 13-25.

Barberis, M., 2015: «Realismo Jurídico Europeo-Contintenal», en J. Fabra y Á. Núñez, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México D.F.: Universidad Autónoma de México: 227-240.

Bassok, O., 2012: «The Two Countermajoritarian difficulties», *Saint Louis University School of Law*, Vol. XXX: 333-382.

Bickel, A. 1986: *The Least Dangerous Branch*: *The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press.

Bix, B., 1991: «H.L.A. Hart and the Open Texture of the Language», *Law and Philosophy*, Vol. 10, N°1: 51-72.

Bulygin, E., 2012: «El problema de la validez en Kelsen», en G. Ramírez, *Ecos de Kelsen: Vida, obra y controversias*, Colombia: Universidad del Externado :424-438.

Comanducci, P. 1998: «Principios jurídicos e indeterminación del derecho», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N°21, Vol.2: 89-104.

Comanducci, P., 2009: «Constitucionalización y neoconstitucionalismo», en P. Comanducci, M. A. Ahumada y D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neconstitucionalismo,* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo: 85-122.

Dworkin, R., 1986: *Law's Empire*, Massachusets: Harvard University Press.

Ferrajoli, L., 1988: *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

Frank, J., 1930: *Law and the Modern Mind*, Londres: Transaction Publishers.

Guastini, R., 1997: «Problemas de interpretación», *Isonomía*, N°7: 121-131.

Guastini, R., 2011a: «Introducción a la teoría de la interpretación: una formulación ambigua» en *Disposición vs. Norma*, en R. Escudero y S. Pozzolo, *Disposición vs. Norma*, Lima: Palestra Editores: 157-179.

Guastini, R., 2011b «Disposición vs. Norma», en R. Escudero y S. Pozzolo, *Disposición vs. Norma*, Lima: Palestra Editores: 133-156.

Guastini, R., 2012: «Escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones*, N°11: 27-57.

Guastini, R., 2014: «Realismo jurídico redefinido», en Á. Núñez, *Modelando ciencia jurídica*, Lima: Palestra Editores: 87-114.

Halpérin, J., 2011: «Law in Books and Law in Action: The Problem of Legal Change», *Maine Law Review*, Vol. 64, N°1: 45-76.

Harel, A., 2014: *Why Law Matters*, Oxford: Oxford University Press.

Hart, H.L.A., 2012: *The Concept of Law,* Oxford: Clarendon Law Series. Oxford University Press.

Holmes, O. W., 2008: *The Path of Law and the Common Law*, Nueva York: Kaplan.

Kelsen, H., 1942: «Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», *The Journal of Politics*, Vol. 4, N°2: 183-200.

Kelsen, H., 2012: *Teoría Pura del Derecho,* 2° edición, Buenos Aires: Euedeba.
Kramer, L., 2004: *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press.
Kress, K., 1989: «Legal Indeterminacy», *California Law Review*, Vol. 77: 283-337.
Leiter, B., 1995: «Legal Indeterminacy», *Legal Theory*, N°1, V. 4: 482-495.
Leiter, B., 2007: *Naturalizing Jurisprudence; Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
Leiter, B., 2013: «Legal Realism: Old and New», *Valparaiso Law* Review, Vol. 47: 67-81.
Llewellyn, K., 1930: «A Realistic Jurisprudence: The Next Step», *Columbia Law Review*, Vol. XX, N° 4: 431-465.
Navarro, P.; Orunesu, C.; Rodríguez, J.L.; Sucar, G., 2004: «Applicability of Legal Norms» *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XVII, n°2: 337-360.
Nino, C., 2013: *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires: Ariel Derecho.
Nino, C., 1999: «Some confusions surrounding Kelsen's concept of legal validity» en S. Paulson y B. Paulson, *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Theme,* UK: Oxford University Press: 253-262.
Núñez, Á., 2011: «El realismo jurídico de Brian Leiter», *Diritto e questioni pubbliche*: 438-456.
Núñez, Á., 2012: «Hans Kelsen: Preface. On Interpretation. Estudio introductorio», *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, N°1: 173-184.
Núñez, Á., 2014: «Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho», *Ius et Praxis*, año 20, N° 2: 415-442.
Reyes, S., 2020: «Judicial Discretion as the Result of Systemic Indeterminacy», *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, (2020), XXXII, n°2: 369-395.
Schauer, F., 2013: «Legal Realism Untamed», *Texas Law Review*, Vol. 91: 749-780.
Troper, M., 2002: «Ross, Kelsen et la validité», *Droit et Société*, N°50: 43-57.
Tushnet, M., 1999: *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press.
Vila, M., 2006: «La fuente de indeterminación del derecho: una aproximación filosófica», *Cuadernos de Derecho Público*, N°28: 55-82.
Waldron, J., 2005: *Derecho y desacuerdos*, trad. Jose L. Martí y Águeda Quiroga, Madrid: Marcial Pons.
Waldron, J., 2012: «The Core Case Against Judicial Review» *Yale Law Review*, Vol. 115:1346-1406.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal

On the Legitimacy of the Standard of Proof in Criminal Proccedings

Tomás Agustín Céspedes

Autor:
Tomás Agustín Céspedes
Universidad Nacional de Córdoba-CONICET, Argentina
tomas_cespedes@hotmail.com
https://orcid.org/0000-0001-6522-9218

Recibido: 6-5-2020
Aceptado: 26-10-2020

Citar como:
Céspedes, Tomás Agustín, (2021). Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 233-261. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.10

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Tomás Agustín Céspedes

Resumen

En el presente trabajo se pretende realizar una defensa liberal de los estándares de prueba exigentes utilizados para el dictado de sentencias condenatorias en los procesos criminales. Se realiza una crítica a la posición utilitarista en la materia sostenida por Larry Laudan y se sostiene, siguiendo a Ronald Dworkin, que para ser legítimos, los estándares de prueba deben otorgar la importancia debida al riesgo del daño moral que podríamos causarle a un inocente al condenarlo erróneamente, como así también realizar una ponderación coherente de la magnitud del daño moral que la comunidad política le asigna a casos análogos. Por último, se analizan las implicancias que la postura defendida tiene en el ámbito del derecho constitucional en general, y del ordenamiento jurídico argentino en particular.

Palabras clave: estándar; prueba; liberalismo; legitimidad; utilitarismo; derechos.

Abstract

The aim of this paper is to provide liberal reasons to support the tentative exacting standards used for the passing of guilty verdicts for criminal procedures. A critique is hereby made of the utilitarian approach to the matter supported by Larry Laudan, and it is argued, following Ronald Dworkin, that in order to be legitimate, due attention to the risk of moral harm that might be caused to a mistakenly convicted innocent has to be given by exacting standards, and a consistent weighting of the importance of moral harm assigned by the political community to analogous instances. Finally, implications of the approach taken in the field of constitutional law in general and in the field of the Argentine legal system in particular are analyzed.

Keywords: standar; proof; liberalism; legitimacy; utilitarism; rights.

INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el concepto de estándar de prueba constituye un elemento central en el razonamiento probatorio. Este establece el grado de confirmación que debe presentar una hipótesis para poder ser aceptada como verdadera en un proceso judicial determinado. Además de esta vital función, los estándares de prueba suponen el más importante punto de conexión entre la epistemología jurídica y la moralidad política: mientras que la epistemología nos indica los medios adecuados para acercarnos a la verdad, el grado de confirmación de una hipótesis fáctica, etc., es función de la moralidad política determinar *cuál* es el grado de exigencia que el estándar debe presentar en base a los diversos intereses que se encuentren en juego. La importancia de la epistemología jurídica es alta pero, al mismo tiempo, presenta límites infranqueables. Si queremos saber cuál es el estándar de prueba *legítimo* para un determinado procedimiento, debemos necesariamente valernos de consideraciones de carácter moral.

El presente trabajo tendrá dos objetivos: en primer lugar, se procurará determinar cuál es el estándar de prueba legítimo en materia penal, particularmente, el grado de exigencia que debe presentar el estándar de prueba para que la pena impuesta pueda ser considerada legítima. En segundo lugar, y de manera accesoria, se intentará determinar a qué tipo de estándar de prueba tienen derecho las personas que son sometidas a un proceso penal bajo las normas del ordenamiento jurídico argentino. Por supuesto, el hecho de que ambas cuestiones sean vistas como asuntos aislados, o relacionados entre sí, dependerá de la concepción del derecho que se considere correcta.

La Sección I del presente trabajo girará en torno al concepto de estándar de prueba: se buscará dar una definición, al tiempo de analizar los dos estándares de prueba dominantes tanto en el ordenamiento jurídico norteamericano como argentino. Se hará hincapié en el carácter impreciso de dichos estándares y su procurará encontrar otras alternativas que permitan un control racional en su aplicación. En la Sección II, se analizará la crítica a la legitimidad del estándar del *más allá de toda duda razonable* realizada por Larry Laudan. En la Sección III se procurará realizar una defensa liberal del derecho de las personas a ser juzgadas en base a un estándar de prueba exigente y riguroso en materia penal. Se utilizará a estos fines los principios liberales sostenidos por Carlos S. Nino en su obra *Ética y derechos humanos*. En la Sección IV, se analizará la legitimidad del estándar de prueba en materia penal a la luz de la teoría de Ronald Dworkin. En la Sección V, bajo la óptica de una concepción interpretativista del derecho, y teniendo en cuenta las consideraciones de moralidad política realizadas en las secciones previas, se procurará determinar el tipo de estándar de prueba al que tienen derecho los acusados de haber cometido un delito bajo las normas del ordenamiento jurídico argentino.

SECCIÓN I. LA NOCIÓN DE ESTÁNDAR DE PRUEBA, SU RECEPCIÓN EN EL PROCESO PENAL NORTEAMERICANO Y ARGENTINO, Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU MODIFICACIÓN.

Como se dijo en la Introducción del presente trabajo, cuando hablamos de *estándar de prueba* (en adelante EdP) nos referimos al grado de confirmación que debe presentar una determinada hipótesis fáctica para poder ser aceptada como verdadera en el marco de un proceso judicial. Los EdP suponen la idea de *umbral*, el cual una vez superado permite tener por probados los hechos sobre los que la actividad probatoria se dirige. Para determinar este grado de confirmación los EdP establecen criterios, los cuales una vez satisfechos por el caudal probatorio incorporado en la causa autorizan a aceptar como verdaderos los hechos cuya existencia los elementos de convicción se dirigen a probar. En este sentido, Marina Gascón Abellán ha sostenido que los EdP son «los *criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho*; o sea, *los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe*» (Gascón Abellán, 2005, pp. 129).

Actualmente, se ha propuesto atribuir a los EdP la función de distribuir los errores judiciales que produce el sistema (Laudan, 2013). Es decir, al momento de tomar una decisión sobre los hechos de la causa, se presentan cuatro alternativas: que el juez considere probada una determinada hipótesis fáctica que se corresponda con los hechos efectivamente ocurridos en la realidad; que considere como no probada una hipótesis fáctica que no se corresponda con los hechos ocurridos; que considere como probada una hipótesis fáctica que no se corresponda con la realidad (falso positivo); y que no considere probada una hipótesis fáctica que se corresponda con lo efectivamente ocurrido (falso negativo). Bajo esta óptica, el EdP cumpliría la función de distribuir los posibles errores que pueden darse en el proceso, volviendo más (o menos) probables los falsos negativos que los falsos positivos en la medida que el EdP se vuelva más (o menos) exigente y riguroso.

Las particularidades del conocimiento empírico y la adopción de estándares de prueba hacen posible que un juez pueda haber valorado correctamente la prueba incorporada en la causa, haber hecho un correcto uso del EdP aplicable al caso, y aun así haber aceptado como verdadera una hipótesis fáctica que no se corresponda con lo efectivamente ocurrido en la realidad, o viceversa. Es decir, los falsos positivos y falsos negativos no se deben necesariamente a un error del juez en la valoración de la prueba o la aplicación del EdP, sino que estos pueden tener otros orígenes, como por ejemplo la ausencia de elementos de convicción que permitan al juzgador tener por cierta la hipótesis efectivamente acaecida en la realidad. Laudan ha intentado mostrar esta relación entre las dicotomías válido/inválido – verdadero/falso: un veredicto sería válido en la medida que se haya valorado la prueba de manera correcta y se haya interpretado correctamente el grado de severidad del EdP aplicable al caso, e inválido en caso contrario. Por otro lado, el veredicto sería verdadero si los hechos que declara probados coinciden con los hechos que tuvieron lugar en la realidad, y falso cuando no coincide

con lo efectivamente ocurrido. Cabe aclarar que no existe una correspondencia perfecta entre los veredictos válidos con los verdaderos, y los inválidos con los falsos, sino que su relación es contingente. (Laudan, 2013).

La razón por la cual podemos hablar de veredictos válidos y al mismo tiempo falsos, es porque, como bien señala John Rawls, los procesos judiciales representan un tipo de *justicia procesal imperfecta*: si bien se pretende que los hechos declarados probados en el veredicto coincidan con lo efectivamente ocurrido, es imposible lograr que las normas procesales nos conduzcan *siempre* al resultado correcto. Es decir, existe un criterio de corrección independiente al resultado alcanzado por la estricta observancia de las normas procedimentales, el cual es imposible alcanzar en todos los casos, a diferencia de lo que ocurre con la *justicia procesal perfecta* donde la observancia de las normas procesales *garantiza* alcanzar el resultado correcto; y de la *justicia procesal pura* donde la debida observancia del procedimiento *constituye* el resultado correcto. (Rawls, 1995).

Ahora bien, la importancia de los intereses que se encuentran en juego en los procesos penales —la vida y la libertad del acusado principalmente— han llevado a la adopción de EdP exigentes y rigurosos cuando de condenar personas se trata. Uno de los estándares más célebres en este sentido es el utilizado por la justicia norteamericana, la cual únicamente debe condenar cuando la hipótesis incriminatoria ha sido probada *más allá de toda duda razonable* (*beyond a reasonable doubt*, en adelante MATDR). Es decir, la sentencia condenatoria será válida únicamente cuando no exista duda razonable sobre la efectiva culpabilidad del acusado. De esta manera, se prioriza incurrir en una mayor cantidad de falsos negativos que de falsos positivos, buscando así minimizar la cantidad de personas que son erróneamente condenadas[1], es decir, personas que no han cometido el delito que se les atribuye. En otras palabras, al adoptar un estándar de prueba exigente y riguroso como el MATDR, es la sociedad —interesada en imponer una pena a los culpables de un delito— la que carga con (casi) todo el riesgo de error. Esto es así dado que, incluso aunque los elementos de juicio hayan sido suficientes, los mismos hayan sido racionalmente valorados, y la aplicación del estándar de MATDR haya sido correcta, todavía cabe la posibilidad de que la persona condenada no cometiera el delito que se le imputa. Esto se debe, en parte, al carácter inerradicablemente probabilístico del conocimiento empírico, respecto del cual no cabe tener nunca certeza plena. Como menciona Daniela Accatino, la incertidumbre que caracteriza a los juicios de hecho, propia del razonamiento inductivo general,

> «se ve reforzada en el ámbito de la prueba judicial por la posibilidad de que evidencias relevantes no lleguen a ser conocidas por el juzgador, debido tanto a las limitaciones temporales características del proceso, como a la aplicación de las reglas sobre exclusión de pruebas y a la intervención de las partes en la proposición y práctica de las pruebas» (Accatino, 2011, pp.485-486).

1. En el presente trabajo, utilizaré la frase «erróneamente condenada» como sinónimo de falso positivo, y no como supuestos donde se ha valorado incorrectamente la prueba o se ha aplicado de manera errónea el EdP.

En el ordenamiento jurídico argentino también se ha adoptado un estándar de prueba exigente y riguroso en materia penal. Así, los tribunales argentinos sostienen que para poder condenar válidamente a una persona, es necesario que exista «certeza» sobre la existencia del hecho delictivo y la participación culpable del acusado. No obstante, como se mencionó, la naturaleza misma del conocimiento empírico impide que alcancemos certeza sobre la verdad de un hecho (o, mejor dicho, de la proposición que se refiere a un hecho). Sostener que los tribunales argentinos consideran que sólo pueden condenar válidamente cuando se ha alcanzado certeza empírica respecto del hecho objeto del litigio, implicaría caer en el absurdo de que éstos se equivocan cada vez que dictan una sentencia condenatoria. Por el contrario, el estándar de «certeza» ha sido complementado por el principio *in dubio pro reo* adoptado tanto por los códigos procesales en sus normas, como por los jueces en sus sentencias. En este sentido, el art. 3° del Código Procesal Penal de la Nación establece que «[e]n caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado». Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN en adelante) ha definido la duda como el «estado de incertidumbre [que] se desarrolla en el fuero interno de los magistrados como consecuencia de la apreciación de los elementos del proceso en su conjunto» admitiendo la tacha de arbitrariedad de la sentencia cuando «se adviertan desaciertos de gravedad extrema que impongan su admisibilidad» (Fallos 307:1456). Puede decirse, por lo tanto, que cuando hablan de «certeza», los tribunales se refieren a la *certeza moral* que deben presentar para poder dictar una sentencia condenatoria. Esta fórmula alude al alto grado de convencimiento que deben haber alcanzado los jueces al momento de condenar a un acusado.

Si bien tanto el estándar de «certeza», como el de MATDR, se encuentran firmemente arraigados en las tradiciones jurídicas que los han adoptado, no por esto han dejado de ser el blanco de serias críticas. Así, podría decirse que apelar a la «certeza» que deben presentar los jueces al momento de dictar una sentencia condenatoria implicaría establecer «una conexión necesaria y suficiente entre la creencia del juzgador en *p* y la prueba de *p*» (Ferrer Beltrán 2005, pp.144). Esto traería como consecuencia indeseable, el carácter infalible de los jueces al aplicar el estándar, dado que nadie puede estar equivocado de su propio estado mental. Asimismo, este carácter subjetivo del estándar haría que su correcta aplicación sea de un control intersubjetivo imposible. Larry Laudan también ha hecho una crítica similar al estándar de MATDR. Este autor considera que casi todas las interpretaciones de este estándar realizadas por los tribunales norteamericanos definen la noción de duda razonable en términos de los estados mentales que deben presentar los jurados para poder condenar («firmemente convencidos», «completamente persuadidos», etc.). Es decir, se han ocupado de definir el MATDR en términos de estados mentales en lugar de indicar cuales son los *tipos* de pruebas necesarios para que un agente racional pueda razonablemente convencerse de la culpabilidad de un acusado (Laudan, 2013).

La crítica a los estándares de prueba que apelan a los estados mentales de los jueces ha sido matizada por Susan Haack. Esta autora considera que, si bien el lenguaje en que se expresan los estándares de prueba es parcialmente psicológico, en el sentido que

refiere a los estados mentales del juzgador, lo cierto es que este lenguaje es también en parte epistemológico. Así, estándares como el de «pruebas claras y convincentes» o el MATDR (e incluso también el estándar de «certeza»), parecen cuestiones objetivas que se refieren a la calidad que deben presentar los elementos de juicio para alcanzar el grado de confirmación exigido por el estándar (Haack, 2014). Haack no considera que la confianza del juzgador sea completamente irrelevante: tratándose de una persona *razonable*, su nivel de convicción será directamente proporcional a la fuerza con la que las pruebas disponibles avalen la verdad de *p*. De esta manera, el peso de los elementos de juicio adopta una posición central a la hora de determinar el aval con el que cuenta la hipótesis fáctica objeto del litigio, mientras que las creencias particulares del juzgador asumirían un papel periférico:

> «Esto obviamente exige que los estándares de prueba sean entendidos, no simplemente en términos del grado de confianza del juzgador de los hechos, independientemente de si dicho grado de confianza es adecuado dadas las pruebas, sino en términos de lo que es *razonable* creer a la luz de las pruebas presentadas» (Haack 2014, pp.75-76).

Ahora bien, incluso aunque la posición de Haack sea correcta, existen razones adicionales para adoptar un estándar de prueba más preciso que el de «certeza» o MATDR, o al menos para precisar cuáles son los criterios que subyacen a estos. Esto es así, dado que los dos estándares mencionados carecen del *tipo* de precisión que esperamos encontrar en un juicio criminal. La importancia de los intereses en juego vuelve imperiosa la necesidad de contar con criterios más precisos. El efectivo ejercicio del derecho de defensa por parte del imputado exige que los criterios que deben satisfacer los elementos de juicio para poder aceptar como verdadera —o falsa— la hipótesis incriminatoria, sean claros y se encuentren fijados de antemano. De esta manera, tanto la defensa como la acusación podrán saber con mayor certeza a dónde dirigir sus esfuerzos probatorios y argumentales a la hora de probar y alegar en favor de sus respectivas pretensiones.

A los fines de superar las imprecisiones de los estándares que se utilizan en los procesos penales, diferentes autores han formulado distintas alternativas. Así, Larry Laudan ha propuesto una alternativa objetiva al MATDR, al que considera un estándar subjetivo. El estándar propuesto por Laudan es el siguiente:

> «Si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de pruebas exculpatorias que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario, absuelva» (Laudan, 2013, pp.127).

Otra interesante propuesta de estándar con criterios más precisos que el de «certeza» o MADTR, ha sido elaborada por Jordi Ferrer Beltrán. Su estándar establece dos condiciones, las cuales deben darse conjuntamente para poder tener por probada la hipótesis incriminatoria:

> «1) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas. 2) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles

explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*» (Ferrer Beltrán, 2007, pp.147).

Tanto la propuesta de Laudan como la de Ferrer Beltrán establecen criterios más precisos a la hora de determinar probada la existencia del delito y la participación culpable del imputado. Asimismo, la conjunción de los criterios previstos por cada una de estas alternativas recepta el mismo nivel de exigencia que es esperable encontrar en un estándar penal. Las propuestas indicadas tienen una rigurosidad similar a la prevista en los estándares de «certeza» y MATDR, e incluso, desde una posición como la de Haack, podría decirse que no son más que una interpretación de estos.

Ahora bien, corresponde hacernos la siguiente pregunta. ¿Está justificado que utilicemos estándares de prueba exigentes en los procesos penales? O, en el mismo sentido, ¿es mucho más grave una condena errónea que una absolución errónea, de modo que se justifique un trato tan desigual entre la hipótesis incriminatoria y la absolutoria? ¿Acaso también no sucede algo malo cuando una persona que efectivamente cometió un delito es absuelta por la justicia? Las siguientes secciones del presente trabajo estarán destinadas a responder estas importantes preguntas[2].

SECCIÓN II. LOS COSTOS DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA EXIGENTE: LA PROPUESTA UTILITARISTA DE LARRY LAUDAN.

Como se mencionó en la Sección anterior, la noción de estándar de prueba supone la idea de umbral a partir del cual se puede aceptar como probada la hipótesis fáctica sobre la que versa el proceso. Sin embargo, la epistemología nada dice acerca del grado de exigencia que debe observar ese umbral. En este sentido, existe un relativo consenso entre los autores de epistemología jurídica respecto de que dicha cuestión se encuentra reservada al ámbito de la moralidad política (Haack, 2014; Ferrer Beltrán, 2005; Stein, 2005). Por su parte, Larry Laudan considera que, al momento de fijar el grado de exigencia de un estándar de prueba, entran en juego lo que él llama valores *quasi-epistémicos*. Estos, a diferencia de los valores que conforman el núcleo duro de la epistemología jurídica, se preocupan por la efectiva *distribución* de errores más que por su disminución. En otras palabras, «sus motivos no derivan de su relación con la

2. Como el título mismo lo anticipa, el objeto principal del presente trabajo versa sobre la legitimidad del EdP en el proceso penal. No obstante, existe una discusión lógicamente anterior a la aquí presentada, la cual refiere a la posibilidad teórica misma de los estándares de prueba en general. En este sentido, Daniel González Lagier señala que las distintas propuestas de EdP incluyen expresiones cargadas de vaguedad, lo que impide que cumplan acabadamente su función de umbral, el cual permitiría diferenciar aquellos hechos cuya prueba ha superado las exigencias que plantea el EdP, de aquellos hechos que no. Esto no solo ocurriría con aquellos estándares tradicionales (v. gr. más allá de toda duda razonable.), sino también con aquellos EdP que pretenden presentarse en términos objetivos, los cuales, aunque supongan un avance es su formulación, mantienen un grado elevado de imprecisión que les impide cumplir acabadamente con su cometido (González Lagier, 2014). Aquí no intentaré brindar argumentos en favor de la posibilidad teórica de los EdP, sino que dicha posibilidad será asumida como un presupuesto del presente trabajo.

verdad ni con la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor, menos aceptable, que otros» (Laudan, 2005, pp. 3).

Ahora bien, como se sostuvo más arriba, la enorme exigencia y rigurosidad de los estándares de prueba previstos para los procesos penales para el dictado de una sentencia condenatoria, otorga mayor importancia a la posibilidad de que se condene a un inocente que a la de que se absuelva a un culpable. ¿Está justificado que como comunidad política adoptemos un estándar semejante? Laudan considera que no[3]. Veamos cuáles son sus argumentos.

Para defender su posición, Laudan toma como punto de partida la doctrina hobbesiana del contrato social. Según esta, existiría un contrato entre el Estado y los ciudadanos que lo componen. Debido a este contrato, el Estado se compromete a sacar a las personas del estado de naturaleza en que se encontraban —o se encontrarían— antes de su celebración. Esto implica, principalmente, otorgarles protección a sus súbditos respecto de las agresiones que podrían sufrir en manos del resto de los ciudadanos. A cambio, el Estado exige el monopolio de la coacción, como así también obediencia a las personas que se encuentran bajo su potestad. Sin embargo, la sanción de aquellos que transgredan las leyes que permiten superar el estado de naturaleza implica la creación de un nuevo riesgo para los ciudadanos. Esto es así, dado que siempre existe la posibilidad de que el castigo estatal, por un error a la hora de establecer judicialmente los hechos, finalmente recaiga sobre quien no infringió la ley. Por esta razón, el contrato social, para ser legítimo, no solo debe proteger a las personas de la agresión del resto de sus conciudadanos, también debe protegerlas de ser castigadas por error (Laudan, 2011a).

Ahora bien, Laudan remarca que ambas cuestiones no pueden ser cumplidas en su totalidad de forma simultánea. Las características propias del conocimiento empírico lo impiden: siempre habrá casos de falsos positivos, por más exigente que sea el estándar de prueba utilizado. Si esto es así, para determinar si el Estado cumple con su parte del contrato, debe poder demostrar que las pérdidas de libertad que sufren los ciudadanos al comprometerse a cumplir la ley son más que compensadas por la protección que la vigencia del contrato social conlleva. Sin embargo, Laudan considera que la situación actual de casi todos los Estados modernos impide afirmar que dicho contrato se cumple de forma adecuada. Esto es así, dado que en todos ellos la probabilidad de ser víctima de un delito grave es muy importante, mientras que la probabilidad de ser erróneamente condenado es sensiblemente menor (Laudan, 2011a). De esta manera, los Estados modernos *subestiman* la importancia de ser víctima de un delito grave, mientras que *sobrestiman* las consecuencias de ser hallado erróneamente culpable en un juicio criminal.

Asimismo, Laudan remarca que se trata de dos cuestiones que están directamente relacionadas, de manera que no pueden ser abordadas de manera independiente:

3. Si bien las consideraciones realizadas por Laudan en el trabajo citado están dirigidas a abordar la situación norteamericana de la cuestión, muchos de sus argumentos pueden ser aplicados también a la realidad argentina y a la de la mayoría de los países que adoptan estándares de prueba rigurosos en sus procesos penales.

mientras más elevado sea la protección que le otorguemos a los inocentes erróneamente acusados —mediante la utilización de un estándar de prueba estricto—, mayor será la probabilidad de ser víctimas de un delito grave. Esta relación se debe principalmente a la función de prevención especial que cumplen las penas. Si bien no menosprecia su función de prevención general —*disuasión*—, Laudan centra su atención en la *incapacitación* que produce privar de su libertad a los delincuentes, al menos durante el periodo de prisión. En este sentido, considera que existen muchas pruebas empíricas que demuestran que aumentar la cantidad de condenas verdaderas —condenas a personas que efectivamente cometieron el delito por el que se las acusa—, conlleva una disminución del índice de delitos[4] (Laudan, 2011a). Esto es así, dado que la mayoría de los delincuentes presos son infractores recurrentes, quienes han sido detenidos muchas veces antes de ser privados de su libertad y que cometen nuevamente delitos cuando son liberados. De esta manera, incluso aunque las penas no tengan ningún efecto disuasorio en la comunidad, estas todavía les imposibilitan a los potenciales delincuentes la posibilidad de seguir cometiendo nuevos delitos. Asimismo, y atento que estos infractores recurrentes cometen una gran cantidad de ilícitos mientras permanecen en libertad, luego bastaría con duplicar la cantidad de criminales que mandamos a la cárcel para que el índice de delitos de una sociedad determinada disminuya en un número muy superior al de nuevas condenas.

¿Cómo logramos condenar a más delincuentes, y de esta manera disminuir el índice de delitos? Existen distintas maneras de lograr esto, y el propio Laudan menciona alguna de ellas. Así, en primer lugar, contamos con alternativas que permiten reducir el riesgo de condenas erróneas al tiempo de aumentar el número de condenas correctas. De esta manera, se lograría reducir el índice de delito al tiempo de mandar menos inocentes a prisión. Dentro de los cursos de acción que nos permitirían lograr este doble objetivo, encontramos la mejora en las técnicas de identificación para los testigos; el mayor desarrollo de la policía científica mediante la incorporación de nueva tecnología; la mayor capacitación de los funcionarios judiciales en materia de epistemología jurídica; la adopción de políticas públicas destinadas a prevenir los delitos, etc. Sin embargo, Laudan considera que el vehículo más simple con el que contamos para condenar a más delincuentes, y de esta manera disminuir el índice de delitos, es el de modificar el estándar de prueba que utilizamos para juzgar a los acusados. Como se mencionó anteriormente, los estándares que se utilizan actualmente en los procesos penales reducen la probabilidad de que se condene a una persona inocente, pero vuelven mucho más probable que se absuelva al verdadero culpable. No obstante, estos tipos de estándares no son eficientes, dado que en los hechos la probabilidad de ser víctima de un delito grave es notablemente mayor que la de ser erróneamente condenado.

4. Cabe aclarar que Laudan centra su análisis en lo que él considera delitos graves (en especial homicidio y violación). Los datos empíricos que ofrece en su trabajo lo son con relación a estos delitos. Por esta razón, debemos circunscribir sus propuestas a estos últimos, dejando de lado a los delitos menos graves –como el hurto, estafas, tráfico de estupefacientes- respecto de los cuales no pretende realizar afirmación alguna (Laudan, 2011a).

Para entender la propuesta de Laudan, debemos aceptar que existe cierto paralelismo entre ser víctima de un delito grave y ser condenado de manera errónea. Al menos desde un punto de vista material, esto tiene sentido, dado que, si el principio de proporcionalidad penal tiene efectiva vigencia dentro del ordenamiento jurídico en cuestión, luego se puede esperar que exista una proporción entre la ofensa cometida y el castigo sufrido. Sin embargo, las cláusulas del contrato social no nos dan razones para sobrestimar los efectos de ser condenado por error y subestimar los de ser víctima de un ilícito. Por el contrario, para que el accionar del Estado sea legítimo, debe *minimizar el riesgo total* de sufrir cualquiera de estos dos perjuicios. Así, Laudan señala que

> «el Estado está obligado a minimizar el riesgo *total* que corre el ciudadano y, según las circunstancias que se den en una sociedad dada en un momento dado, tal minimización podrá requerir modificaciones considerables de cualquier elemento que pueda incidir de manera efectiva en la reducción del riesgo total» (Laudan, 2011a, pp.252).

Esta teoría —a la que Laudan llama *teoría de Laplace-Nozick*— requiere que el estado busque minimizar el siguiente valor: «[p (persona inocente que será condenada por error) + p (persona inocente que será víctima de un delito)]» (Laudan, 2011a, pp. 252). Asimismo, y como es lógico suponer, los estándares de «certeza» y MATDR no cumplen con esta exigencia, dado que, si bien mantienen el número de condenas erróneas en niveles relativamente bajos, lo hacen a costa de aumentar exponencialmente el riesgo de ser víctima de un delito grave.

La *teoría de Laplace-Nozick* viene a resaltar que lo realmente importante es la probabilidad de que un ciudadano común sea erróneamente condenado, y no la probabilidad de que un acusado sea erróneamente condenado. Ambas cuestiones no son equivalentes, y lo que le importa a la teoría propuesta de Laudan es reducir el riesgo total de sufrir un delito o ser condenado por error, y no el riesgo que tiene un acusado de ser condenado por error. El riesgo que enfrenta un inocente erróneamente acusado de ser finalmente condenado será mucho mayor del riesgo que enfrenta cualquier ciudadano de ser igualmente condenado por error. Sin embargo, a los efectos de la teoría propuesta por Laudan, lo que realmente importa es este último tipo de riesgo y no el primero: «lo que me preocupa, en primer lugar, no son las probabilidades de ser condenado [erróneamente] *si* soy llevado a juicio, sino sencillamente las probabilidades de ser condenado por error *per se*» (Laudan, 2011a, pp. 261).

¿Cómo fijamos, entonces, un estándar de prueba racional? Laudan, siguiendo a Kaplan, propone la siguiente formula:

$$EdP= 1/[1+(costAF/costCF)]$$

En base a los datos empírico que Laudan presenta, el costo de una absolución falsa (costAF) son siete crímenes violentos que quedan sin ser prevenidos. Por otro lado, el costo de una condena falsa (costCF) son esos siete crímenes sin evitar *más* el daño que se le ocasiona a la persona erróneamente condenada. Laudan sostiene que incluso aunque consideremos, por mor del argumento, que el daño que padece esa última persona es

el *doble* del que se sufre por ser víctima de un crimen violento, luego el EdP adecuado sería del 56% (0,56=1/[1+(7/9)] (Laudan, 2011b). Es decir, al menos en USA, bastaría con que el jurado considere que existe una probabilidad del 56% de que un acusado es culpable, para que deba dictar un veredicto condenatorio.

Por otro lado, Laudan ofrece un interesante argumento adicional en favor de su postura. Según este autor, la principal función que le atribuimos a los EdP exigentes en materia penal es disminuir la probabilidad de ser erróneamente condenados. Sin embargo, los estándares exigentes tendrían en realidad el efecto contrario: volverían más probable la posibilidad de ser condenado por error. Esto es así, dado que estos estándares rigurosos permiten que el índice de delitos se mantenga alto. Y la probabilidad de ser condenados por error está directamente relacionada con la cantidad de delitos que tienen lugar en una sociedad determinada: así, mientras más delitos tengan lugar, mayor será la probabilidad de ser acusados y condenados por un delito que no cometimos. Por esta razón, si lo que realmente queremos es condenar menos inocentes, luego debemos disminuir el índice de delitos. Y la manera más natural de lograr esto, es condenar más delincuentes y evitar que estos reincidan. Sin embargo, los estándares exigentes se muestran como un obstáculo contraproducente para lograr este objetivo. Analizado de esta forma, aceptar la *teoría de Laplace-Nozick* tendría como consecuencia disminuir *el número global* de inocentes condenados (Laudan, 2011a). Laudan nos pide que condenemos a más acusados culpables y a más acusados inocentes, aunque solo sea en una primera etapa, para de esta forma disminuir el número *global* de inocentes condenados como así también el número *global* de personas que serán víctimas de delitos.

En lo que sigue, pretendo realizar un análisis crítico de los presupuestos de moralidad política asumidos por Laudan para disminuir la exigencia de los EdP en los procesos penales. Sobre dicha cuestión versarán las próximas secciones del presente trabajo.

SECCIÓN III. UNA DEFENSA LIBERAL DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EXIGENTES EN EL PROCESO PENAL.

En la Sección anterior se expusieron los principales argumentos que invoca Laudan en favor de disminuir la exigencia del EdP en el proceso criminal. Ha llegado el momento de someter esos argumentos a una crítica externa que ponga en cuestión los presupuestos de moralidad política sobre los que descansa su posición.

Como se mencionó anteriormente, Laudan adopta un argumento contractualista para fundar su postura. Así, considera que para que el Estado sea legítimo, luego tiene que cumplir principalmente con los dos deberes que surgen del contrato social. En primer lugar, debe proveer protección a los ciudadanos respecto de los potenciales crímenes que pudieran llegar a sufrir. En segundo lugar, debe proteger a los ciudadanos de no ser erróneamente condenados por un delito que no cometieron. Atento que se trata de deberes relacionados —debido a que un más acabado cumplimiento del primer

deber implica una mayor transgresión del segundo—, lo que el Estado debe hacer para ser legítimo es disminuir el riesgo *total* que corren los ciudadanos de sufrir alguno de los dos acontecimientos disvaliosos que los deberes del Estado tienden a eliminar[5].

Ahora bien, ¿es el argumento contractualista invocado por Laudan, un buen argumento? Como sostiene Will Kymlicka, una de las principales críticas que ha recibido este tipo de estrategias argumentativas, es aquella que sostiene que dicho contrato no existió nunca (Kymlicka, 2007). Los contratos solo nos obligan en la medida en que hayan sido efectivamente celebrados. Sin embargo, no tenemos constancias de que un contrato como el que invoca Laudan haya tenido efectivamente lugar en la realidad. Tampoco sirve decir que sería un contrato que *hipotéticamente* celebraríamos para el caso de encontrarnos en un estado de naturaleza, porque un contrato hipotético solo genera obligaciones hipotéticas. Como señala Ronald Dworkin, «[u]n contrato hipotético no es simplemente una forma desviada de un contrato real; lisa y llanamente, no es un contrato» (Dworkin, 1984, pp. 235).

Si esto es así, ¿en dónde reside entonces la fuerza vinculante del contrato social que invoca Laudan? Considero que para responder a esta pregunta, debemos necesariamente tener en cuenta el carácter utilitarista de su propuesta. En tanto teoría moral, el utilitarismo sostiene que tenemos el deber de *maximizar* el bienestar general, entendido este último en término de felicidad o satisfacción de preferencias. El utilitarismo se preocupa por las *consecuencias* de las acciones: estas serán moralmente correctas, en la medida que contribuyan a maximizar el bienestar general. Kymlicka nos indica que existen dos interpretaciones distintas de lo que el utilitarismo es (Kymlicka, 1995). La primer interpretación, concibe al utilitarismo como una teoría teleológica en donde lo correcto se define en términos de incremento de lo bueno (la utilidad). La segunda interpretación, lo presenta como una *concepción* de lo que implica tratar a las personas con *igual respeto y consideración*. Visto de este modo, solo tratamos a las personas como iguales en la medida que otorguemos *igual* peso a sus preferencias, con independencia del contenido de estas o las características de las personas que las sostengan. A los fines de maximizar el bienestar, el utilitarismo toma en cuenta la felicidad o las preferencias de *todas* las personas, y las toma en cuenta por *igual* (Kymlicka, 1995:45-47). El argumento del contrato social invocado por Laudan debe ser visto bajo esta última concepción utilitarista. Concebido de esta manera, su autoridad no deriva del acuerdo efectivo o hipotético de los ciudadanos, sino que su fuerza vinculante reside en tratar a todas las personas con igual respeto y consideración. No tratamos a las personas como iguales si le otorgamos un peso desmedido al riesgo de ser erróneamente condenadas en desmedro del riesgo de ser víctimas de un ilícito. Por el contrario, tratarlas como iguales implica, bajo esta óptica, otorgar a ambos riesgos el peso que efectivamente

5. Cabe aclarar que como se señaló anteriormente, Laudan no considera que la flexibilización de EdP sea una condición necesaria de la disminución del índice de delitos, no obstante considerarla una condición suficiente de dicha disminución. Sin perjuicio de esto, considera a la flexibilización del EdP como el mecanismo más simple que tenemos para alcanzar este objetivo.

tienen, y de esta manera procurar disminuir el riesgo *total* de sufrir cualquiera de estos dos eventos indeseables.

Ahora bien, Richard Lippke ha sostenido que la propuesta normativa de Laudan es mejor entendida como un «utilitarismo de derechos», antes que como un utilitarismo convencional que pretende maximizar la felicidad o la satisfacción de preferencias. Así, si bien es cierto que los acusados por un delito tienen el derecho a no ser condenados en caso de ser inocentes —y que por lo tanto se realice un examen riguroso de la prueba en su contra—, no se trata de un derecho absoluto, sino que por el contrario el mismo debe ser balanceado con el derecho que tiene toda persona a que el Estado la proteja de no ser víctima de un crimen, el cual podría ser vulnerado si se absuelve a un delincuente peligroso. De esta manera, para que el EdP sea legítimo, es necesario que su configuración permita *maximizar* el mayor número *global* de derechos satisfechos, independientemente de quien sea su titular (Lippke, 2015). Adoptar un EdP que no maximice la satisfacción de los derechos, otorgarle un mayor peso al derecho de no ser erróneamente condenado por sobre el derecho de protección de los ciudadanos, implicaría no tratar a todas las personas con el igual respeto y consideración que se merecen. El valor moral de la teoría de Laudan residiría, no ya en lograr el máximo bienestar general, sino en alcanzar la máxima satisfacción de los derechos de las personas.

Aun si aceptáramos la interpretación que hace Lippke de la propuesta normativa de Laudan, todavía quedan algunas preguntas que debemos responder ¿Es el «utilitarismo de los derechos», implícito en la propuesta de Laudan, una buena teoría política? ¿Realmente logra el cometido de tratar a las personas con el respeto y la consideración que se merecen? Robert Nozick se ha encargado de criticar esta particular forma de utilitarismo, al sostener que si bien se trata de una teoría que se propone minimizar las vulneraciones de derechos, logra su cometido tratando a estos últimos de la manera equivocada. Así, en un utilitarismo de este tipo, «las violaciones de derechos (por *minimizar*) simplemente remplazarían a la felicidad total como el estado final pertinente en la estructura utilitarista» (Nozick, 1988, pp. 41). Esto implicaría el deber de violar derechos cuando de ese modo se minimice la vulneración *total* de los mismos. Sin embargo, en contraste con este tipo de utilitarismo que incorpora a los derechos en el estado *final* que debemos alcanzar, uno podría colocarlos como *restricciones indirectas* a la acción por realizar: *no se violen las restricciones R* (Nozick, 1988). Adoptar los derechos como restricciones indirectas, nos prohíbe violarlos a la hora de alcanzar nuestros fines, aun cuando de esta manera se minimice su vulneración global. Desde esta nueva óptica, no estaría permitido aumentar la cantidad de falsos positivos en el proceso penal a los fines de disminuir el índice de delitos. Si las personas tienen el derecho a no ser casos de un falso positivo en el proceso penal, luego no podemos legítimamente disminuir la exigencia del EdP a sabiendas de que esto aumentará la cantidad de inocentes condenados. Esto es así, incluso aunque esa flexibilización del EdP implique disminuir la cantidad de personas que son víctimas de delitos graves, y de esta manera se logre una mayor satisfacción global de los derechos.

Ahora bien, ¿por qué deberíamos respetar los derechos en lugar de maximizarlos? ¿No es irracional obrar de esa manera? Si lo que nos importa es que dichos derechos no sean violados, ¿no deberíamos minimizar la vulneración global de los mismos? Como bien sostiene Nozick, cuando tratamos a los derechos como restricciones indirectas, lo que hacemos es respetar el principio kantiano según el cual las personas deben ser tratadas como fines en sí mismas, y no como medios para satisfacer fines ajenos (Nozick 1988). La segunda formulación del imperativo categórico es contundente al establecer que las personas son inviolables. Si aumentamos deliberadamente el número de falsos positivos en el proceso penal, incluso aunque de esta manera se logre disminuir el índice de delitos, no hacemos sino tratar a las personas como simples instrumentos en favor de fines que no le pertenecen. Respetarlas *en tanto* personas, implica aceptar que hay determinados cursos de acciones que no podemos realizar sin vulnerar su dignidad. Un EdP exigente y riguroso, como lo son el estándar de «certeza» y el MATDR, funciona como una barrera en contra de la instrumentalización de las personas.

Otro autor que ha defendido una posición similar es Carlos S. Nino. En su trabajo *Ética y derechos humanos*, Nino postula un *principio de autonomía de la persona*, el cual establece el carácter valioso de la libre elección de planes de vida, lo que obliga al Estado (y demás individuos) a no interferir en esta elección o adopción y a impedir la interferencia mutua en el curso de tal persecución (Nino, 1989). Nino considera que es posible derivar dicho principio de la regla básica del discurso moral, la cual considera *deseable* que las personas determinen su conducta por la libre elección de aquellos principios morales que juzguen válidos luego de la suficiente reflexión y deliberación. No obstante, como el mismo Nino aclara, dicho principio de autonomía, considerado de forma aislada, constituye un principio de índole *agregativa*. Es decir, si la autonomía de las personas es algo valioso, luego deberíamos maximizar la autonomía presente en la sociedad, aunque para ello debamos sacrificar la autonomía de algunos. Sin embargo, el principio de autonomía personal no actúa solo. Las personas no solo tienen derecho a hacer ciertas cosas, sino también el derecho que no le hagan ciertas cosas sin su consentimiento, como podría ser el derecho a que no se las prive de su vida o libertad sin antes haberlo consentido. Este nuevo principio, al que Nino llama «*principio de la inviolabilidad la persona humana*», prohíbe «*imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y violaciones que no redunden en su propio beneficio*» (Nino, 1989, pp. 239), y funciona como una poderosa barrera en contra de las exigencias utilitaristas. Como se sostuvo recién, el utilitarismo acepta la visión de las personas y de sus derechos como medios que pueden ser sacrificados en pos de minimizar la vulneración global de estos últimos. Asimismo, Nino considera que lo novedoso de este ataque al utilitarismo es el hecho de enfatizar que esta teoría moral permite el sacrificio de los sujetos y sus derechos porque no otorga relevancia moral a la separabilidad o independencia de las personas:

> «se incurre en un error lógico cuando se dice que el reconocimiento de los derechos individuales básicos está limitado por la necesidad de perseguir el bien común. El concepto de derechos individuales hace que las cosas sean exactamente al revés: la función principal de los derechos (…) es la de limitar la persecución de objetivos sociales colectivos, o sea de

> objetivos que persiguen el beneficio agregativo de diversos grupos de individuos que integran la sociedad (…) [L]a idea de derechos individuales fue introducida en el pensamiento filosófico-político como un medio para impedir que se prive a los individuos de ciertos bienes con el argumento de que ello beneficia, tal vez en grado mayor, a otros individuos, a la sociedad en su conjunto o a una entidad supraindividual» (Nino, 1989, pp. 261-262).

El principio de inviolabilidad de la persona humana exige que, para imponer un sacrificio a una persona que no redunde en su beneficio, debemos tener su consentimiento. Solo así la trataremos como un fin en sí misma y no como un simple medio. Ahora bien, nadie dudaría que la imposición de una pena, como la privación de la libertad, supone un enorme sacrificio para cualquiera. Sin embargo, ¿dónde se encuentra el consentimiento en aquellas personas que son condenadas en un juicio penal? Nino responde a esta cuestión con lo que denomina su *teoría consensual de la pena*, la cual considera que reúne los aspectos positivos del utilitarismo y del retribucionismo, al tiempo de evitar sus defectos. De esta manera, la justificación utilitarista basada en la protección social encuentra complemento en otro criterio de atribución de derechos y obligaciones, de beneficios y privaciones, el cual goza de una amplia aceptabilidad en las sociedades actuales. «Ese criterio de distribución es el que está fundado en el consentimiento de los individuos afectados» (Nino, 1989, pp. 261-262). Por esta razón, la imposición de una pena está *prima facie* justificada en la medida que haya sido libremente consentida por el afectado. Y el modo de consentir una pena es realizando una acción penal típica que traiga aparejada como consecuencia jurídica, la implementación de dicha sanción.

Incluso aunque aceptáramos la teoría consensual de la pena de Nino como una buena forma de justificar la imposición de una sanción sin transgredir el principio de inviolabilidad de la persona humana, todavía quedaría una última objeción. No todas las personas que resultan condenadas en un juicio penal efectivamente han cometido el delito que se les atribuye. Los falsos positivos dentro del proceso penal son inerradicables, atento el carácter meramente probabilístico del razonamiento inductivo. Incluso aunque el juez valore correctamente la prueba, y haga un buen uso del más exigente EdP que podamos concebir, a la larga siempre habrá condenas a personas que no habrán cometido el delito en cuestión. No puede decirse en estos casos que la persona «consintió» la pena realizando la acción típica prevista por la norma, porque en los hechos ella no cometió delito alguno.

En un sentido análogo, Larry Laudan ha señalado que el «garantismo»[6] está comprometido con la idea de un derecho moral inalienable a ser absuelto para el caso de ser inocente. Sin embargo, ni el estándar de «certeza», ni el MATDR, ni ningún otro es capaz de asegurar un derecho semejante, por lo que no es posible adoptar un EdP si no es en base a consideraciones utilitaristas (Laudan, 2011a). No importa cuál sea el EdP que adoptemos: a la larga siempre habrá inocentes condenados.

6. Laudan se refiere al «garantismo» como aquella corriente que defiende el derecho de los acusados a ser juzgado por el estándar del MATDR, como así también que las reglas del proceso se inclinen en favor de la absolución del acusado, antes que por motivos epistémicos (Laudan, 2011a, pp. 271).

El límite de la teoría consensual de la pena de Nino, y el del derecho inalienable de las personas a ser absueltas para el caso de ser inocentes con el que se comprometería el «garantismo», son las dos caras de la misma moneda. En la presente Sección se criticó el uso instrumental de las personas y de sus derechos que propone el utilitarismo de Laudan. Sin embargo, cualquier EdP por más estricto que sea, permitirá la existencia de falsos positivos. Si queremos hacer una defensa de los estándares exigentes y rigurosos en el proceso penal debemos poder dar cuenta de esta objeción.

SECCIÓN IV. EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL DESDE LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN.

IV.1

Como se mencionó anteriormente, Laudan acusa al «garantismo» de aceptar, en última instancia, el sacrificio de inocentes en busca de obtener otros beneficios sociales. Uno de los principales destinatarios de su crítica es Ronald Dworkin y su trabajo titulado *Principios, políticas públicas y procedimientos* (Dworkin, 2012,). Laudan sostiene que Dworkin defiende el derecho moral inalienable y absoluto de todo acusado a no ser condenado salvo que su culpabilidad se encuentre probada más allá de toda duda razonable. De esta manera, Dworkin se comprometería con una obligación por parte del Estado de hacer *todo lo humanamente posible* para proteger a los inocentes de ser erróneamente condenados:

> «Dado que condenar a un inocente es, según Dworkin, un daño moral objetivo, el Estado tiene la obligación de garantizar que está haciendo *todo* lo que se encuentra a su alcance para proteger a los inocentes de ser condenados. El MATDR, según este análisis, representa el nivel de seguridad más elevado en materia de sucesos contingentes que los seres humanos pueden lograr. Si no se puede obtener certeza total acerca de los sucesos contingentes (y no hay dudas de que no se puede), el Estado tiene que utilizar la mejor alternativa, que es la certeza moral que surge de una prueba más allá de una duda razonable» (Laudan, 2011a, pp. 276).

Sin embargo, Laudan señala que el MATDR no es lo mejor que podemos hacer para evitar falsos positivos en el proceso penal. Si tenemos el deber de hacer todo lo humanamente posible, podemos pensar en otras exigencias para nuestro estándar que vuelvan todavía más difícil la posibilidad de condenar a un inocente. Por ejemplo, podríamos adoptar un estándar que nos prohíba condenar salvo que la culpabilidad del acusado se encuentre probada más allá de toda duda *residual*, de manera de tener que absolver incluso frente a una duda no razonable. Asimismo, bajo esta óptica siempre sería posible exigir un mayor grado de confirmación de la hipótesis incriminatoria: siempre podríamos pensar alternativas más exigentes que eleven el umbral de confirmación (Laudan, 2011a).

Ahora bien, en *Principios, políticas públicas y procedimientos*, Dworkin estuvo lejos de sostener la tesis que Laudan le atribuye. Tampoco puede decirse que se trate de una interpretación que hace Laudan del trabajo de Dworkin, porque de ninguna forma se ajusta a lo sostenido por este último: lisa y llanamente no es una interpretación. Dworkin reconoce el derecho incuestionable que tiene todo acusado inocente a ser absuelto. Sin embargo, su objetivo es establecer los límites de ese derecho. Así, ya en las primeras líneas de su trabajo, Dworkin reflexiona:

> «Del hecho de que todo ciudadano goza del derecho a no ser condenado si es inocente, ¿se sigue que tiene el derecho a que se adopten los procedimientos más precisos posibles para probar su culpabilidad o inocencia, sin importar los costos que esos procedimientos tengan para la comunidad en su conjunto? (…) De ser así, debemos reconocer que el sistema penal (de los Estados Unidos y Gran Bretaña y de cualquier otra parte) es injusto y viola de manera sistemática los derechos individuales. Pues los procedimientos de los que disponemos para probar la culpabilidad o inocencia son menos precisos de lo que podrían ser» (Dworkin, 2012, pp. 103).

Lo que Laudan hace es crear un hombre de paja a partir de la posición sostenida por Dworkin para luego criticarla. No obstante, todavía nos queda por ver la respuesta que da este último respecto de los límites del derecho a no ser erróneamente condenado.

Dworkin sostiene la existencia de dos tipos de daños cada vez que se condena a un inocente. Al primer tipo lo denomina «daño básico» (*bare harm)*, y con él se refiere a los distintos padecimientos, dolores, frustraciones, que sufre toda persona como consecuencia de una pena, *independientemente* que se trate de una persona culpable o un inocente erróneamente condenado. El segundo tipo lo denomina «daño moral» (*moral harm*), y con él se refiere al «factor injusticia» de soportar una pena sin haber cometido delito alguno. Este último tipo de daño es objetivo: existe con independencia de lo que la persona erróneamente condenada piense de su culpabilidad (Dworkin, 2012). Sin embargo, las personas no tienen el derecho a los procedimientos más precisos posibles de manera que se reduzca al mínimo la posibilidad de sufrir un daño moral. Por el contrario, Dworkin considera que el derecho a no ser un caso de falso positivo se agota en lo que podríamos denominar dos «sub-derechos».

En primer lugar, las personas tienen el derecho a que los procedimientos penales le otorguen la *importancia debida al riesgo de daño moral*. La comunidad política tiene que ser *deferente* con la posibilidad de que se esté causando un daño moral condenando a una persona erróneamente acusada. Por esta razón, los procedimientos —primordialmente el EdP— deben ser sensibles a esta alternativa, asignando a la posibilidad de que se dicte un veredicto falso, la importancia que el daño moral por ser erróneamente condenado exige. Como menciona Dworkin, no cumplimos con el deber correlativo cuando decidimos la culpabilidad de una persona arrojando una moneda al aire, o simplemente en base a cálculos utilitaristas (Dworkin, 2012). Es necesario detenernos aquí porque en este «sub-derecho» reside la diferencia fundamental entre la posición de Dworkin y el utilitarismo de Laudan. Según el primero, debemos tener en cuenta al momento de juzgar a un acusado, la importancia debida del riesgo de causar un daño

moral para el caso de que esa persona sea inocente, y no los posibles beneficios que se pudieran derivar de un accionar menos preocupado por su potencialidad dañosa. Para Dworkin, la rigurosidad del EdP con que se debe juzgar a las personas está dada por el daño moral que podríamos causarles a las mismas si el veredicto condenatorio fuera erróneo.

Por el contrario, Laudan considera que la exigencia del EdP es una función del cálculo de utilidad, donde no solo se tienen en cuenta los costos de condenar a alguien que tiene derecho a no ser condenado, sino también la satisfacción de otros derechos que un EdP menos exigente que el MATDR podría lograr. Para este último autor, «los argumentos de que las reglas del juicio nunca deberían ser alteradas para facilitar condenas porque representan derechos inalienables y moralmente fundados, son, por decirlo con palabras de Bentham, "tonterías en zancos"» (Laudan, 2011a, pp. 296). Sin embargo, esta última posición es errónea, dado que niega la separabilidad moral de las personas: debemos tomar las precauciones para no dañar a otros, y no intentar capitalizar los potenciales beneficios que cabría esperar de una flexibilización de dicho deber. El daño moral que sufre una persona cuando es condenada por error es enorme, y por esa razón hacemos bien en adoptar un estándar que tenga correlación con la importancia de dicho daño.

Ahora bien, ¿hay un solo estándar de prueba que se ajuste a la importancia de ese daño? Dworkin no se compromete con un determinado EdP para el dictado una sentencia condenatoria. Por el contrario, afirma que el primer derecho establece un nivel *mínimo* de protección que debe observar el proceso penal para ser legítimo. Sin embargo, difícilmente podría decirse que se le otorgó la debida importancia al riesgo de daño moral si se dictó una condena existiendo otras alternativas exculpatorias plausibles que podían explicar los elementos de juicio incorporados al proceso; o si la hipótesis incriminatoria no pudo explicar las pruebas incorporadas a la causas; o si al momento de corroborar datos nuevos que la hipótesis incriminatoria permitía predecir, los mismos no resultaron confirmados; o si existía una prueba exculpatoria muy difícil de explicar para el caso de que el acusado hubiera sido realmente culpable, etc.

En segundo lugar, las personas tienen el derecho a una *ponderación coherente de la magnitud del daño moral*, es decir, el derecho a disponer de procedimientos compatibles con el valor que la propia comunidad, a través de sus leyes, le otorga a ese tipo de daño (Dworkin, 2012:123). Con este derecho, se pretende poner de relieve el *igual* trato que se les otorga a todos los miembros de la comunidad política. Así, todos los ciudadanos, al menos *a priori*, tienen la misma probabilidad de ser sometidos a un proceso penal para el caso de ser inocentes, y también *a priori*, todos tienen la misma probabilidad de participar en los beneficios que genera la existencia de la justicia criminal. Debido a este segundo derecho, la implementación de un EdP que no implique hacer todo lo humanamente posible por no condenar a un inocente, será legítimo en la medida que los riesgos que conlleve no sean soportados únicamente por algún sector de la sociedad. Por el contrario, la posibilidad de ser llevados a juicio por un delito que no cometimos

es un riesgo que todos corremos día a día. Basta con estar en el lugar equivocado en el momento equivocado.

Ahora bien, como Dworkin advierte, la distinción entre ambos «sub-derechos» dista de ser tajante. Esto es así, porque para poder realizar una ponderación coherente del daño moral, esto es, determinar el valor que la propia comunidad le otorga a ese tipo de daño a través de sus leyes, no basta con ubicar el registro textual e histórico de las mismas. También es necesario *interpretar* esas leyes, para lo cual tenemos de dotarlas de una justificación, lo que nos remite a los principios morales que tuvimos en cuenta para fundar el primer «sub-derecho» antes analizado (Dworkin, 2012).

En resumen, para Dworkin, la legitimidad del EdP dependerá que respete ambos derechos y no que exija hacer todo lo humanamente posible para evitar condenar a un inocente:

> «[L]as personas llevadas a proceso penal no gozan del derecho a disponer de los procedimientos más precisos posibles para desafiar los cargos en su contra. Pero si gozan de otros derechos genuinos: el derecho a disponer de procedimientos que otorguen una evaluación correcta al daño moral en los cálculos que fijan el riesgo de injusticia que correrán; y otro, vinculado con el anterior, que en términos prácticos es aún más importante, que es el de recibir un tratamiento igualitario respecto de esa valoración» (Dworkin, 2012, pp.126). «El contenido de esos dos derechos ofrece un punto intermedio entre la negación de todo derecho procedimental y la aceptación de un derecho superior a la exactitud» (Dworkin, 2012, pp.124).

Como se dijo anteriormente, Laudan realiza una caricaturización de la teoría de Dworkin en particular, y del deontologismo en general. La idea de hacer *todo lo humanamente posible* es una idea propia de las doctrinas consecuencialistas, pero la misma no puede trasladarse al deontologismo sin caer en un error conceptual. Todos tenemos el deber general de no dañar a otro —del que se deriva el deber de no condenar a un inocente—. Sin embargo, esto no implica que solo cumplimos con el mismo si hacemos todo lo humanamente posible para evitar que nuestras acciones tengan algún efecto perjudicial en los intereses de un tercero. Como sostiene Dworkin, «[s]i yo fuera a tener todo el cuidado que me fuera posible para no dañar a otros, esa actitud destruiría mi vida, no la mejoraría. No podría siquiera cultivar mi jardín» (Dworkin, 2014, pp. 356-357). No se nos puede imputar el incumplimiento de un deber si teníamos razones suficientes para suponer que nuestro accionar no iba a dañar a nadie.

Además de la propuesta que Dworkin realiza en el trabajo analizado, existen otras teorías similares que pretenden dar cuenta del carácter innecesario de hacer todo lo humanamente posible para no dañar a otros —ni condenar inocentes—, las cuales no necesariamente son incompatibles entre sí. Así, la doctrina del doble efecto sostiene que todo acto puede tener una gran cantidad de efectos, entre los que habrá malos y buenos. Siempre y cuando exista proporcionalidad entre los efectos malos y los efectos buenos que son causados por el acto, y que la intención del agente haya sido únicamente causar los buenos efectos, luego la acción estará permitida. En otras palabras, la doctrina exige dos requisitos, a saber: 1) la proporcionalidad de los efectos y, 2) que el agente no

haya querido como fin ni como medio el efecto malo para alcanzar el bueno. Como se mencionó anteriormente, es cierto que en todo sistema penal siempre existirán falsos positivos. Sin embargo, en la medida que para el dictado de una sentencia condenatoria exijamos la ausencia de toda duda razonable respecto de la culpabilidad del acusado —o un estándar de la misma exigencia—, luego no se podrá decir que hemos querido como medio la condena del acusado inocente. Pero no podríamos decir lo mismo, si el EdP fuera una función del cálculo de utilidad, mediante el cual sopesáramos las consecuencias dañosas de dicho estándar con los beneficios sociales que redundarían en la adopción de este.

Hugo Seleme, siguiendo a Zimmerman, ha defendido una concepción «prospectiva» de la obligación moral, la cual es útil para dar cuenta de nuestra convicción moral de que no violamos los derechos de las personas cada vez que las condenamos sin antes haber hecho todo lo humanamente posible para determinar su culpabilidad (Seleme, 2012; 2017; Zimmerman, 2008). Seleme parte de la idea de que, si la norma sustantiva que se impone prevé una pena justa, luego el mejor curso de acción que puede adoptar el Estado es condenar a todos los culpables y absolver a todos los inocentes. Es decir, el Estado legítimo tiene la obligación de condenar a los culpables y de absolver a los inocentes. Ahora bien, este deber del Estado puede ser analizado desde dos concepciones de obligación moral distinta. Bajo una concepción «objetivista», un agente tiene la obligación de realizar un acto si, y solo si, es la mejor opción que tiene. De esta manera, siempre que un agente no realice el mejor curso de acción disponible, habrá violado su deber. Si el Estado absuelve a un culpable, o condena a un inocente, habrá obrado de una manera moralmente incorrecta, sin perjuicio de que pueda excusarse de dicha violación, demostrando que existían razones para dudar de la culpabilidad del acusado en el primer caso, o demostrando la inexistencia de dichas razones en el segundo. Ahora bien, Seleme señala que este no es el único modo de concebir la obligación de castigar a un culpable o absolver a un inocente. Según una alternativa más plausible, «un agente debe realizar un acto si no existe otro que posea un mayor valor esperado, dada la evidencia disponible ponderada por su grado de confiabilidad» (Seleme, 2017, pp.166-167). Desde esta segunda óptica, el curso de acción correcto no sería ya el mejor curso de acción con que dispone el agente, sino el «prospectivamente» mejor. En este sentido, el valor esperado de una acción está dado por el valor actual de sus posibles resultados, en función a la probabilidad epistémica de que los mismos acaezcan a la luz de la confiabilidad de las evidencias disponibles. Entendida de esta manera, el Estado no tiene la obligación de condenar al culpable y absolver al inocente, sino que debe adoptar el curso de acción que sea prospectivamente mejor, dado el valor actual de condenar o absolver personas culpables o inocentes[7], la probabilidad epistémica de que el acusado sea culpable o inocente en base a los elementos de juicio disponibles, y el grado de confiabilidad de estos últimos (Seleme, 2017).

7. Seleme aclara que este valor actual, está dado por nuestras convicciones morales sobre la importancia que le asignemos a condenar a un inocente y absolver a un culpable.

Llegado a este punto del trabajo, es posible realizar algunas precisiones en torno a la función que cumplen los EdP. En la Sección I vimos como Laudan asigna a estos la función de distribuir los errores dentro del proceso. Así, menor o mayor rigurosidad del EdP implicará una menor o mayor cantidad de falsos positivos y falsos negativos. Como sostiene Lippke, esta forma de pensar lleva implícita la idea de que existe una determinada relación óptima entre falsos negativos y falsos positivos (v.gr. 2/1; 10/1; 20/1; 100/1; etc.) que la estructura probatoria del proceso —entre la que se encuentra el estándar de prueba— debería tratar de materializar (Lippke, 2013). A su vez, es posible decir que esta relación óptima lo puede ser ya sea porque la consideremos intrínsecamente valiosa —para el caso de que pensemos, por ejemplo, que hay algo en la relación 10/1 que la hace moralmente superior a una 9/ 1 o 11/1—, o instrumentalmente valiosa —porque, por ejemplo, maximiza la utilidad general o minimiza la vulneración de los derechos—[8]. Ahora bien, en el presente trabajo se ha intentado cambiar dicha manera de interpretar las cosas. Así, el objeto del EdP no sería ya la de distribuir los errores dentro del proceso, sino que tendría dos funciones íntimamente relacionadas, a saber: 1) materializar la importancia que le asignamos a la posibilidad de causarle daño moral a un acusado al condenarlo erróneamente, derivada a su vez del deber de no dañar injustamente a otro y; 2) otorgar un tratamiento igualitario a los miembros de la comunidad. Estas nuevas funciones no descansan en un criterio *cuantitativo* como el anterior —que presupone la existencia de una relación óptima entre falsos negativos y falsos positivos—, sino que el mismo es de una naturaleza *cualitativa* —intenta materializar el *igual respeto* que le debemos a la posibilidad de condenar a un inocente—. La interpretación propuesta cambia de lugar las cosas: la mayor o menor rigurosidad con la que esté configurado el EdP no intentará materializar una relación óptima. Por el contrario, un criterio cualitativo no responde a ninguna relación entre falsos positivos y falsos negativo, sin perjuicio de que *contingentemente*, de la utilización del criterio adoptado resultará —al menos desde un punto de vista estadístico— una determinada relación entre dichos extremos. Decimos que esta relación es contingente dado que, por ejemplo, un mayor progreso en nuestra forma de conocer los hechos del pasado podría modificar dicha relación sin que la rigurosidad del EdP aumente o disminuya[9].

Asimismo, es necesario hacer énfasis en una cuestión que muchas veces confunde a los jueces y exaspera a la opinión pública: como comunidad política podemos tener razones epistémicas que nos permiten tener por cierto que el crimen objeto del litigio existió y lo fue por el acusado X —dado que a la luz de las evidencias, dicha hipótesis se presenta como más probable que cualquier hipótesis alternativa—, y al mismo tiempo tener razones no epistémicas para absolverlo al existir dudas razonables sobre dichos

8. El propio Laudan considera que teniendo en cuenta los costos y beneficios sociales de los falsos positivos y los falsos negativos dentro del proceso penal norteamericano, la relación ideal sería aproximadamente de dos absoluciones falsas por cada condena falsa (2/1) (Laudan, 2012).

9. Cabe remarcar que para el caso de aquellas posturas que diseñen la estructura probatoria del proceso criminal en base a los costos y beneficios sociales que se derivará de la misma, no solo la relación óptima entre falsos negativos y falsos positivos es contingente, sino que también es contingente la rigurosidad misma del EdP.

extremos. Esto es así, dada la diferente naturaleza de ambos tipos de razones: mientras las primeras son de naturaleza teórica —nos indican cómo es el mundo—, las segundas son razones prácticas —nos indican como debemos comportarnos en el mundo—. De esta manera, es posible que, para cumplir con nuestros deberes morales, debamos dejar de lado aquellas creencias fundadas que tenemos respecto de cómo es (o ha sido) el mundo. No existe ningún tipo de contradicción al obrar de esa manera.

IV.2

Retornando a la teoría de Dworkin, el carácter holístico de la misma nos exige para entender más cabalmente su posición sobre la legitimidad del EdP en el proceso penal, que nos alejemos momentáneamente del objeto principal del presente trabajo y nos focalicemos en la posición más general de este autor sobre las condiciones que debe observar la aplicación coactiva del derecho para ser legítima. Esto es, en su particular concepción de *democracia asociativa o constitucional*.

Estamos de acuerdo en que el concepto de «democracia» refiere al gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo. Sin embargo, ¿cuál es el sentido de todo esto? La noción misma de democracia lleva implícita la idea de *autogobierno*. Es decir, que en la medida que se respeten ciertas condiciones, los actos de la comunidad política a la que pertenezco serán, desde un punto de vista moral, *mis* actos (Dworkin, 2019). No obstante, ¿cuándo puede decirse que efectivamente nos estamos autogobernando? Una primera alternativa, es entender que este autogobierno solo puede darse bajo un «gobierno de la mayoría». Desde este punto de vista, solo nos podremos ver como autogobernándonos, en la medida en que las personas tengan una igual participación en la toma de decisiones públicas, y que dichas decisiones se tomen por mayoría de votos. La «premisa mayoritarista» sobre la que se asienta esta particular forma de democracia no niega que las personas tengan derechos fundamentales, sin perjuicio de considerar que son las mayorías las que deben responder cuáles son esos derechos. Por el contrario, la concepción de democracia asociativa o constitucional que defiende Dworkin tiene otro objetivo: el mismo consiste en que «las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos con igual consideración y respeto» (Dworkin, 2019, pp.24).

Para cumplir con este objetivo, Dworkin menciona tres «condiciones democráticas» que deben observar las decisiones de la comunidad para ser legítimas, las cuales constituyen condiciones *relacionales*. Esto es, describen la forma en que debe ser tratado un miembro de la comunidad política, para poder ser considerado como un *miembro genuino* de la misma: el primer requisito se refiere a la posibilidad que deben tener las personas de marcar una diferencia en las decisiones colectivas, como por ejemplo mediante el sufragio universal y la elección de cargos. El tercer requisito, se refiere a la independencia ética de los miembros de la comunidad política, es decir, que desde

el Estado no se imponga una determinada concepción de vida buena. Sin embargo, lo que nos importa a los fines del presente trabajo es la segunda condición: que el proceso político de una comunidad política exprese una concepción de *buena fe* de la igual preocupación por los intereses de todos sus miembros, esto es, que las decisiones políticas que afecten la distribución de beneficios y cargas en la comunidad se tomen teniendo una igual consideración por todos (Dworkin, 2019).

El utilitarismo que propone Laudan a la hora de determinar la exigencia del EdP en el proceso penal, de ninguna forma puede ser visto como una concepción *bona fide* de lo que implica tratarnos a todos con igual respeto y consideración, dado que admite el sacrificio de los derechos de algunos, para lograr una mayor satisfacción global de los derechos de otros. Una comunidad política no nos trata como sus *miembros genuinos* si juzga nuestras acciones despreciando el posible daño moral que podríamos llegar a sufrir para el caso de que el veredicto resulte erróneo, con independencia de que seamos efectivamente culpables o inocentes del delito por el que se nos acusa. Por el contrario, lo que la membresía genuina requiere en un proceso penal, es que al momento de juzgarme, se tenga en cuenta la *importancia debida al riesgo de daño moral* que podría llegar a sufrir si se me condena siendo inocente; y que se realice una *ponderación coherente de la magnitud de dicho daño*, de manera que el EdP con el que se me juzgue sea igual al que la comunidad utiliza para enjuiciar al resto de mis conciudadanos. Si se utiliza un EdP que satisfaga estos dos criterios, luego la acción por la cual el Estado me aplique de manera coactiva una pena podrá ser vista desde un punto de vista moral, como *mí acción*, independientemente de que yo sea culpable o inocente del delito en cuestión[10].

Bajo esta óptica, la adopción de un EdP exigente constituiría una *condición democrática* del procedimiento penal en general, y de la sentencia condenatoria en particular. De esta manera, si el órgano encargado de sancionar leyes, mediante una decisión mayoritaria, adoptara un EdP que no respete los dos derechos básicos que tienen las personas al momento de ser juzgadas en un proceso penal, y luego un juez declarara inconstitucional esa ley por no respetar esos dos derechos básicos que tienen las personas en tanto miembros genuinos de la comunidad política, dicha declaración de inconstitucionalidad no menoscabaría la democracia, sino que por el contrario la *perfeccionaría*.

Esta idea de concebir a los EdP exigentes y rigurosos como una condición democrática del proceso penal y la aplicación de las penas, no debería por qué resultarnos extraña. En el *leading case* «In re Winship», la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos reconoció el derecho constitucional que tiene todo acusado a no ser condenado en un proceso penal, salvo que la existencia del hecho por el que se lo acusa y su participación en el mismo se encuentre probada *más allá de toda duda razonable.* Asimismo,

10. Cabe aclarar que la observancia de estos dos criterios a la hora de juzgar a una persona, constituyen una condición necesaria de la legitimidad de la pena impuesta, más no una condición suficiente. El establecimiento de la totalidad de condiciones necesarias para que la pena impuesta sea legítima excede el objeto del presente trabajo.

sostuvo que dicho derecho se deriva de la cláusula de «debido proceso legal» prevista en la decimocuarta enmienda de la Constitución Norteamericana:

> «El requisito de prueba más allá de una duda razonable tiene un papel vital en nuestro procedimiento penal por razones convincentes. El acusado, durante un enjuiciamiento penal, tiene intereses en juego de inmensa importancia, tanto por la posibilidad de perder su libertad tras la condena, como por la certeza de que la condena lo estigmatizaría. En consecuencia, una sociedad que valore el buen nombre y la libertad de cada individuo no debe condenar a un hombre por la comisión de un delito cuando hay una duda razonable sobre su culpabilidad» (397 U.S. 358 [1970]).

Ahora bien, ¿qué sucede con las víctimas de los delitos que se habrán de cometer como consecuencia de los falsos negativos que un EdP tan estricto permitirá? ¿Las tratamos como miembros genuinos si no les brindamos toda la protección que les podríamos brindar? Como comunidad política tenemos importantes deberes de protección frente a todos los miembros que la componen: no los trataríamos como miembros genuinos si no los protegiéramos de los distintos delitos que podrían tenerlos como víctimas. Sin embargo, esto no implica que para cumplir ese deber de protección debamos hacer *todo lo humanamente posible* para impedir un delito, ni que el cumplimiento de este deber nos habilite a violar los derechos de los acusados en particular —como nos exigía el utilitarismo de Laudan —, ni de cualquier persona en general. Por el contrario, debemos distinguir los medios *legítimos* con los que cuenta el Estado para la disminución del índice de delitos, de aquellos *ilegítimos*. Los primeros están compuestos por todos los cursos de acción que el Estado puede adoptar para disminuir dicho índice sin violar el derecho individual de ninguna persona. En la Sección II repasamos algunos de ellos, como podría ser lograr un mayor desarrollo y perfeccionamiento de las policías forenses, una mayor capacitación en cuestiones de epistemología por parte de los operadores jurídicos, adoptar políticas públicas tendientes a la prevención del delito, etc. Esto tampoco significa que se deban destinar todos los recursos del Estado para disminuir el índice de delitos. Por el contrario, para que el Estado cumpla con su deber de protección frente a sus miembros, bastará con que disponga de un sistema *adecuado* para prevenir y perseguir delitos, de conformidad a las particularidades que presente cada sociedad, y teniendo en cuenta la necesidad de contar con recursos para hacer frente al *resto* de los deberes que el Estado tiene para con sus miembros. Si se dispusiera de un sistema tal, y aun así las personas fueran víctimas de algún ilícito, este último no habrá tenido lugar por el incumplimiento del deber de protección del Estado, sino *a pesar* de su cumplimiento.

Por otro lado, y a riesgo de ser repetitivo, los miembros de la comunidad carecen del derecho a que el Estado utilice medios *ilegítimos* para la prevención y el castigo de los delitos, como podría ser la reducción de la exigencia del EdP con que se juzga a los acusados en un proceso penal. No tenemos el derecho a que el Estado subestime el riesgo de daño moral que supone castigar a un inocente, aunque de esa manera nuestro nivel de protección aumente.

¿Y qué sucede con las víctimas de delitos ya consumados? ¿Acaso un EdP exigente no interfiere con su derecho a obtener una sentencia condenatoria respecto de la persona que delinquió en su contra? La cuestión tiene gran importancia, principalmente cuando por las particulares condiciones en que se cometió el delito no existen más elementos de prueba que su testimonio. Pero incluso en estos casos, la flexibilización del EdP atentaría contra la legitimidad de la pena impuesta. Las personas que son víctimas de un delito no tienen un derecho absoluto a que el Estado castigue siempre a sus victimarios, de modo que algo moralmente disvalioso ocurre cuando —por la razón que fuere— dicho castigo no tiene lugar. No obstante, esto no quiere decir que las primeras carezcan de todo derecho en absoluto. Por el contrario, las víctimas tienen el derecho —y la comunidad política el deber correlativo— de que su denuncia sea tomada en serio por los fiscales y magistrados, como así también que se reúnan todas las pruebas relevantes y que las mismas sean correctamente valoradas. Sin embargo, estas víctimas no pueden legítimamente requerir la utilización de un EdP menos riguroso que el que ellas mismas exigirían para el caso de estar sentadas en el banquillo de los acusados.

En esta Sección se intentó hacer una defensa de los EdP exigentes en el proceso penal a la luz de la teoría de Dworkin. Así, vimos que para que un EdP sea legítimo, necesariamente deberá otorgar la importancia debida al riesgo de sufrir un daño moral por ser erróneamente condenado, como así también realizar una ponderación coherente de dicho daño de acuerdo con las leyes de una determinada comunidad. Por lo tanto, para dar una respuesta completa a la pregunta principal del presente trabajo, será necesario analizar los principales antecedentes institucionales del ordenamiento jurídico argentino relativos a esta cuestión.

SECCIÓN V. EL EDP LEGÍTIMO PARA EL DICTADO DE UNA SENTENCIA CONDENATORIA EN ARGENTINA

Como se mencionó anteriormente, corresponde en esta Sección determinar a qué tipo de EdP tienen derecho las personas que son sometidas a un juicio criminal bajo las normas del ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, como se adelantó en la Introducción, la respuesta a esta cuestión dependerá necesariamente de la concepción del derecho que se considere correcta. En este sentido, en un trabajo anterior acepté como correcta la concepción interpretativista del derecho defendida por Ronald Dworkin. Asimismo, en esa oportunidad también acepté que la mejor interpretación de la práctica jurídica argentina es aquella que requiere que interpretemos los distintos antecedentes institucionales que conforman dicha práctica en su *mejor luz moral* (Céspedes, 2020).

Ahora bien, ¿por dónde deberíamos comenzar para responder a la importante cuestión objeto de la presente Sección? Históricamente se han asociado los derechos que las personas tienen en un juicio penal, al principio de presunción de inocencia, por lo que comenzar por este principio constituye *prima facie* un buen punto de partida. Con

anterioridad a la reforma constitucional del año 1994, ese principio se derivaba del art. 18 de la Constitución Nacional, el cual establece que «[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso…». La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, los cuales receptan de manera explícita el principio de presunción de inocencia. Así, el art. 8 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que «[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...». En un sentido similar, contamos con el art. 11 inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el art. 14 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[11].

No quedan dudas, por lo tanto, de la jerarquía constitucional que el principio de presunción de inocencia detenta en el ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, ¿cuál es el alcance que cabe otorgarle al mismo? Mercedes Fernández López señala que la presunción de inocencia encuentra distintas formas de expresión en el proceso penal: en primer lugar, actúa como principio informador del proceso; en segundo lugar, determina el tipo de tratamiento que debe recibir el acusado durante el transcurso del procedimiento; y, en tercer lugar, establece importantes efectos en el ámbito probatorio. Desde esta última dimensión, la presunción de inocencia establece ciertas exigencias a la actividad probatoria para que pueda servir de fundamento a una sentencia condenatoria válida (función de regla probatoria), y también actúa como criterio decisorio cuando existe incertidumbre sobre los hechos objeto del litigio (función de regla de juicio) (Fernández López, 2005).

Ahora bien, en las Secciones anteriores he sostenido que existen importantes razones de moralidad política para interpretar el principio de presunción de inocencia, *al menos*, como una regla de juicio que establece un estándar de prueba estricto a los fines del dictado de una sentencia condenatoria válida. Esto es así, dado que solo tratamos a los individuos como miembros genuinos de nuestra comunidad política, si al momento de dictar una condena en su contra, el nivel de confirmación de la hipótesis incriminatoria guarda proporción con el enorme daño moral que se le puede causar al acusado si el mismo fuera efectivamente inocente. Por esta razón, la *constitucionalidad* de la pena impuesta depende que tanto la existencia del delito como la participación del acusado en el mismo, se encuentren probadas de acuerdo con los criterios fijados por un EdP exigente y riguroso.

En el presente trabajo no pretendo comprometerme con ninguna formulación canónica de EdP para el dictado de una sentencia condenatoria válida, aunque, como se sostuvo en la Sección I, esa formulación debería receptar criterios precisos a los fines

11. Si bien en la presente Sección tengo en cuenta solamente la realidad jurídica argentina, lo cierto es que la mayoría de las constituciones modernas receptan el principio del *in dubio pro reo* en su entramado normativo, por lo que las consideraciones aquí hechas podrían ser operativas también en estas otras realidades normativas.

de permitir una adecuada defensa por parte del acusado. El derecho que las personas tienen en virtud del principio de inocencia puede verse satisfecho con distintos EdP estrictos y rigurosos. No obstante, difícilmente un EdP pueda adecuarse a las exigencias del principio de presunción de inocencia, si el mismo permite que se dicte una condena existiendo otras alternativas exculpatorias plausibles que puedan explicar los elementos de juicio incorporados al proceso; o si permite condenar al acusado cuando no se han confirmado aquellos datos nuevos que la hipótesis incriminatoria permitía predecir; o si autoriza el dictado de una condena existiendo alguna prueba exculpatoria que sería muy difícil de explicar si el acusado fuera realmente culpable, etc.

La interpretación de la presunción de inocencia realizada en la presente Sección no solo se ajusta al texto de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos. También se ajusta al resto de nuestra historia constitucional, más particularmente, a la jurisprudencia de la CSJN. Así, en el caso «Miguel», la Corte estableció que

> «[l]a opción en favor de la condena de Miguel sobre la base de reconocimientos impropios que carecen de apoyatura en otros elementos de convicción, cuando a su vez existen numerosas pruebas que incriminan a un tercero, afecta el principio del *in dubio pro reo* que deriva de la presunción de inocencia (art. 18 Constitución Nacional y arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en virtud del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)» (Fallos 329:5628).

En un sentido coincidente, la Corte Suprema sostuvo en el fallo «Vega Giménez» que

> «[l]a valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado» (Fallos 329:6019).

En el fallo «Casal», la CSJN estableció la distinción existente entre la tarea de reconstrucción de los hechos pasados que realiza un historiador, de la que realiza un juez en el marco de un proceso penal:

> «La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda» (Fallos: 328:3399).

En «Carrera», la Corte insistió con la distinción establecida en «Casal», al sostener que

> «[l]a reconstrucción de hechos acaecidos en el pasado que lleva adelante el juez penal en sus sentencias no se produce en idénticas condiciones a las que rodean la actividad de un historiador. Pues, a diferencia de lo que sucede en el campo de la historia frente a hipótesis de hechos contrapuestas, en el derecho procesal penal el *in dubio pro reo* y la prohibición de *non liquet* (arg. Fallos:278: 188) imponen un tratamiento diferente de tales alternativas, a partir del cual, en definitiva, el juez tiene impuesto inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado» (Fallos: 339:1493).

Como puede observarse, en los fallos «Casal» y «Carrera» la CSJN ha explicitado uno de los criterios que conforman el estándar de «certeza», relativo a la ausencia de hipótesis exculpatorias que puedan explicar el caudal probatorio incorporado a la causa a los fines de poder dictar una sentencia condenatoria válida. No obstante, si bien esto implica un importante progreso en materia de EdP, es necesario que se expliciten el resto de los criterios que conforman el estándar de «certeza» para permitir un más adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte del acusado.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo he realizado, siguiendo a Dworkin, una defensa liberal de los EdP exigentes para el dictado de una sentencia condenatoria en el marco de un proceso penal. De esta manera, como condición necesaria de la legitimidad de la pena impuesta, se requiere que el EdP utilizado asigne la importancia debida al riesgo de daño moral que podríamos causarle a un inocente al condenarlo erróneamente, como así también que se realice una ponderación coherente de la magnitud del daño moral, de modo de otorgarles un igual trato a todos los miembros de la comunidad política.

Actuar correctamente, esto es, respetando el derecho de nuestros conciudadanos, implica correr ciertos riesgos. Probablemente podríamos disminuir el índice de delitos flexibilizando la rigurosidad del EdP que utilizamos en el proceso penal para el dictado sentencias condenatorias. Eso nos volvería una comunidad más segura, pero no una mejor comunidad. Tratar a las personas con el igual respeto y consideración que se merecen requiere que dejemos de lado la seguridad que de otro modo podríamos conseguir. Sacrificar los derechos de las personas en pos de una mayor seguridad, se trata, como sostiene Dworkin, de un consejo dictado por la vergüenza: «somos más valientes que eso y tenemos más respeto hacia nosotros mismos» (Dworkin: 2003, pp. 41).

BIBLIOGRAFÍA

Accatino, D, 2011: «Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* XXXVII: 483-511.

Céspedes, T, 2020: *Eutanasia y autonomía,* Buenos Aires, Astrea.

Dworkin, R, 1984: *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (trad.), Barcelona, Ariel

Dworkin, R, 2003: «Terror & the Attack on Civil Liberties», *The New York Review of Books*, 17, (50): 37-41.

Dworkin, R, 2012: *Una cuestión de principios,* Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Dworkin, R, 2014: *Justicia para erizos,* Buenos Aires, FCE.

Dworkin, R, 2019: *El derecho de las libertades,* Lima, Palestra.

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

Ferrer Beltrán, J, 2005: *La valoración racional de la prueba,* Madrid: Marcial Pons.

Gascón Abellán, M, 2005: «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 28: 127-139.

González Lagier, D, 2014: «Presunción de inocencia, verdad y objetividad», en *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho*, Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (coords.), Granada, Editorial Comares.

Haack, S, 2013: «El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica», en *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica,* Cármen Vázquez (ed.), María José Viana y Carlos Bernal (trads.), Madrid, Marcial Pons.

Kymlicka, W, 1995a: «La tradición del contrato social» en *Compendio de ética*, Peter Singer (ed.), Madrid, Alianza Editores.

Kymlicka, W, 1995b: *Filosofía política contemporánea: Una introducción*, Roberto Gargarella (trad.), Barcelona, Ariel.

Laudan, L, 2005: «Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho,* 28: 95-113.

Laudan, L, 2011a: *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal,* Buenos Aires, Hammurabi.

Laudan, L, 2011b: «The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good?» *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1: 197-227.

Laudan, L, 2012: «Is It Finally Time to Put "Proof Beyond a Reasonable Doubt" Out to Pasture?» *The Routledge Companions to Philosophy of Law*, Andrei Marmor (coord.), New York: Routledge.

Laudan, L, 2013: *Verdad, error y proceso penal,* Madrid: Marcial Pons.

Lippke, R, 2013: «Justifying the Proof Structure of Criminal Trials», en *International Journal of Evidence & Proof*, 17, 323-346.

Nino, C, 1989: Ética y derechos humanos, Buenos Aires, Astrea.

Nozick, R, 1988: *Anarquía, estado y utopía,* México D.F., FCE.

Rawls, J, 1995: *Teoría de la justicia,* 2° ed. México D.F., FCE.

Seleme, H, 2012: «La defensa de un culpable: una justificación moral», *Isonomia,* 37: 17-60.

Seleme, H, 2017: «Presunción de inocencia y concepciones de la obligación moral», en *Ars Boni et Aequi,* 13, (1): 159-187.

Stein, A, 2005: *Foundations of Evidence Law,* Oxford: Oxford University Press

Zimmerman, M. J, 2008: *Living With Uncertainty*, Cambridge, Cambridge University Press.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba

Duty of Candor, Rule of Silence and Standard of Proof

Hugo Omar Seleme

Autor:
Hugo Omar Seleme
Universidad Nacional de Córdoba – CONICET, Argentina
hugoseleme@conicet.gov.ar

Recibido: 27-4-2020
Aceptado: 15-7-2020

Citar como:
Seleme, Hugo Omar, (2021). Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 263-288. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.11

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Hugo Omar Seleme

Resumen

La regla del silencio, como estrategia para conciliar las exigencias en pugna que pesan sobre el abogado en el proceso adversarial, debe ser corregida en dos sentidos. Primero, es necesario advertir que el deber de veracidad es sensible a los elementos de juicio que dan sustento a lo que el abogado asevera o niega y al estándar de prueba que utiliza el proceso judicial. Segundo, los elementos de juicio pertinentes para determinar si la exigencia de veracidad ha sido o no satisfecha son aquellos de los que dispone el abogado aun si estos son inadmisibles en el proceso por la existencia de filtros no-epistémicos. La regla revisada impone un deber débil de veracidad que pesa sobre el abogado aun antes que la acción judicial haya sido iniciada. Falta a su deber de veracidad el abogado que al iniciar la demanda o al contestarla realiza aseveraciones sin tener a su alcance elementos de juicio –admisibles o inadmisibles– que las respalden hasta el punto requerido por el estándar de prueba del proceso que pretende iniciar.

Palabras clave: Ética profesional; deber de celosa defensa; proceso judicial; permisión de mentir.

Abstract

The rule of silence, as a strategy to reconcile the competing demands on the lawyer in the adversarial process, must be revised in two ways. First, the duty of candor is sensitive to the elements of judgment that support what the lawyer asserts or denies and the standard of proof used in the judicial process. Second, the pertinent elements of judgment to determine whether the duty of candor has been satisfied are those available to the lawyer, even if those elements are inadmissible in the process due to the existence of non-epistemic filters. The revised rule imposes a weak duty of veracity or candor on lawyers, even before the legal action has been initiated. The lawyer who makes assertions without having elements of judgment

–admissible or inadmissible– that bring support to them to the extent required by the legal standard of proof, violates the duty of candor.

Keywords: Legal ethics; duty of zealous defense; legal process; permission to lie.

I. INTRODUCCIÓN

Existen dos hechos que llaman la atención cuando uno se pregunta acerca de si los abogados tienen algún deber de decir la verdad. El primero, es que todos aquellos que son ajenos a la profesión –esto es el público en general– están de acuerdo en que los abogados mienten. El segundo, es que todos los autores que han tratado el tema piensan que existe algún deber de veracidad, pero no se ponen de acuerdo en cuál es su contenido y extensión.

¿Qué puede explicar estas discrepancias? ¿Por qué razón los ciudadanos en general piensan que los abogados mienten, mientras que los abogados y especialistas en la materia piensan que tienen un deber de decir la verdad? Y si estos últimos acuerdan en la existencia de este deber ¿Por qué no pueden acordar sobre qué es lo que el deber prescribe? Creo que todas estas preguntas encuentran respuesta cuando uno advierte que sobre este tema, como en tantos otros, el rol de abogado se encuentra sujeto a exigencias morales aparentemente conflictivas.

Monroe Freedman ha señalado que los abogados enfrentan un trilema. En primer lugar, deseamos que los abogados obtengan tanta información de su cliente como sea posible. Esto nos interesa porque queremos que el derecho de defensa del cliente y el derecho a tener un acceso efectivo a la justicia, se encuentren garantizados. Si el abogado no conoce todos los hechos relevantes, difícilmente pueda auxiliar a su cliente a promover sus intereses a través del sistema de justicia. En segundo lugar, y en parte para garantizar que el cliente brinde al abogado toda la información pertinente, queremos que el abogado esté obligado por un deber de confidencialidad a no revelarla. Después de todo, si el cliente supiese que lo que le cuenta a su abogado puede ser divulgado, seguramente se cuidaría de mostrar toda la información relevante. Finalmente, deseamos que los abogados sean «auxiliares de la justicia» y que contribuyan a que los órganos jurisdiccionales tomen sus decisiones sobre la base de información de calidad y evidencia confiable (Freedman, 1996).

El abogado tiene el deber de conocer toda la información relevante del caso. Adicionalmente, tiene el deber de no revelarla. Pero tiene también el deber de no engañar al tribunal o a la contraparte, contribuyendo a que la decisión que adopte el tribunal sea informada. La coexistencia de estos tres deberes aparentemente en tensión explica, en parte, porqué las miradas de quienes miran desde fuera y desde adentro a la profesión son discrepantes. Para los ciudadanos en general lo que se vuelve patente es que los abogados no dicen todo lo que saben. La lealtad que el abogado le debe a su cliente, en tanto promotor de sus intereses, y el deber de secreto que lo vincula con éste, hace que no pueda revelar toda la información que posee. Si el abogado fuese sólo un

«auxiliar de la justicia» que debe colaborar con el tribunal, la opinión de los ciudadanos de que mienten seguramente no existiría.

Quienes ejercen la profesión o se ocupan de su estudio tienen una mirada más escrupulosa y atenta a los detalles. Para éstos, los deberes de veracidad que pesan sobre el abogado son más evidentes que para los ciudadanos en general. Tienen plena conciencia, por ejemplo, de que introducir documentos falsos en un proceso es impermisible, o que defender a un cliente en un proceso penal formulando una falsa acusación sobre otra persona es incorrecto, o que introducir pruebas falsas es indebido. Que todos tengan conciencia de estos casos claros en los que no es permisible para el abogado mentir, hace que acuerden acerca de la existencia de un deber de veracidad de los abogados.

Sin embargo, como los contornos del deber de veracidad se definen a partir de las exigencias en sentido contrario de otros deberes –como el de promover los intereses del cliente y el de confidencialidad– junto con los casos claros sobre los que existe acuerdo se encuentran otros en donde el modo de acomodar estas exigencias conflictivas no es uniforme. Por este motivo, aun aquellos que están de acuerdo en que los abogados tienen un deber de veracidad discrepan acerca de cuáles son sus límites y cuál sería el curso de acción correcto frente a ciertas circunstancias problemáticas.

Esto explica por qué teóricos que han empleado su inteligencia, tiempo y esfuerzo en abordar estos problemas, no siempre llegan a respuestas coincidentes. Cuándo un organismo estatal requiere información acerca de una empresa ¿hasta qué extremo puede el abogado de la misma utilizar tácticas para ayudar a que la empresa oculte parte de la información? ¿Basta que el abogado no brinde información falsa para que haya cumplido con su deber de veracidad? ¿Es este el modo correcto de balancear la lealtad que le debe al cliente con su rol de auxiliar de la justicia? Geoffrey Hazard al brindar su opinión experta[1] en un caso resonante de los años 80 en el que una firma legal –Kaye,Scholer– contribuyó a que las oficinas gubernamentales no tuviesen acceso a la información completa de las operaciones fraudulentas o de alto riesgo que llevaba adelante el banco que representaban, sostuvo que la firma actuó correctamente. En el curso de procesos administrativos o judiciales, sostuvo Hazard, las obligaciones que el abogado tiene en relación con terceros son mínimas, mientras que la obligación de confidencialidad y de celosa defensa de los intereses del cliente son de máxima importancia[2]. Otro experto, William H. Simon, discrepó. Para él en esta situación el abogado debe brindar toda la información requerida por la agencia gubernamental (Simon, 1998).

1. Hazard dio su opinión en una gacetilla de prensa de 22 páginas que fue hecha circular poco después de que la agencia gubernamental acusara a los abogados. Otros académicos lo siguieron. Uno de ellos fue Marvel Frankel quien escribió un artículo en el New York Times que coincidía con lo señalado por Hazard.
2. Una de las alegaciones que formuló The Office of Thrift Supervision (la agencia gubernamental encargada de controlar la actividad de estas entidades financieras) fue que Kaye Scholer, a pedido de la agencia, informó que la firma que se encargaba de la contabilidad del banco que representaban había renunciado, lo cual era cierto, pero omitió informar comunicaciones con la firma en donde esta dejaba en claro que los motivos de su apartamiento eran las operaciones de alto riesgo que el banco estaba llevando adelante.

Idénticas discrepancias se observa en los doctrinarios que no abrevan en la tradición anglosajona. Entre quienes han abogado por un deber de veracidad robusto, el más destacado ha sido Couture quien sostiene que «…es posible afirmar que existe un principio ínsito (aunque no exista texto expreso) en el derecho procesal que determina un deber de las partes de decir la verdad...El proceso tiene cierta nota necesaria, cierta inherencia de verdad, porque el proceso es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira.»(Couture, 1950, p. 249) Podetti, refiriéndose al principio de moralidad en el proceso, sostiene que «…consiste en el deber de ser veraces y proceder con buena fe, de todos cuantos intervienen en el proceso, a fin de hacer posible el descubrimiento de la verdad». (Podetti, 1954, p. 97) Grossman, por su parte, señala que «…ni siquiera frente al adversario malicioso se conceden alteraciones de la verdad, puesto que los derechos modernos han eliminado el principio dulum dolo repellere licet (el dolo puede ser repelido por dolo). La mentira de una parte no faculta a la otra para faltar también a la verdad.» (Grossmann, 1940, p. 12) Otros, como Calamandrei, Redenti o Wach, se han inclinado por un deber de probidad o lealtad menos exigente. El artículo 26 del Proyecto Solmi que los tres doctrinarios enmendaron, señalaba en su versión original que «(l)as partes, los Procuradores y los Defensores tienen la obligación de exponer al Juez los hechos según la verdad y de no proponer demandas, defensas, excepciones o pruebas que no sean de buena fe….» Luego de la revisión la referencia a la verdad había sido reemplazada y ahora se establecía el deber de «…comportarse en juicio con lealtad y probidad».

También sirve para explicar por qué diferentes ordenamientos jurídicos han ofrecido diferentes respuestas al problema del deber de veracidad. En algunos casos donde el control de la conducta profesional depende de los diferentes Estados subnacionales, hasta es posible encontrar respuestas divergentes dentro del mismo sistema jurídico nacional. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en Estados Unidos donde al enfrentarse con las exigencias aparentemente conflictivas que surgen del deber de confidencialidad y el deber de auxiliar a la justicia brindando toda la información relevante, algunos Estados han exigido que la información confidencial sea revelada, si ese es el único modo de evitar que el cliente lleve adelante una conducta fraudulenta o es la manera de rectificar la conducta fraudulenta o ilegal para los que fueron utilizados los servicios del abogado[3]; otros Estados sólo han permitido que la información sea revelada pero no lo exigen[4]; y otros, directamente lo han prohibido[5].

Otros Estados nacionales han consagrado lisa y llanamente el deber de veracidad en sus normas procesales. Este es el caso, por ejemplo, del art 138 de la ZPO alemana que lleva por título «el deber de decir la verdad», cuyo texto establece que «1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y

3. Este es el caso, por ejemplo, de Florida, New Jersey, Virginia y Wisconsin.
4. Aquí se ubican la mayor parte de los Estados.
5. Los que han son Alabama, California, y el distrito de Columbia, Kentucky, Missouri, Montana, Nebraska, Rhode Island y South Dakota.

adecuadas a la verdad. 2) Cada parte debe declarar sobre las alegaciones de hecho de su contraparte. 3) Los hechos que no sean discutidos en forma expresa deben considerarse como admitidos, cuando no pueda inferirse la intención de discutirlos de las declaraciones que efectúen las partes. 4) Una declaración fundada en el desconocimiento es solamente admisible en tanto verse sobre hechos que no dependan de los actos propios de la parte ni de un objeto que se encuentre bajo su control.» Idéntica posición adopta el Código General del Proceso uruguayo que establece en su art. 5: «Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. Los sujetos del proceso deberán actuar con veracidad y brindar la máxima colaboración para la realización de todos los actos procesales». Lo mismo sucede con el Código Procesal Civil y Comercial de Brasil cuyo art. 77 establece como «…deberes de las partes, sus abogados y todos aquellos que de alguna manera participan en el proceso: I - exponer los hechos frente al tribunal de acuerdo con la verdad; II - no hacer un reclamo o presentar una defensa cuando se sabe que son sin fundamento…».

Algunos Estados han incluido deberes más genéricos de lealtad, probidad o buena fe. Este es el caso del Código Procesal de la Nación argentino que en su art. 34 estipula como deberes directo de los jueces, y por tanto indirectos de las partes, «…(p) revenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.» Un precepto análogo se encuentra en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba cuyo art. 83 señala que «(l)as Las partes, sus letrados y apoderados, deberán actuar en el proceso con probidad y buena fe…».

Los Códigos de Ética que regulan el ejercicio profesional también han ofrecido diferentes respuestas. Las Model Rules de la ABA, por ejemplo, estipulan en la regla 3.3.1 que «Un abogado no deberá a sabiendas hacer una declaración falsa acerca de los hechos o del derecho ante un tribunal o no corregir una declaración falsa acerca de los hechos o el derecho que él mismo hizo previamente ante el tribunal…». Una posición semejante adopta el Código de Ética del Abogado adoptado por la Junta de Decanos de Colegios de Abogados del Perú, cuyo art. 64 estipula: «En sus manifestaciones, el abogado debe exponer con claridad los hechos, el derecho aplicable al caso, y las pretensiones de su cliente. No debe declarar con falsedad. Incurre en grave responsabilidad, el abogado que induzca a error a la autoridad utilizando artificios que oculten la verdad de los hechos o expongan una falsa aplicación del derecho. El abogado no debe realizar citas doctrinarias o jurisprudenciales inexistentes o tendenciosas, es decir, exponerlas en forma tal que se aparten de la opinión o sentido brindado por el autor.» Otros códigos de ética, como el que rige en la Provincia de Córdoba, estipulan un deber genérico de «auxiliar a la justicia». El art. 19 inc. 1 señala que es deber del abogado «(p)restar su asistencia profesional como colaborador del Juez y en servicio de la Justicia.» El art. 20 inc. 14 estipula un deber de veracidad específico a señalar que el abogado no debe «(e)fectuar en sus escritos o informes verbales citas tendenciosamente incompletas o contrarias a la verdad».

Que los especialistas y los diferentes ordenamientos jurídicos no resuelvan de manera uniforme los problemas vinculados con el deber de veracidad de los abogados puede provocar en quienes advierten la discrepancia una especie de reacción relativista o nihilista. Puede llevarlos a la conclusión de que no existe acuerdo porque no hay nada sobre qué acordar, dado que no existe una única respuesta a los problemas que sea moralmente correcta. Los arrastrados a posiciones relativistas pensarán que no hay una única respuesta correcta porque hay muchas y todas son igualmente válidas[6]. Los arrojados al nihilismo acordarán en que no hay una respuesta correcta porque ninguna lo es[7]. Para ambos, relativistas y nihilistas, el desacuerdo sobre qué es lo que prescribe el deber moral de veracidad es una muestra de que no existe una respuesta que sea la adecuada[8].

Frente a este relativismo o nihilismo moral una reacción entendible puede ser refugiarse en el mero estudio de las normas jurídicas que rigen la conducta profesional. Si la moral es un territorio inestable e incierto donde hay múltiples respuestas correctas a una misma pregunta o es un territorio estéril donde no existe ninguna, es lógico pensar que la única empresa fructífera consiste en analizar las diferentes respuestas legales que se han dado a los problemas morales. Creo que en parte esto ha contribuido a que en nuestra cultura jurídica la discusión moral acerca de los problemas que enfrentan los profesionales del derecho haya estado mayormente ausente[9].

El apartamiento del debate genuinamente moral o ético ha quedado oculto por el hecho de que, en general, los instrumentos legales que contienen la normativa disciplinaria que se aplica a los abogados son denominados como «códigos de ética profesional». Esta confusión entre la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad moral ha conducido a que el modo de responder a los problemas éticos que afectan a la profesión

6. La vinculación entre desacuerdo moral y relativismo puede encontrarse desarrollada en diferentes filósofos morales tales como Philipa Foot (2002), David Wong (1984) o Gilbert Harman (1996), entro otros.
7. Un argumento que parte del desacuerdo moral para concluir en el nihilismo se encuentra en John Mackie(1977, pp. 36–38)
8. Otro camino al relativismo no parte del desacuerdo moral sino de la mera divergencia de respuestas morales. Quienes defienden esta posición no sostienen que no existen fundamentos racionales para resolver los desacuerdos morales, sino que existen diferentes posiciones morales que responden a diferentes esquemas conceptuales los que a su vez hacen referencia a diferentes «mundos morales» que se encuentran normativamente aislados entre sí y que, por lo tanto, no pueden ser racionalmente jerarquizados como superiores o inferiores (Rovane, 2011).
9. Me refiero a la cultura jurídica hispanoamericana. Para que el repliegue sobre las normas jurídicas sea efectivo, es necesario tener una concepción del Derecho que lo aísla del razonamiento moral. Se trata de una visión positivista que ha dominado nuestro medio por algún tiempo. Quizás haya contribuido a esto el hecho de que los primeros positivistas jurídicos contemporáneos, como Kelsen, sostuvieron posiciones subjetivistas en materia de moralidad, privando al discurso moral de cualquier rasgo de racionalidad reduciéndolo a la mera expresión de preferencias. Este rasgo ha sido más prominente en los positivistas continentales que en los anglosajones, siendo los primeros los que más influencia ejercieron sobre gran parte de Latinoamérica.
Tal como muestra Ricardo Caracciolo, esta vinculación del positivismo jurídico con el relativismo moral no es necesaria. Ser positivista y realista u objetivista en materia moral es perfectamente posible (Caracciolo, 2000). No obstante, aunque la vinculación no es necesaria desde el punto de vista conceptual, ha existido de manera indubitable en los hechos.

consista simplemente en interpretar de manera puntillosa las normas legales de carácter disciplinar contenidas en estos «códigos».

Pienso que este abjurar encubierto de la reflexión moral, provocado por la constatación de que existen respuestas divergentes a los problemas éticos aun entre especialistas, es equivocado. La existencia de desacuerdos persistentes no es equivalente a la existencia de desacuerdos irresolubles. Que un desacuerdo sea persistente sólo muestra la complejidad del problema que se enfrenta, pero que la respuesta a un problema sea dificultosa es algo diferente a que no tenga respuesta. Si la existencia de desacuerdos puede explicarse por lo difícil del problema, la reacción adecuada no es abandonar la reflexión ética sino, por el contrario, profundizarla.

Si los desacuerdos acerca del deber de veracidad se explican por la pluralidad de consideraciones morales que hay en juego –lealtad al cliente, deber de confidencialidad, lealtad al sistema, etc.– el camino a seguir no puede ser el que conduce a abandonar la reflexión moral y la reemplaza por el análisis de las normas legales de carácter disciplinario contenidas en los «códigos de ética». La complejidad de los problemas morales vinculados con el deber de veracidad no es una razón para abandonar la reflexión moral sino para profundizarla.

Adicionalmente, esta profundización de la reflexión moral provocará una mejor comprensión del sentido y alcance de las normas disciplinarias. Estas normas son el producto de la lenta decantación de respuestas a problemas morales concretos que produjo a lo largo del tiempo la reflexión de aquellos que han ejercido la profesión. Si estas normas disciplinarias son, en parte, el fruto de la reflexión moral no sólo es absurdo parapetarse en su estudio para evitar caer en el fangoso campo de la moral, sino que, por el contrario, una agudizada sensibilidad moral acerca de las situaciones problemáticas que ellas regulan nos permitirá tener una agudizada comprensión de lo que prescriben.

Las reflexiones acerca del deber de veracidad que ofreceré a continuación se ubican en este dominio de la ética profesional entendida como reflexión moral. No me detendré a interpretar el modo peculiar en que los diferentes sistemas disciplinarios han regulado la materia. El problema que me ocupará no consistirá en interpretar textos normativos sino en identificar las razones morales que tienen los abogados para decir o callar la verdad, dadas las peculiaridades que tiene su rol profesional, en el contexto de un proceso adversarial. Tampoco me ocuparé de interpretar normas procesales, ni de ver las consecuencias procesales que tendría para algunas de las partes no decir la verdad. La pregunta a la que interesa encontrar respuesta es una de carácter ético que se refiere, genéricamente, a cuál es el modo correcto en que un abogado debe proceder.

El argumento que ofreceré intenta mostrar que la regla de silencio no permite acomodar en equilibrio reflexivo[10] las diferentes exigencias que pesan sobre el abogado.

10. Tal como señala John Rawls los argumentos morales, en toda su variedad, intentan mostrar siempre que la posición que se está defendiendo permite acomodar en un todo unificado y coherente las intuiciones morales de diversos grados de generalidad que poseemos (Rawls, 1971). Las intuiciones morales que tenemos en relación con el rol profesional del abogado –que debe estar del lado de su cliente, no revelando la información confiada y colaborando con el tribunal en la búsqueda de la justicia– no son una excepción.

Usualmente se piensa que, si la regla es abandonada y se adopta una más robusta de veracidad, entonces el deber de confidencialidad desaparece, y el de defender los intereses del cliente se ve seriamente comprometido. Creo que existe otro modo de concebir al deber de veracidad, que exige no formular afirmaciones que no estén respaldadas por evidencia empírica, que no compromete las exigencias de confidencialidad y celosa defensa, por un lado, y permite acomodar mejor la exigencia de auxiliar a la justicia.

La estructura del trabajo es la siguiente. En la próxima sección (II) se traza un mapa de los diferentes deberes vinculados con la verdad que pesan sobre el abogado tanto dentro como fuera del proceso. La sección III se ocupa de analizar el modo en que usualmente se entiende el deber de veracidad dentro del proceso adversarial, como uno que puede ser satisfecho meramente por guardar silencio. Esta regla de silencio es defendida como un modo de acomodar las exigencias conflictivas que pesan sobre el abogado en el seno de un proceso de estas características, a saber: la de defender los intereses del cliente y de obtener toda la información relevante, la de no revelar la información que le ha sido confiada y la de auxiliar al tribunal a adoptar una decisión informada no induciéndolo a error. La sección IV, se concentra en las exigencias de veracidad al inicio del proceso adversarial en lo que respecta a los hechos. Muestra el modo en que esta exigencia se encuentra vinculada con los estándares de prueba del proceso, lo que hace que la exigencia de no faltar a la verdad tenga contornos distintos en procesos con diferentes estándares de prueba. Una vez que las exigencias en relación con la verdad que pesan sobre el abogado son interpretadas a la luz de los estándares de prueba, aparece un requerimiento que, aunque impone algo más débil que el deber positivo de decir lo que es cierto, exige algo más que el mero callar lo que es falso. Finalmente, la conclusión a la que se arriba es que falta a su deber de veracidad el abogado que al iniciar la demanda o al contestarla realiza aseveraciones sin tener a su alcance elementos de juicio –admisibles o inadmisibles– que las respalden hasta el punto requerido por el estándar de prueba.

II. EL LUGAR DE LA VERDAD

Cuando se habla del deber de veracidad lo primero que viene a la mente es el escenario de un proceso judicial donde el abogado enfrenta la disyuntiva de presentar o no presentar al tribunal toda la información de la que dispone, con el objetivo de permitir que el tribunal adopte una decisión informada y acorde a derecho. Esta información puede referirse tanto a los hechos como al derecho aplicable. Si el abogado encuentra jurisprudencia, por ejemplo, del máximo tribunal, que es contraria a los intereses de su cliente ¿tiene obligación de revelarla? ¿Qué sucede si se trata de hechos contrarios a las pretensiones del propio cliente? ¿Debe hacerlos saber al tribunal? ¿La respuesta cambia según se trate o no de un proceso contencioso?

Sin embargo, los problemas referidos al deber de veracidad no se presentan sólo en el seno del proceso judicial y aun allí no se refieren sólo al tribunal. En primer lugar,

dentro del proceso, existen situaciones donde lo que debe establecerse es si existe un deber de veracidad hacia la contraparte. Si el abogado en el curso de un proceso judicial, buscando obtener prueba que respalde la petición de su cliente, encuentra evidencia de que la contraparte sufre de una disfunción corporal que de no ser tratada de inmediato le provocará la muerte ¿tiene el deber de revelársela, aun si este material probatorio debilitaría la posición de su propio cliente?

En segundo lugar, también dentro del proceso, el abogado enfrenta problemas que no se refieren a su propio deber de no transgredir las exigencias de veracidad sino a su deber de intentar evitar que otros las transgredan. La posición del abogado es aquí de garante de la veracidad ajena. Un primer supuesto se refiere a la exigencia de veracidad que pesa sobre el propio cliente. Si el abogado sabe que su cliente está dispuesto a realizar una aseveración falsa frente al tribunal ¿debe aconsejarle que no lo haga? ¿Si el cliente insiste, debe renunciar al patrocinio o debe impedírselo de otro modo, en el caso extremo haciendo saber al tribunal la actitud mendaz? ¿Las respuestas son diferentes si se trata de un proceso penal o un proceso civil? Un problema análogo se presenta para el abogado cuando sabe que uno de los testigos que ha ofrecido tiene pensado mentir. ¿Puede el abogado renunciar a esta prueba, aun si sabe que esta favorecería la pretensión de su cliente? Si el testimonio ya fue dado ¿Debe el abogado aconsejar al testigo corregir sus afirmaciones? ¿Debe, en el caso de que esto no suceda, hacer conocer el hecho al tribunal? ¿El tipo de proceso, penal o civil, hace que las respuestas sean diferentes? Finalmente, tanto en el caso del propio cliente como del testigo, ¿cambia la situación si lo que se planea realizar no es una aseveración falsa sino una que, aunque es parcialmente verdadera, puede inducir a error al tribunal?

También existen problemas atinentes al deber de veracidad que tienen lugar fuera del proceso judicial o lo exceden. Uno de ellos es el referido a si el abogado debe decir la verdad a su cliente. Aunque aparentemente la relación contractual que une al abogado con su cliente lo obliga a transmitirle toda la información de la que dispone, tanto dentro como fuera del proceso, existen aquí también situaciones problemáticas. Si el abogado sospecha que la información será mal empleada por el cliente[11] ¿Tiene aun así obligación de brindarla? Supongamos, por ejemplo, que el cliente pide información que el abogado sospecha que será utilizada para evadir impuestos ¿tiene obligación o le es permisible darla sin mayor problema? ¿O debe asegurarse de cuál es el uso que el

11. Existen dos formas típicas de mala utilización según que la persona que vaya a ser perjudicada sea el propio cliente o un tercero. El primer asunto ha sido discutido en la literatura especializada bajo el rótulo de «paternalismo legal» mientras que el segundo se engloba dentro de la exigencia general de «no dañar». Justificar el paternalismo es más complicado porque mientras es pacíficamente aceptado que el límite al ejercicio de la autonomía es el daño a terceros, es más cuestionable que el «principio de beneficencia» sobre el que se apoya el paternalismo pueda derrotar al «principio de autonomía individual». Dennis Thompson establece tres condiciones para que el actuar paternalista se encuentre justificado, a saber que la decisión de la persona que va a sufrir la intervención paternalista no sea competente, que la restricción sobre su autonomía sea lo más restringida posible y que tenga por objetivo evitar que la persona sufra un daño serio (Thompson, 1980, pp. 250–251).

cliente pretende darle?[12] ¿Qué sucede si la información de la que dispone el abogado puede ser potencialmente dañina para el propio cliente? Imaginemos, por caso, que en un juicio de divorcio el abogado ha recibido del abogado de la contraria una serie de documentos, completamente irrelevantes para el resultado del proceso, pero que contienen afirmaciones ofensivas y detalles íntimos del cliente que son embarazosos. ¿Debe darle a conocer al cliente estos documentos? ¿Puede ocultárselos con el objeto de proteger sus sentimientos?[13]

Otro problema se refiere a si los abogados tienen un deber de veracidad en relación con el público en general. Al menos dos situaciones pueden presentarse aquí. La primera tiene que ver con el comportamiento que los abogados deben tener en los medios masivos de comunicación al hablar de causas judiciales en las que están involucrados. Con la creciente tendencia a utilizar estos medios para promover los intereses de sus clientes, en especial cuando se trata de causas judiciales que involucran a personajes públicos como políticos o artistas, se ha vuelto patente el problema de si en éste ámbito es permisible para los abogados no decir toda la verdad o directamente mentir. ¿Puede el abogado no dar información completa o mentir acerca del trámite del proceso judicial en que se encuentra involucrado su cliente con el único objeto de mejorar la imagen que éste tiene ante la opinión pública para de ese modo aumentar las chances de obtener una decisión judicial que lo favorezca?

En segundo lugar, dado que el abogado ofrece de manera pública un servicio a potenciales clientes, incluso a través de la realización de propaganda, una pregunta que se presenta aquí es la referida a la información que debe brindar acerca de los servicios que ofrece. ¿Debe brindar información completa acerca de sus servicios, o basta con que no brinde información falsa aun si la que brinda es parcial? ¿Puede prometer algún tipo de resultado o, por el contrario, como éste no depende sólo de él, tal promesa siempre será equivalente a una mentira?

En síntesis, los deberes del abogado vinculados con la verdad tienen múltiples aristas y hacen referencia a su actuación tanto dentro del proceso judicial como fuera de él. Dentro del proceso el abogado enfrenta situaciones donde debe identificar las exigencias de veracidad que pesan sobre él en relación con dos sujetos diferenciados: el tribunal y la contraparte. Adicionalmente, debe identificar las exigencias que tiene como garante de la veracidad de otros. También debe lidiar con situaciones conflictivas que se presentan fuera de cualquier proceso judicial o lo exceden. Aquí pueden identificarse, al menos, tres. Una se refiere al deber de veracidad en relación con el cliente, otra al deber de informar verazmente a través de los medios masivos de comunicación acerca de la

12. La respuesta que se ofrezca a estos interrogantes dependerá de cuál sea el enfoque general que se tenga respecto a la relación abogado-cliente. Quienes adoptan un enfoque «centrado en el cliente» y sus intereses, serán reacios a no servir de medios a los fines que éste persiga. Quienes adopten un enfoque «colaborativo» según el cual tanto el abogado como el cliente son moralmente responsables del curso de acción que el cliente adopte, serán más propensos a consentir que el abogado ponga límites. Los deseos del cliente tienen preferencia a menos que el abogado los encuentre moralmente incorrectos (Shaffer & Cochran, 1994, p. 51).
13. El ejemplo pertenece a Lisa Lerman y Philip Schrag (2008, p. 293)

situación de su cliente o el estado del proceso que lo involucra, y finalmente la tercera, al deber de informar verazmente acerca del tipo y la calidad de los servicios que ofrece.

Como las respuestas que se den a cada uno de estos problemas están relacionadas, y como es imposible abarcarlos a todos en el espacio del que dispongo, me concentraré en abordar un asunto poco explorado con la esperanza de que sirva para iluminar el modo en que deben ser enfrentados los otros. Específicamente, me detendré a identificar las exigencias de veracidad que el abogado tiene en relación con el tribunal al inicio del proceso. Adicionalmente, dado que mientras más peso se de a la exigencia ínsita en el rol de abogado de ser leal al cliente defendiendo celosamente sus intereses, más comprometido parece encontrarse el deber de veracidad en aquellas circunstancias donde revelarla parece ser contrario a los intereses que debe defender, me focalizaré en los diseños procesales donde la exigencia de celosa defensa de los intereses del cliente ha sido configurada de la manera más robusta. Esto sucede precisamente en los sistemas procesales que han optado por un diseño adversarial, en el que cada parte –y por ende el abogado que la patrocina– debe preocuparse sólo por defender sus intereses, aun si se presenta una versión sesgada de los hechos, y el juez ocupa una posición neutral entre los contendientes en pugna.

Uniendo las precisiones formuladas hasta aquí, la pregunta que aborda el presente texto será una de carácter ético o moral –no focalizada en el análisis de textos normativos– acerca de qué exigencias de veracidad tiene el abogado con respecto al tribunal al momento de decidir si iniciar o no una acción legal en el marco de un proceso de tipo adversarial. Las exigencias de veracidad en el transcurso del proceso adversarial o en procesos no-adversariales, las que el abogado tiene como garante de la veracidad de otros, y las referidas al cliente, al uso de los medios de comunicación y a la publicidad de sus servicios, no serán objeto de tratamiento.

III. EL DEBER DE VERACIDAD EN EL PROCESO ADVERSARIAL

Uno de los principales obstáculos para que los abogados revelen toda la verdad, es el entramado complejo de reglas procesales que estructuran y regulan el proceso judicial. Uno de los teóricos que ha tenido una de las miradas más pesimistas sobre el proceso judicial y sus principales actores –jueces y abogados– ha sido Jeremy Bentham. En relación con el proceso pensaba que con el paso del tiempo había ido sufriendo una especie de degeneración que había hecho que perdiese de vista la búsqueda de la verdad. Esta degradación era calificada como «un arte pernicioso» que había engendrado «… reglas tan opresivas y tan poco razonables de esta variedad de tribunales, que cada uno tiene su sistema, y que son causa de tantas y tan extrañas competencias, y de estas ficciones pueriles que sin cesar confunden la obra de la mentira con la indagación de la verdad…» (Bentham 1835, p. 19). A este procedimiento degradado Bentham le contraponía la sencillez del «proceso antiguo» que tenía por norte la indagación de la verdad. A los ojos de Bentham el «proceso antiguo» era un proceso natural que buscaba

la verdad, semejante al proceso de adjudicación que un buen padre utiliza para resolver las disputas familiares.

Los culpables de haber degradado el proceso judicial no eran otros que los hombres de letras o «artificiales», es decir los abogados y jueces. Para Bentham «…El hombre natural puede ser el amigo de la verdad; pero el hombre artificial es su enemigo. El hombre natural puede razonar con exactitud y con sencillez, pero el hombre artificial no sabe hacerlo, sino valiéndose de sutilezas, de suposiciones y de ficciones…» (Bentham, 1835, p. 20). Lo que había provocado la degradación eran los intentos de ciudadanos inescrupulosos de evadir la ley ayudados en su tarea por la pericia letrada de los abogados. De acuerdo con Bentham «El deseo de eludir las leyes ha producido las sutilezas del foro, y el deseo de prevenirse contra los artificios del fraude, ha hecho que se acuda a soluciones puntuales. A medida que el enemigo inventaba nuevos ataques, los ingenieros de la ley inventaban nuevas defensas; pero se han dejado envolver por este mismo ingenio, y han multiplicado las reglas en una materia, que por sí misma necesita pocas…» (Bentham, 1835, p. 19).

La pintura que Bentham muestra del proceso judicial adversarial tiene tonos paradójicos. El proceso judicial tiene por objeto elucidar la verdad, pero sus principales actores –los abogados– armados de sutilezas y del «artificio del fraude» están despreocupados por alcanzarla. Esto ha provocado que el legislador, intentando evitar los artilugios para disfrazar la verdad diseñados por los abogados, haya creado normas y mecanismos procesales cada vez más complejos. En esta tarea de construir defensas frente a la mentira y el fraude de los letrados, el proceso judicial se ha vuelto engorroso y ha perdido el norte que lo guiaba. La aspiración del proceso judicial de descubrir la verdad es, a los ojos de Bentham, entorpecida por la falta de veracidad de los letrados.

En nuestros días la mayor parte de los operadores jurídicos, al menos en nuestra cultura pública, coinciden con los elementos de la descripción Benthamita: el proceso adversarial aspira a descubrir la verdad y los abogados sólo aspiran a defender celosamente los intereses de su cliente, esto es a ganar el pleito[14]. Sobre el primer aspecto hay un relativo acuerdo entre académicos, funcionarios, abogados y legos. El modo cuidadoso en que se regulan los medios de prueba, es tomado como un indicio de esta preocupación por la verdad. La razón de esta preocupación reside en la función que cumple el derecho: regular las conductas humanas reales, esto es verdaderas, utilizando como herramienta última la amenaza de coacción para el que se resiste. Si el proceso judicial se desentendiese de identificar a aquellos que verdaderamente han transgredido las normas jurídicas, la amenaza de coacción sería completamente ineficaz para motivar el comportamiento (Ferrer Beltran, 2007, p. 30).

14. Un estudio de la ABA reveló que el 74% de los encuestados pensaban que «los abogados estaban más preocupados por ganar el pleito que por buscar que la justicia fuese servida» (Shapiro, 2002, p. 7) Esta idea sin duda ha contribuido a que la profesión sea una de las peor rankeadas en la opinión pública. La encuesta Gallup la ubica en el puesto número 14 de un ranking de 22 profesiones ordenadas por el nivel de honestidad (Gallup, 2019).

En relación con el segundo aspecto, la despreocupación de los abogados por la búsqueda imparcial de la verdad, el consenso es igualmente robusto. La búsqueda de la verdad en un sistema adversarial es tarea del juez, no del abogado. Calamandrei expresa con claridad esta tesitura al señalar que «(e)l abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad…constituiría una embarazosa repetición del juez…» (Calamandrei, 2009, p. 95). Idéntico juicio acerca de la tarea del abogado puede encontrarse en Alfredo Orgaz quien describía, sin tono de reproche o queja, «…el hecho objetivo de que los abogados no son imparciales ni estrictamente veraces cuando defienden los intereses de sus clientes…».

Sin embargo, a pesar de que los dos elementos de la descripción de Bentham son aceptados, no sucede lo mismo con su conclusión de que existe una tensión entre la aspiración de encontrar la verdad corporizada en el proceso y la despreocupación por la verdad de los abogados. Esta tensión no es reconocida ni siquiera para aquellos que niegan el deber de veracidad, mientras al mismo tiempo sostienen que el objetivo del proceso es alcanzar la verdad. El ingrediente mágico que parece conciliar ambos elementos y hace posible que la verdad pueda ser alcanzada a través de un proceso donde gran parte de los actores no la buscan, es precisamente su carácter adversarial. De modo que para quienes niegan el deber de veracidad el proceso adversarial aparece a la vez como causa de la enfermedad y remedio. Es el que provoca el desinterés de los abogados por buscar la verdad y los orienta sólo a defender celosamente los intereses de sus clientes, pero también es el que hace que este desinterés por buscar la verdad sirva para alcanzarla. Esto puede sonar paradójico, pero la estrategia es bien conocida.

La circunstancia de que cada abogado sólo deba preocuparse por defender los intereses de su cliente, en lugar de preocuparse por si estos se condicen con lo que prescribe el derecho para los hechos que en verdad se dieron en el asunto llevado a juicio, tiene un efecto benéfico en términos de verdad. Como cada abogado está sesgado a favor de una de las partes contrapuestas en el proceso judicial, los sesgos opuestos se compensan recíprocamente, dando lugar a que aparezca la verdad objetiva e imparcial[15]. El choque de adversarios sesgados en un proceso adversarial genera, por una especie de proceso de «mano invisible», un punto de equilibrio donde aparece la verdad imparcial. El propio Calamandrei expone esta hipótesis señalando que el abogado que busca

15. Este argumento es ofrecido por Lon L. Fuller y John D. Randall al presentar el dictamen del comité conjunto de la ABA y la Association of American Law Schools (1958).
Otra línea de defensa del sistema adversarial no hace hincapié en su capacidad para alcanzar la verdad imparcial, sino en su calidad de herramienta para proteger los derechos individuales. De acuerdo con Monroe Freedman «…a trial is far more than a search for truth, and the constitutional rights that are provided by our system of justice may well outweigh the truth-seeking value –a fact which is manifest when we consider that those rights and others guaranteed by the Constitution may well impede the search for truth rather than further it…» (Freedman, 1975, p. 2).
Esta segunda línea de justificación ha sido criticada, entre otros, por Deborah Rhode. Su línea de crítica sostiene que quienes defienden al sistema adversarial, y a la parcialidad del abogado que implica, de esta manera confunden el valor moral que poseen los derechos y libertades individuales con el valor moral que tiene el modo en que el cliente decide ejercitarlos. Lo segundo no se sigue de lo primero (Rhode, 2001, p. 57).

de manera imparcial la verdad «…no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor, la reacción equilibrada de una parcialidad en sentido contrario, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria.» (Calamandrei, 2009, p. 95). Y agrega más adelante: «Los abogados proporcionan al juez las sustancias elementales de cuya combinación nace en cierto momento, en el justo medio, la decisión imparcial, síntesis química de dos contrapuestas parcialidades…» (Calamandrei, 2009, p. 97)[16].

Esta estrategia tiene una ventaja adicional. Como la celosa defensa de los intereses del cliente ahora no es contraria a la obtención de la verdad a través del proceso, el abogado que se comporta de este modo parece estar a la vez cumpliendo con su rol de «auxiliar de la justicia». Las exigencias aparentemente conflictivas que pesan sobre él ubicándolo en la situación trilemática identificada por Freedman –de defender los intereses del cliente y de obtener toda la información relevante, la de no revelar la información que le ha sido confiada y la de auxiliar al tribunal a adoptar una decisión informada– parecen poder acomodarse.

El modo de combinarlas consiste en introducir un deber en relación con la verdad, pero no el deber robusto de veracidad sino uno mucho más débil de probidad. Para que la parcialidad de los abogados despreocupada por la búsqueda de la verdad, produzca como resultado, a través del sistema adversarial, una verdad imparcial, sólo se exige de los primeros un deber débil de veracidad o probidad que básicamente consiste en no mentir. Nuevamente Calamandrei pone palabras a esta tesitura cuando sostiene: «La probidad es verdaderamente la primera virtud del defensor, en el sentido de que no debe nunca afirmar ante el juez, a sabiendas, nada contrario a la verdad. Pero como el defensor tiene la obligación de guardar secreto, y no puede, para no traicionar la verdad, traicionar la defensa, debe saber callar a tiempo y encontrar en el silencio la conciliación entre el deber de lealtad hacia el juez y el deber de patrocinio del cliente…» (Calamandrei, 2009, pp. 68-69).

Si el abogado se limita a no realizar afirmaciones falsas frente al tribunal, parece que el trilema de Freedman puede ser resuelto de manera adecuada. Puede presentar una versión sesgada de los hechos, con la condición de que no sea falsa, ya que es tarea de la contraria presentar una versión sesgada en sentido contrario. Como defensor de los intereses de su cliente puede seleccionar la prueba a ofrecer cuidando que sólo sea la favorable y puede presentar una versión sesgada de los hechos ya que la contraria hará lo mismo. La búsqueda de la verdad imparcial no es su tarea, sino la del juez. Sin embargo, como auxiliar de la justicia también debe lealtad al sistema jurídico. El hecho de no mentir al tribunal y el hecho de que el carácter adversarial permita que la parcialidad redunde en beneficio de alcanzar la verdad, permite que el abogado cumpla con las exigencias que surgen de esta segunda lealtad. Mientras que de la lealtad que

16. La idea de que el proceso adversarial es el mejor modo de encontrar la verdad ha sido cuestionado duramente por David Luban. Según éste, «(t)he argument from truth is implausible, misleading, unrealistically abstract, empirically unconfirmed, and contrary to common sense.»(Luban, 1999, p. 143)

le debe al sistema dado su rol de auxiliar de la justicia surge la exigencia de no mentir al tribunal, de la lealtad que le debe al cliente surge la exigencia de no revelar toda la verdad. Guardar silencio es lo que permite conciliar ambas.

Creo que la «regla del silencio» ha sido interpretada de manera abusiva e incompleta. Lo primero se ha dado con el objeto de vaciarla de contenido permitiendo que casi cualquier conducta mendaz por parte de los abogados se encuentre justificada. Lo segundo se ha producido porque se la ha interpretado sin ponerla en conjunción con otros elementos del proceso, en particular con los estándares de prueba. Una vez que la regla es saneada de los abusos y puesta en contacto con otros elementos del proceso, es posible advertir que la misma debe ser especificada, en el mejor de los casos, o abandonada, en el peor. Aparece una exigencia en relación con la verdad que, aunque impone algo más débil que el deber positivo de decir lo que es cierto, exige algo más que el mero callar lo que es falso. Estas exigencias tienen cabida desde el momento en que el abogado debe decidir el inicio de un proceso adversarial.

IV. LA VERDAD AL INICIO DEL PROCESO ADVERSARIAL

El abogado enfrenta diferentes situaciones problemáticas que hacen surgir la pregunta por la veracidad a la hora de decidir si debe o no iniciar una acción judicial. Estas tienen que ver con los dos elementos en los que se funda la pretensión del cliente: el derecho invocado y los hechos acaecidos. En lo que sigue me concentraré sólo en el deber de veracidad en relación con los hechos. Esto no debe tomarse, sin embargo, como un indicio de que en relación al derecho invocado no existe ninguna exigencia de veracidad. Existe una opinión extendida en este sentido que señala que, dado que se presume que el juez conoce el derecho, no pesa ninguna exigencia de veracidad sobre el abogado en lo que respecta a las cuestiones de derecho. Creo que esto es un error. Que el juez conozca el derecho no vuelve imposible la actitud mendaz del abogado, sino que a lo sumo la vuelve inútil. Si esto es así, las exigencias de veracidad en relación con el derecho invocado siguen teniendo cabida.

Me focalizaré entonces sólo en las cuestiones de hecho porque dada la complejidad del problema y sus elementos peculiares, es necesario tratarlo de manera diferenciada. Una razón adicional para hacerlas objeto de estudio específico es que las cuestiones referidas a los hechos han sido largamente desatendidas por la teoría del derecho en general y por la ética profesional en particular. Cuando han sido tratadas, los problemas abordados se han referido casi exclusivamente a los que se presentan en el desarrollo del proceso y poca atención se ha prestado a los que se presentan a la hora de decidir si iniciarlo o no.

Para adentrarnos en el problema pensemos en el siguiente caso. Una inmigrante boliviana, de origen aimara, lo contrata a Ud. como abogado para iniciar una acción laboral. Ella reclama haber sido víctima por parte de su empleador de un trato discriminatorio basado en su raza y sexo. El empleador es un médico dueño de una clínica, en la

que ella afirma haber realizado tareas de limpieza. Ud. ha decidido aceptar representarla porque ha visto las enormes dificultades que ella tiene para comunicarse en castellano, dado que su lengua nativa es otra, y piensa que eso la vuelve especialmente vulnerable. Como material respaldatorio de sus dichos ella tiene algunos e-mails que dice fueron enviados por el médico. En ellos se leen cosas tales como «Crio (sic) que sólo seres (sic) una estúpida boliviana…estoy arto (sic) de ver tu cara oscura.» Todos los e-mails que Ud. ha visto tienen el mismo estilo y tono, y en todos los casos siempre han sido meras copias, nunca los originales. Ud. se ha reunido con el abogado del empleador quien ha reconocido la relación laboral, pero ha negado que su cliente haya enviado esos e-mails. Esta negativa no lo ha sorprendido porque usualmente los demandados niegan la acusación. Ud. decide creer en su cliente e iniciar la demanda con la copia de los e-mails. Su tarea, se repite, es promover los intereses de su patrocinada haciéndolos valer frente a un tribunal. Determinar la veracidad de los e-mails no es su función, sino que para eso está precisamente el proceso adversarial. La contraparte tendrá su oportunidad de cuestionar el material probatorio y testear su autenticidad. ¿Ha sido su actuar correcto?

La respuesta que dieron los tribunales estadounidenses a un caso semejante[17] fue sancionar la conducta del abogado. En el caso quedó patente a poco de iniciado el proceso que los e-mails habían sido creados por la propia demandante. El juez sostuvo que el abogado debería haber advertido que era improbable que el profesional acusado escribiese un e-mail con semejantes errores lingüísticos. Antes de iniciar la acción, sostuvo el tribunal, el profesional debería haber constatado mínimamente la veracidad de lo que afirmaba su cliente, por ejemplo, teniendo acceso a los e-mails originales o interrogándola de modo más escrupuloso. El tribunal impuso una multa al abogado por 16.000 dólares, y cuando el abogado apeló la sanción el tribunal de alzada lo multó adicionalmente por haber interpuesto una apelación infundada y denunció su conducta frente a la barra para que adoptase ulteriores medidas disciplinarias. ¿Es esta la respuesta moralmente correcta?

En primer lugar, es necesario advertir que el caso es más simple que aquellos que tiene en mente Freedman cuando sostiene que los abogados enfrentan un trilema. Aquí la cliente no le ha confesado al abogado que su aseveración es falsa y, por lo tanto, el deber de secreto no tiene cabida. Adicionalmente, el abogado no sabe que la acción que está iniciando se encuentra fundada en aseveraciones falsas. No está afirmando ante el tribunal algo que sabe que no es verdad. Puede ser que tenga dudas acerca de su veracidad, pero esto es distinto a saber que algo es falso. Por lo tanto, según «la regla del silencio» como es usualmente entendida, y contrario a lo que decidieron los tribunales, no debería ser responsable ¿Se equivocaron los jueces de uno de los sistemas adversariales de más larga data, como el estadounidense, al castigar al abogado?

Creo que no, y esto porque la situación es más compleja de lo que se plantea en el párrafo anterior. La exigencia de los abogados en relación con el tribunal de no faltar

17. El caso sobre el que se basa, con ligeras modificaciones, el presentado en el texto es «Jimenez v. Madison AreaTechnicalCollege» 2001 U.S. Dist LEXIS 25077 (W.D. Wis. Aug. 13, 2001)

a la verdad es más robusta que la contenida en la interpretación usual de la «regla del silencio». La interpretación usual de la «regla del silencio», en la que se amparan muchos abogados, presupone que hay dos modos de faltar a la verdad, a saber: afirmar lo que se sabe que es falso o callar lo que se sabe que es verdadero. Como prohibir lo segundo no permite equilibrar las exigencias de lealtad que el abogado tiene en relación con su cliente, la regla se inclina por prohibir lo primero.

Sin embargo, existe un tercer modo de concebir la exigencia de no faltar a la verdad que al igual que la interpretación usual de la «regla del silencio» permite equilibrar las exigencias de lealtad pero, a diferencia de ésta, compromete menos las exigencias de veracidad. Este tercer modo de faltar a la verdad consiste en aseverar aquello que, de acuerdo con los elementos de juicio disponibles, no podía ser sostenido como verdadero; o negar lo que, de acuerdo con esos mismos elementos, debía ser tenido como verdadero. Si existen razones para dudar de la veracidad de un instrumento de prueba y si esto es lo único que respalda las aseveraciones del cliente, el abogado que inicia la acción judicial sobre la base de este material probatorio ha transgredido la exigencia de no faltar a la verdad que lo vinculan con el tribunal. En este supuesto el abogado debía guardar silencio, no prestando su voz al cliente para iniciar la acción.

En el caso concreto, dado el modo en que estaba escrito el e-mail, era razonable dudar de su autenticidad. Como éste era el único respaldo que tenían las aseveraciones de la cliente, no existía sustento suficiente para formularlas frente al tribunal. El abogado que inicia una acción sobre supuestos fácticos que no cuentan con respaldo suficiente en los elementos de juicio de los que dispone, tal como sucede en el caso del ejemplo, no ha cumplido su deber de no faltar a la verdad –o de veracidad débil– frente al tribunal. Este deber de no afirmar algo a menos que se disponga de evidencia que respalde su verdad es todavía un deber negativo de silencio, de allí que se presente como una interpretación corregida de la «regla de silencio», menos exigente que el de decir todo aquello que se tiene razones para creer que es cierto, pero más exigente que el que sólo exige no afirmar lo que se sabe que es falso. La «regla de silencio», así interpretada, permite acomodar las exigencias de lealtad al cliente y confidencialidad, sin tener que asumir el costo de sostener que es moralmente permisible para un abogado inducir a error al tribunal formulando aseveraciones no respaldadas por evidencia. Dicho en un slogan, exige decir solo la verdad –prohibiendo realizar aseveraciones que no se tiene razones para creer que son ciertas– pero no toda la verdad –permitiendo callar–.

El caso es de interés porque deja patente la relación que existe entre el deber de veracidad, que el abogado honra con su silencio, y las pruebas de las que dispone el abogado para respaldar la pretensión de su cliente. Debe entenderse por prueba cualquier elemento de juicio que aumenta la probabilidad de que las afirmaciones de hecho sobre las que se funda la petición del cliente sean verdaderas[18]. Si el abogado inicia la

18. La regla 401 de las Federal Rules of Evidence norteamericana señala que prueba relevante es cualquier elemento de juicio que tenga la capacidad «…to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less than it would be without the evidence.»

acción fundado en elementos de juicio que carecen de toda relevancia para aumentar la probabilidad de que lo que se afirma sea verdad –como sería el caso de los e-mails apócrifos– ha faltado a la verdad y, contrario a la interpretación usual de la regla, no ha cumplido el deber débil de veracidad impuesto por la «regla del silencio». Lo mismo sucede si el abogado dispone de elementos de juicio, pero estos no brindan apoyo suficiente a lo que afirma. Dicho técnicamente lo que se requiere para que el abogado cumpla con este deber débil de veracidad es su silencio salvo que las afirmaciones que realice estén fundadas en elementos de juicio relevantes –con capacidad de brindar apoyo a lo que sostiene– que satisfacen el estándar de prueba apropiado. Este estándar no puede ser otro que el adoptado por el proceso judicial que se pretende iniciar.

Percibir que el deber débil de veracidad, que propongo como nueva interpretación de la «regla de silencio», está necesariamente vinculado con el estándar de prueba permite explicar el diferente modo en que es honrado en diferentes procesos adversariales. En el proceso penal –donde el estándar de prueba es alto– y nada se da por cierto a menos que lo haya satisfecho, la fiscalía cumple con su deber de veracidad si la acusación está fundada en elementos de juicios suficientes como para derrotar la presunción de inocencia fundada en la lealtad en las creencias que le debemos a nuestros conciudadanos. La evidencia de la que dispone la fiscalía debe haber sido cuidadosamente examinada, intentando desacreditarla. Si la evidencia es confiable, la fiscalía debe haber explorado y descartado explicaciones posibles que sean más benévolas con el acusado. Si ninguna de estas explicaciones exculpatorias es razonable, entonces recién allí la acusación cumple con el deber de veracidad[19].

El abogado defensor, en cambio, puede negar todo lo que afirma la hipótesis acusatoria y plantear hipótesis explicativas alternativas que no tienen apoyo suficiente en el material probatorio del que dispone. Afirmar hipótesis exculpatorias que no satisfacen el estándar de prueba es simplemente una manera indirecta de mostrar que la hipótesis acusatoria no ha satisfecho el estándar de prueba que exige descartar cualquier hipótesis razonable compatible con la inocencia. Dado el estándar de prueba, en este tipo de proceso, la satisfacción del deber débil de veracidad no requiere silencio por parte del abogado defensor. Esta conclusión, lejos de contradecir la vinculación entre deber de veracidad y estándar de prueba, sólo se hace visible una vez que el nexo se vuelve patente.

Suponga que Ud. es abogado de alguien que está acusado de haber violado a una mujer que conoció en un bar. Cuando el esposo de la mujer ingresó a la casa, su cliente estaba teniendo relaciones sexuales con ella. La mujer comenzó a gritar pidiendo auxilio lo que hizo que el esposo golpease a su cliente. El cliente le ha dicho que conoció a la mujer en un bar y que luego se fueron juntos a su casa para tener relaciones sexuales consentidas. En ese momento imprevistamente ingresó el marido y ella, para justificarse

19. He ofrecido un extenso argumento para vincular las exigencias de legitimidad política con las exigencias de lealtad en las creencias que se siguen de una concepción de amistad cívica, con el principio de inocencia y con los estándares de prueba en otro lugar (Seleme, 2020). Aquí sólo puedo hacer referencia a las conclusiones allí obtenidas.

frente a él, comenzó a gritar que estaba siendo violada. Ud. ha constatado que efectivamente su cliente estuvo en el bar y que hay testigos que dicen que habló con ella y que luego se fueron de manera casi simultánea. Si Ud. asume la defensa y señala que su cliente mantuvo relaciones sexuales consentidas, los elementos de juicio no dan apoyo suficiente a esta afirmación. Todavía queda otro modo razonable de interpretar el material probatorio. Puede señalarse, por ejemplo, que aunque hablaron en el bar, la mujer rechazó las insinuaciones de su cliente y molesta se retiró del recinto, que éste salió del bar inmediatamente después y la siguió hasta su casa, que mientras ella abría la puerta de la vivienda la empujó para ingresar sin necesidad de forzar la cerradura etc. Sin embargo, Ud. ha cumplido con su deber de veracidad. La hipótesis fáctica que Ud. formula en realidad es sólo un modo indirecto de sostener que la hipótesis acusatoria no satisface el estándar de prueba exigente que rige en materia penal, ya que es posible dar del material probatorio una interpretación alternativa razonable.

La situación sería diferente si estuviésemos en un proceso civil donde el estándar de prueba es menos exigente. El estándar usual aquí es el de prueba prevaleciente y con este estándar debe medirse la conducta del abogado[20]. Si los elementos de juicio con los que cuenta el abogado dan apoyo a la pretensión del cliente, y el apoyo que brindan es más fuerte que el que ofrecen a la premisa fáctica que funda la pretensión de la contraria, entonces el abogado que inicia la acción ha cumplido con su deber débil de veracidad. A diferencia de lo que sucedía en el caso del abogado defensor en materia penal, no basta que la hipótesis tenga algún respaldo, aun si este es menor que el de la contraria, sino que es necesario que tenga mayor respaldo que la de la contraparte. Si el respaldo es ínfimo, como sucede en el caso de los e-mails apócrifos, o si no es prevaleciente, el abogado falta a su deber débil veracidad si inicia la acción legal. Dado el estándar de prueba, en este supuesto la satisfacción del deber de veracidad exige silencio.

Lo señalado en relación con el inicio de la acción también vale para la contestación por la contraparte. El deber negativo de veracidad, que es honrado con el silencio, no sólo se aplica al abogado de la actora sino también al de la demandada. Imaginemos que en el caso de los e-mails el abogado de la contraparte hubiese negado no sólo los dichos discriminatorios del accionado, sino también la relación laboral, a pesar de que el cliente hubiese confesado que la relación existía. Claramente el abogado no ha cumplido aquí su deber débil o negativo de veracidad frente al tribunal dado que en lugar

20. Lo que justifica el estándar de prueba menos exigencia son también las exigencias de lealtad cívica en las creencias que los ciudadanos se deben recíprocamente. En los procesos civiles de carácter contencioso –donde dos ciudadanos se hacen reclamos encontrados sobre la base de supuestas transgresiones a los deberes de ciudadanía– tenemos exigencias de legitimidad en las creencias en sentido opuesto que se cancelan recíprocamente. Tenemos razones para interpretar y evaluar la evidencia disponible de modo favorable a la parte que reclama –negándole su pretensión sólo cuando no exista ninguna hipótesis que sea compatible con la verdad de su reclamo– pero también tenemos razones para interpretar la evidencia en sentido favorable a la otra parte –condenándola a cumplir lo exigido por la contraria sólo cuando no existe una hipótesis que sea compatible con la verdad de lo que arguye en su defensa –. Cómo ambas exigencias se cancelan, el estándar de prueba aplicable en este tipo de procesos es el de prueba prevaleciente. Algo análogo sucede con las exigencias corporizadas en el principio de inocencia (Seleme, 2020, Chapter III).

de guardar silencio ha negado una afirmación de las que dispone suficientes elementos de juicio para sostener que es verdad. Estas consideraciones muestran que la práctica extendida en nuestra cultura jurídica de sistemáticamente negar en la contestación de la demanda todo lo que ha afirmado el actor es contraria a la ética profesional y transgrede la «regla del silencio», correctamente entendida. Es tan inmoral aseverar en la demanda lo que no se tiene elementos de juicio suficientes para sostener, como lo es negar en la contestación una aseveración que se encuentra respaldada por elementos de juicio suficientes.

Para justificar esta práctica extendida de negar todos los hechos invocados en la demanda, los abogados suelen apelar al deber de defender celosamente los intereses del cliente –propio del sistema adversarial– y a la existencia de normas procesales que señalan que la falta de negación o la negación genérica de los hechos crea una presunción de veracidad. Ninguno de estos extremos sirve, como es obvio, para justificar la actitud del abogado. Por un lado, el abogado no es el defensor de cualquier interés del cliente, sino sólo de aquellos intereses que no son contrarios a derecho dado los hechos del caso. Negar los hechos que el abogado tiene elementos suficientes para considerar verdaderos, implica traspasar este límite. Por otro lado, la norma procesal establece simplemente que al momento de contestar la demanda pueden adoptarse dos actitudes negar los hechos o confesar que son verdaderos. De aquí no puede seguirse de ningún modo el deber del abogado de negarlos en todos los casos. Aun si la conducta de la parte que niega todos los hechos –aun aquellos que tenía elementos para considerar verdaderos– no produce consecuencias procesales, de allí no puede concluirse que no existe ningún deber ético por parte del abogado de no hacerlo. Es perfectamente posible que una conducta que no tiene consecuencias procesales, si traiga consecuencias éticas o disciplinarias. El abogado que niega hechos que tiene elementos suficientes para considerar que son verdaderos ha transgredido el deber de probidad, no ha guardado silencio cuando debía hacerlo incumpliendo su deber negativo de veracidad, y si existen normas disciplinarias que lo incluyen en los códigos de ética, debe ser sometido a sanción.

¿Pero qué pasaría si el cliente no hubiese confesado al abogado que Lucía era su empleada? ¿Qué pasaría si el abogado hubiese encontrado los registros de ingreso y egreso al edificio donde está la clínica y en ellos figurase que de Lunes a Viernes, por espacio de cinco años, la demandante ingresó a las 8am y se retiró a las 17hs? ¿Debería preguntarle a su cliente si ella ha sido su empleada? Si el cliente le señala que simplemente era una amiga a la que le gustaba mucho visitarlo ¿debería creerle y negar la relación laboral en la contestación?

Por las mismas razones que ya hemos señalado, si el abogado negase la relación laboral en estos supuestos y no guardase silencio, faltaría a su deber débil de veracidad frente al tribunal. El registro en el libro de ingresos brinda mayor sustento a la hipótesis de la relación laboral que a la que apela a la supuesta amistad. Si el abogado en este caso niega la relación laboral, ha faltado a la verdad por negar la hipótesis a la que brinda mayor respaldo el material probatorio del que dispone. Como hemos señalado, esto depende del estándar de prueba aplicable en el proceso en cuestión. Lo que hace que la

conducta idéntica del abogado defensor en materia penal no vulnere el deber débil de veracidad, que he propuesto como contenido de la «regla de silencio», no es otra cosa que el diferente estándar de prueba que se aplica en aquel tipo de proceso.

El modo de interpretar la «regla del silencio» de modo que concilie las exigencias morales en pugna que enfrenta el abogado, entonces, debe ser revisado. Aplicada al problema que nos ocupa la versión revisada diría que falta a su deber de veracidad el abogado que al iniciar la demanda o al contestarla realiza aseveraciones sin tener elementos de juicio que las respalden hasta el punto requerido por el estándar de prueba.

El mostrar la relación que tiene la exigencia débil de veracidad, contenida en la «regla de silencio», con los elementos de juicio de los que dispone el abogado y el estándar de prueba del proceso, permite identificar problemas que habitualmente permanecen ocultos cuando se aborda el deber de no faltar a la verdad. Estos se presentan en aquellas situaciones donde el abogado cuenta con elementos de juicio que no son admisibles dentro del proceso como medios de prueba. La dificultad se presenta porque, aunque el proceso judicial tiene por finalidad la búsqueda de la verdad, no es esta la única finalidad que persigue o no quiere alcanzarla de cualquier modo y a cualquier precio. Esta es la razón por la que en el proceso judicial funcionan filtros no-epistémicos que establecen que ciertos elementos de juicio, con capacidad para brindar apoyo a hipótesis fácticas, no sean admisibles. Así, por ejemplo, no se admiten pruebas obtenidas en violación de los derechos fundamentales, o no se admite el testimonio de aquellos profesionales que se encuentran alcanzados por el deber de secreto o prueba que pondría en riesgo la seguridad del Estado.

Uno de los efectos que tiene la existencia de estas reglas jurídicas que establecen filtros no-epistémicos declarando a ciertos elementos de juicio inadmisibles es que «… pueden imponer algún sacrificio epistemológico, en el sentido de que pueden ser contraproducentes para el objetivo de la averiguación de la verdad…» (Ferrer Beltran, 2007, pp. 77-78). El problema con la exigencia débil de veracidad que pesa sobre el abogado se presenta cuando éste cuenta con elementos de juicio que tienen valor epistémico para dar apoyo a los extremos fácticos que pretende aseverar, pero éstos elementos son jurídicamente inadmisibles. Pueden presentarse dos escenarios.

El primer escenario, es aquel donde el abogado sólo dispone de elementos de juicio que son inadmisibles en el proceso. Como estos elementos de juicio no han sido excluidos por carecer de valor epistemológico, sino en atención a otros valores, es posible que los mismos brinden apoyo a las aseveraciones que pretende realizar al entablar la acción, o al contestarla, en el grado requerido por el estándar de prueba que utiliza el proceso. Si el abogado, sobre la base de estos elementos de prueba inadmisibles, inicia la acción o contesta la demanda ¿ha cumplido con su deber débil de veracidad contenido en la «regla de silencio»?

Imaginemos que Ud. es abogado y su cliente llega a la consulta requiriendo sus servicios para iniciar una demanda por incumplimiento contractual. Le ofrece una carpeta que contiene correspondencia que el potencial demandado ha intercambiado con su abogado en la que lo alerta sobre la posibilidad de que sea demandado por

incumplimiento del contrato y reconoce la existencia del mismo. Cuando Ud. le pregunta como obtuvo esta correspondencia, su cliente le dice que le pagó una suma de dinero a la secretaria del estudio jurídico para que se la entregase. Aclara que se vio obligado a hacerlo porque no tenía copia del contrato ni ningún otro medio de prueba. Ante esta confesión Ud. decide hablar con el abogado del potencial demandado para saber si ha desaparecido algún material de su estudio. Éste le dice que sí, que se ha perdido una correspondencia que intercambiaron con un cliente. ¿Cumple Ud. con el deber de veracidad si inicia la demanda? ¿Si Ud. no guarda silencio y presta su voz al cliente para que inicie la acción, ha satisfecho las exigencias negativas de veracidad?

Creo que en este caso la respuesta no puede ser otra que sí, aunque de esto por supuesto no se sigue que lo correcto –todas las cosas consideradas– sea iniciar la demanda. Si el fundamento del deber débil de veracidad es no faltar a la verdad y los elementos de juicio de los que dispone el abogado son inadmisibles en el proceso por otras razones que nada tienen que ver con la búsqueda de la verdad, el abogado que inicia la demanda no ha vulnerado su deber débil de veracidad. Sin embargo, el deber de veracidad no es el único que pesa sobre los abogados en tanto «auxiliares de la justicia» y es posible que existan otras consideraciones que determinen que lo correcto es no accionar. Una de ellas es el desgaste jurisdiccional que esta acción jurídicamente infundada causará, o los costos que acarreará al propio cliente este accionar condenado al fracaso.

Si modificamos ligeramente el ejemplo, la decisión final que el abogado debe adoptar pasa a ser otra. Suponga que la correspondencia ha llegado a manos de su cliente porque el potencial demandado, por equivocación, se la envió cuando le hizo llegar todos los papeles que le pertenecían. Imagine que, como sucede en algunas jurisdicciones hoy, existe una regla que señala que aun en este supuesto el material probatorio es inadmisible porque sigue protegido por el secreto profesional. Aunque Ud. conoce la regla de inadmisibilidad, tiene un argumento razonable para cuestionar la manera habitual en que se ha interpretado la regla y a favor de una interpretación que permite considerar admisible el material probatorio. En este supuesto iniciar la acción no sólo no transgrede el deber negativo o débil de veracidad sino que adicionalmente no vulnera algún otro requerimiento vinculado con su rol de «auxiliar de la justicia». Ud. no está pasando por alto las reglas de admisibilidad, sino que está intentando que sean interpretadas de una manera más adecuada.

El segundo escenario es uno donde el abogado dispone de elementos de juicio procesalmente admisibles e inadmisibles. Aquí pueden presentarse, a su vez, dos situaciones problemáticas. Una, es aquella en la cual si se tiene en cuenta sólo los elementos admisibles entonces el estándar de prueba ha sido satisfecho. Sin embargo, si también se considera los elementos de juicio inadmisibles, el estándar no es alcanzado. En este supuesto el abogado que inicia la acción ha transgredido el deber negativo de veracidad, aunque sí ha cumplido con las exigencias adicionales que se siguen de su carácter de «auxiliar de la justicia». Ha contribuido a que el juez adopte una decisión fundada en los medios de prueba legalmente admisibles.

Un ejemplo sería el siguiente. Imagine que un cliente llega con un conjunto de pagarés para que Ud. inicie el respectivo juicio ejecutivo. Los documentos reúnen las formas extrínsecas de validez, su contenido visible es correcto y satisface los requisitos para ser un título ejecutivo. Sin embargo, su cliente le confiesa que los documentos carecen de causa y que la supuesta deuda documentada es inexistente. Ud. sabe que la información que su cliente acaba de revelarle es inadmisible en el proceso ejecutivo, pero aun así se trata de un elemento de juicio que quita respaldo a su petición haciendo que no satisfaga el estándar de prueba. No obstante, si sólo se consideran los documentos –y se excluye la confesión– el estándar está completamente satisfecho. En este caso si Ud. inicia la demanda no habrá satisfecho su deber débil de veracidad frente al tribunal, aunque sí habrá actuado como un auxiliar del mismo que contribuye a que decida sobre la base de pruebas legalmente válidas.

Otra situación es aquella en la que, si se tiene en cuenta sólo los elementos admisibles, el estándar de prueba no ha sido satisfecho, pero si lo ha sido cuando se consideran también los inadmisibles. Si el abogado articula judicialmente la pretensión del cliente, ha cumplido con su deber de veracidad. Sin embargo, al igual que sucedía antes, cumplir con los otros deberes vinculados con su rol de «auxiliar de la justicia» dependerá de que disponga de un argumento razonable para reinterpretar la regla de inadmisibilidad y a favor de que los elementos de juicio excluidos sean incorporados.

Imagínese que ahora Ud. es abogado del demandando en un juicio ejecutivo. La demanda ha sido presentada en los tribunales ordinarios. Al igual que en el caso anterior, los documentos reúnen todas las exigencias formales. Su cliente le cuenta, sin embargo, que los pagarés fueron firmados para documentar un mutuo y que allí se establecía que cualquier discrepancia que surgiese vinculada con ese contrato debería ser llevada al Centro de Mediación de la ciudad. Cuando vuelve a revisar los pagarés, vé que ellos tienen una leyenda que señala «en garantía de mutuo». Al ver el documento donde está formalizado el mutuo advierte efectivamente que se hace referencia a los pagarés y que se los identifica por número, fecha y monto. Ud. sabe que en los juicios ejecutivos el documento donde se formaliza la causa de la obligación es inadmisible. No obstante, cree que existe un argumento razonable a favor de su incorporación en este caso debido a que los documentos pagarés hacen referencia al mutuo y en éste aquellos son individualizados. Si Ud. presenta la excepción de incompetencia, señalando que el reclamo debería haber sido dirigido de modo previo al Centro de Mediación, ha cumplido con su deber de veracidad –ya que todos los elementos de juicio de los que dispone, admisibles e inadmisibles, dan sustento a esta pretensión– y adicionalmente ha satisfecho las otras exigencias que se siguen de su rol de «auxiliar de la justicia» al ofrecer argumentos para la admisibilidad.

V. CONCLUSIÓN

El deber de no faltar a la verdad ha sido objeto de regulación por las reglas procesales y por los códigos de ética que regulan el ejercicio profesional. Como toda conducta humana, con independencia de lo que estos ordenamientos legales estipulen, también se encuentra sujeta a evaluación a partir de estándares morales. Esta responsabilidad moral es diferente y se añade a la responsabilidad procesal o disciplinaria. Sin embargo, en lo que respecta a las reglas contenidas en los códigos de ética profesional, las consideraciones morales pueden ser de utilidad para brindarles una interpretación más adecuada.

Es un error extendido el creer que, si no existen consecuencias procesales para ciertas conductas por parte de los abogados, esto implica que la misma no puede ser objeto de sanciones disciplinarias –a partir de los códigos de ética profesional– o de reproche moral. El trabajo ha brindado razones para criticar moralmente ciertos comportamientos que faltan a la verdad las que, a su vez, pueden brindar sustento para dar contenido a las normas genéricas referidas a la probidad o la buena fe que forman parte de aquellos códigos de ética que no han incluido una cláusula expresa referida al deber de veracidad. Específicamente, he brindado razones para interpretar la «regla del silencio» como conteniendo un deber débil de veracidad en relación con los hechos que pesa sobre los abogados desde antes del inicio del proceso adversarial.

La interpretación usual de la «regla del silencio», como estrategia para conciliar las exigencias en pugna que pesan sobre el abogado en el proceso adversarial, debe ser corregida en dos sentidos. En primer lugar, es necesario advertir que el deber negativo de veracidad es sensible a los elementos de juicio que dan sustento a lo que el abogado asevera o niega y al estándar de prueba que utiliza el proceso que se pretende iniciar. En segundo lugar, debe ponerse de manifiesto que lo elementos de juicio pertinentes para determinar si la exigencia de veracidad ha sido o no transgredida son aquellos de los que dispone el abogado aun si estos son inadmisibles en el proceso por la existencia de filtros no-epistémicos.

Con estas precisiones en mente es posible articular el deber débil de veracidad que pesa sobre el abogado al inicio del proceso adversarial: falta a su deber de veracidad el abogado que al iniciar la demanda o al contestarla realiza aseveraciones sin tener a su alcance elementos de juicio –admisibles o inadmisibles– que las respalden hasta el punto requerido por el estándar de prueba. Si el abogado inicia la acción porque cree falsamente que dispondrá de esos elementos durante el proceso y el error es excusable –por ejemplo, porque fue engañado por su cliente– el deber de veracidad ha sido transgredido, aunque la ignorancia la vuelve irreprochable.

Este modo de concebir el deber de veracidad permite acomodar de mejor manera las exigencias de confidencialidad, de celosa defensa y de auxiliar de la justicia que pesan sobre el abogado. No exige que el abogado revele toda la información de la que dispone, lo que permite que cumpla con la exigencia de confidencialidad. En materia penal permite que el abogado defensor ofrezca cualquier hipótesis exculpatoria como un modo de mostrar que la hipótesis acusatoria no ha satisfecho el estándar de prueba,

lo que permite satisfacer la exigencia de celosa defensa. En materia civil permite que el abogado articule cualquier pretensión favorable a su cliente que dispone de mayor respaldo probatorio que la de la contraria. Finalmente, requiere que el abogado no niegue lo que existen elementos probatorios para considerar verdadero, ni afirme algo de lo que no se dispone de elementos probatorios para considerar cierto. Esto permite satisfacer la exigencia de ser auxiliar de la justicia.

Estas consideraciones, sin embargo, todavía no sirven para responder de manera acabada a la pregunta «¿Qué debo hacer?» que todo abogado se formula al momento de decidir si iniciar o no un pleito. El deber débil de veracidad, contenido en la reinterpretación que ha sido brindada de la «regla del silencio», es sólo uno de los que configura el rol profesional. Existen otras exigencias morales que pueden determinar que una conducta que prima facie es permisible –teniendo sólo en mente el deber de veracidad– no lo sea cuando todo es puesto en balance.

BIBLIOGRAFÍA

Bentham, J. (1835). *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Madrid: Imprenta de Don Tomás Jordan.

Calamandrei, P. (2009). *Elogio de los Jueces Escrito por un Abogado*. Madrid: Reus y Góngora.

Caracciolo, R. (2000). Realismo moral vs. Positivismo Jurídico. *Analisi e Diritto*, 37–44.

Couture, E. (1950). El deber de las partes de decir verdad. In *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo III* (pp. 211–256). Buenos Aires: Ediar.

Ferrer Beltran, J. (2007). *La Valoración Racional de la Prueba*. Barcelona: Marcial Pons.

Foot, P. (2002). Moral Relativism. In *Moral Dilemmas and other Topics in Moral Philosophy* (pp. 20–36). Oxford: Clarendon Press.

Freedman, M. (1975). *Lawyer's Ethics in an Adversary System*. New York: The Bobbs-Merryll Companny.

Freedman, M. (1996). Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three Hardest Questions. *Michigan Law Review*, (64), 1469–1484.

Fuller, L. L., & Randall, J. D. (1958). Professional Responsibility: Report of the Joint Conference of the ABA and AALS. *American Bar Association Journal*, *44*(12), 1159–1162; 1216–1218.

Gallup (2019). *Honesty/Ethics in Professions*. Retrieved from https://news.gallup.com/poll/1654/honesty-ethics-professions.aspx

Grossmann, K. (1940). El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. *Jurisprudencia Argentina*, *71*, 7–32.

Harman, G. (1996). Moral Relativism. In G. Harman & J. J. Thomson (Eds.), *Moral Relativism and Moral objectivity* (pp. 3–64). Cambridge, Massachusetts: Blackwell Publishers.

Lerman, L. G., & Shrag, P. G. (2008). *Ethical Problems in the Practice of Law* (Segunda). New York: Aspen Publishers.

Luban, D. (1999). Twenty Thesis on Adversarial Ethics. In H. Stacy & M. Lavarch (Eds.), *Beyond the Adversarial System* (pp. 134–154). Sidney: The Federation Press.

Mackie, J. L. (1977). *Ethics*. Harmondsworth: Penguin Books.

Podetti, J. R. (1954). *Teoría y técnica del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar.

Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
Rhode, D. (2001). *In the Interest of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
Rovane, C. (2011). Relativism Requires Alternatives, Not Disagreement or Relative Truth. In S. D. Hales (Ed.), *A Companion to Relativism* (pp. 31–52). Malden, MA: Wiley-Blackwell.
Seleme, H. O. (2020). *Inocencia, Legitimidad y Lealtad*. Buenos Aires-Montevideo: Editorial B de F.
Shaffer, T. L., & Cochran, R. F. (1994). *Lawyers, clients and moral responsibilit*. St. Paul, Minnesota: West Publishing.
Shapiro, L. J. (2002). *Public Perception of Lawyers. Consumer Research Findings*. Retrieved from https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/market_research/public_perception_of_lawyers_2002.pdf
Simon. (1998). The Kaye Scholer Affair: The Lawyer's Duty of Candor and the Bar's Temptations of Evasion and Apology. *Law & Social Inquiry*, *23*(2), 243–295.
Thompson, D. (1980). Paternalism in Medicine, Law, and Public Policy. In D. Callahan & S. Bok (Eds.), *Ethics Teaching in Higher Education* (pp. 245–275). New York: Plenum Press.
Wong, D. (1984). *Moral Relativity*. Berkeley, California: University of California Press.

EL DERECHO ENTRE LA MORAL Y LA POLÍTICA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

El posthumanismo no es un humanismo

Posthumanism is not a Humanism

Antonio Enrique Pérez Luño

Autor:
Antonio Enrique Pérez Luño
Universidad de Sevilla, España
aperez3@us.es

Recibido: 22-4-2020
Aceptado: 14-7-2020

Citar como:
Pérez Luño, Antonio Enrique, (2021). El posthumanismo no es un humanismo Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 291-312. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.12

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Antonio Enrique Pérez Luño

Resumen

Este ensayo se propone mostrar la oposición existente entre el paradigma de la tradición cultural humanista y las principales tesis y postulados que actualmente defiende el posthumanismo. Para ello, se analizan las respectivas respuestas que el humanismo y el posthumanismo ofrecen a las tres grandes preguntas que han compendiado, a lo largo de su historia, el significado de la filosofía: ¿Cómo se conoce la realidad? ¿Qué son y cómo se explican el mundo y la vida? ¿Cuál es la mejor forma de vivir? A esas preguntas han respondido respectivamente, la gnoseología o teoría del conocimiento, la ontología y la deontología o la ética. Se estudian, asimismo, determinados motivos de la ambigüedad del proyecto de deshumanización posthumanista. El trabajo concluye con la exposición de los argumentos que avalan la persistencia de los valores, principios y derechos del humanismo, actualizados en función de las exigencias de nuestro tiempo.

Palabras clave: Humanismo; posthumanismo; dataísmo; deshumanización; sociedad digital; nuevas tecnologías; tecnología de la información y de la comunicación; inteligencia artificial; algoritmos; COVID-19.

Abstract

This paper aims to show the opposition between the Humanist cultural tradition and the main theses currently defended by Posthumanism. The structure of the paper is built upon the corresponding answers provided by both trends to the three main philosophical questions: How do we know reality? What are the world and life, and how are they explained? What is the best way to live one's life? Gnoseology (or theory of knowledge), Ontology, and Deontology or Ethics have respectively tried to provide answers for such questions. Certain ambiguities of the Posthumanist dehumanizing project are also addressed. The paper concludes with an exposition of the arguments that justify the continuity of Humanist values, principles, and rights, updated according to the demands of our time.

Keywords: Humanism; Posthumanism; Dataism; dehumanization; digital society; new technologies; information and communication technology; artificial intelligence; algorithms; COVID-19.

1. PLANTEAMIENTO

En el año 1946 Jean-Paul Sartre publicó su célebre ensayo: *El existencialismo es un humanismo* (Sartre, 1992), obra que junto con la *Carta sobre el humanismo* de Martin Heidegger de 1947 (Heidegger, 2000), constituyen el manifiesto existencialista sobre la concepción del humanismo. Inspirándome en el título de la obra de Sartre, aunque con intencionalidad inversa, propongo designar las reflexiones que prosiguen como: «El posthumanismo no es un humanismo». Mi intención es mostrar, que bajo las propuestas de la ideología posthumanista se encubren determinadas falacias y trampas liberticidas que, entiendo con vehemente convicción, entrañan un riesgo grave para valores de la tradición humanista de persistente e irrenunciable actualidad.

El inicio del nuevo siglo, que coincidió también con el inicio de un nuevo milenio, se ha caracterizado por un protagonismo avasallador de las Nuevas Tecnologías (NT) y de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), en todos los ámbitos de la vida humana. Este fenómeno ha contribuido a que, desde determinados enfoques tecnocientíficos, se considere que la humanidad actual y sus valores consagrados por el humanismo, deben ser superados, ya que nos hallamos ante los albores de una nueva etapa. Así, James Barrat, sostiene el fin de la era humana y el inicio de una nueva era presidida por la omnipresencia de la inteligencia artificial (IA) (Barrat, 2017). A su vez, Yuval Noah Harari afirma que se ha superado la era del *homo sapiens*, que ha sido suplantado por el *homo deus* (Harari, 2016)[1]. Con las características e implicaciones a las que habrá ocasión de aludir *infra*.

Entre las posturas que invocan hoy la ciencia y la tecnología como marco de referencia para el desarrollo de la vida individual y colectiva, deben distinguirse dos concepciones que obedecen a planteamientos diferentes. Es importante no dejar a la intemperie el respectivo alcance de esas dos concepciones, para evitar que puedan ser entendidas de una forma confusa y arbitraria. De ahí, que sea necesario distinguir netamente entre lo que implica las expresiones «transhumanismo» y «posthumanismo». En numerosas ocasiones, estos términos son asumidos y empleados de forma indistinta, como sinónimos. Ambas expresiones aluden a la reivindicación del derecho a investigar y utilizar, con plena libertad, los avances de la tecnociencia, para conseguir el mayor grado de desarrollo tecnocientífico. Al propio tiempo, estos movimientos se proponen transcender los límites naturales, biológicos o sociales que actualmente condicionan el pleno desarrollo de la existencia. Ahora bien, existe una diferencia básica entre estas

1. (En su obra más reciente, 2018), ha revisado y, en algunos aspectos ha discrepado, de determinados planteamientos posthumanistas, tal como se tendrá ocasión de comprobar en las siguientes páginas de este ensayo.

dos concepciones. Así, mientras los transhumanistas sostienen que la tecnociencia debe contribuir a la mejora, pero no a la suplantación de la especie humana (Vid., por todos Llano Alonso, 2018), los posthumanistas postulan la superación de la humanidad actual por una superhumanidad, como resultado final del proceso de desarrollo tecnocientífico. Para los transhumanistas la tecnociencia debe ser utilizada para una mejora de la calidad de la vida humana. En sus análisis prospectivos se alude reiteradamente a la expresión «humanidad aumentada», para hacer referencia a aquellos progresos y desarrollos que en la condición humana pueden promover las NT y las TIC cuando se hace un uso adecuado de ellas. El transhumanismo no se propone, por tanto, la abolición de cuanto ha supuesto la cultura humanista. El posthumanismo implica la versión «fuerte» de esas proyecciones tecnocientíficas al ámbito de lo humano y, desde sus enfoques, no se duda en postular la sustitución del paradigma humanista por el paradigma posthumanista. De ello, infieren que nos hallamos ante el final de la era humana y la consiguiente aparición de una nueva forma de existencia: la posthumanidad.

En las reflexiones que siguen me ocuparé de esta última concepción e intentaré mostrar las falacias y trampas liberticidas que subyacen a su designio de abolir la tradición del humanismo. Plantear la contraposición entre humanismo y posthumanismo resulta hoy una tarea urgente y perentoria, cuando la entera población del mundo global que habitamos ha visto como se desmoronaba, de manera inimaginable y repentina, su convicción de seguridad existencial, a salvo de cualquier contingencia o imprevisto. El COVID-19 con sus devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y políticas, ha abierto una brecha en la conciencia colectiva y ahora los miembros de la sociedad digital reclaman de la comunidad científica una evaluación objetiva y serena de esta crisis planetaria. Ante esas circunstancias parece no sólo oportuno, sino obligado, someter determinados postulados y previsiones posthumanistas sobre el mundo futuro a la criba crítica de la razón humanista.

2. APROXIMACIÓN AL HUMANISMO: MOMENTOS DE UNA SÍNTESIS DIACRÓNICA

Para comprender los términos de la oposición posthumanista al humanismo, conviene tener presente algunos aspectos básicos que conforman el sentido del humanismo. En aras de ello, aludiré, con la máxima voluntad de concisión, a algunos de los momentos de la trayectoria humanista que revisten mayor interés para el propósito de este ensayo.

La tradición humanista occidental ahonda sus raíces en la cultura griega. A tenor de la cualificada opinión de Erik Wolf, puede situarse la génesis de la consciencia humanista en la célebre máxima del sofista Protágoras: «el hombre es la medida de todas las cosas», es decir, que el ser humano es el centro de imputación de todos los procesos del mundo físico y de la realidad social (Wolf, 1952, V.II, pp. 18 ss.). Con ese postulado se producía, al propio tiempo, la decantación del pensamiento griego clásico desde la etapa cosmológica a la antropológica. El ideario humanista hallará eco

en algunos Diálogos platónicos y en la doctrina ético-jurídica y política de Aristóteles. Su impulso decisivo se manifestará en el seno de la corriente filosófica greco-romana del estoicismo. Será, precisamente, un estoico romano nacido en Córdoba, Lucio Anneo Séneca quien con su sentencia: «*homo homini sacra res*»[2], compendiará y proclamará el sentido de la dignidad humana desde los inicios de la tradición humanista occidental.

El humanismo alcanza su plena consagración, y su propia denominación, en el Bajo Medievo y constituirá uno de los ingredientes básicos conformadores de la cultura renacentista. Luego, en el siglo XVIII en el seno del proyecto ilustrado de la Modernidad, se producirá lo que, entiendo, que pudiera denominarse como: «institucionalización del humanismo». En esta etapa es cuando puede hablarse, con propiedad, de la aparición de los derechos humanos como categoría histórica (Peces-Barba, 1988) y se forja también la doctrina jurídico-política del constitucionalismo. Estas categorías darán origen y vertebrarán el Estado de Derecho, en cuyo seno los valores, principios y derechos forjados en la tradición humanista hallarán su plena institucionalización, es decir, su reconocimiento a través de un pertinente marco jurídico-político institucional.

El Estado de Derecho, en su prístina formulación liberal, será objeto de desarrollos y de críticas a lo largo del siglo XIX. En ese periodo, el humanismo ilustrado sufrirá también la descalificación de sus valores, desde algunas tendencias filosóficas y, en particular, será objeto de la implacable crítica de Friedrich Nietzsche.

En el siglo XX el Estado de Derecho será objeto de un ataque frontal por parte de los sistemas políticos totalitarios. Por eso, al finalizar la Segunda Guerra Mundial y para evitar la repetición de una catástrofe humanitaria como la que supuso ese trágico episodio bélico, se produjo una reivindicación de los valores humanistas a escala planetaria. La promulgación en París en el año 1948 de la Declaración universal de los derechos humanos, por parte de Naciones Unidas puede considerarse como la Carta Magna del humanismo contemporáneo y la consiguiente revalorización y actualización del legado de la cultura humanista (Pérez Luño, 2017, pp. 79 ss.). En dicho texto se recogen los principales valores, principios y derechos del humanismo y constituyen el paradigma, para la fundamentación y la crítica, de las concepciones y de los sistemas jurídico-políticos de nuestro tiempo. Este importante logro humanista no implica el que los valores y derechos de la Declaración universal hayan adquirido vigencia en todos los ámbitos de nuestro planeta. En la actualidad, aunque da vergüenza reconocerlo, para millones de habitantes de nuestro mundo, la Declaración universal sigue siendo una promesa incumplida. De ahí, el peligro que subyace a aquellas pretensiones tendentes a considerar al humanismo como una experiencia conclusa, que debe ser superada.

2. L. A. Séneca., *Epistolae morales*, VC. Gregorio Peces-Barba, Rector-Fundador de la Universidad Carlos III de Madrid, tuvo el acierto de proponer este lema de Séneca como símbolo emblemático de dicha Universidad.

3. MOMENTOS DE LA OPOSICIÓN ENTRE EL HUMANISMO Y EL POSTHUMANISMO

Para calibrar el significado y alcance de la contraposición entre humanismo y posthumanismo conviene, por razones de orden sistemático, analizar la respuesta que cada una de estas dos concepciones aportan a las tres grandes preguntas que han compendiado, a lo largo de su historia, el significado de la filosofía: ¿Cómo se conoce la realidad? ¿Qué son y cómo se explican el mundo y la vida? ¿Cuál es la mejor forma de vivir? A esas preguntas han respondido respectivamente, la gnoseología (la teoría del conocimiento, la epistemología, la lógica, la metodología…), la ontología y la deontología o la ética.

a) A la primera de esas preguntas, es decir, a la demanda *gnoseológica*, el humanismo ha respondido en términos de razón y de experiencia. Las diversas escuelas y movimientos filosóficos han puesto el énfasis en cada una de estas categorías a tenor de sus peculiares enfoques filosóficos. Las distintas posiciones filosóficas, desde las que el humanismo ha sido postulado, coinciden en sustentar que el conocimiento que transciende o se sitúa más allá de la razón y/o de la experiencia humana, pertenece al ámbito de lo metafísico, lo irracional o lo fantástico.

En consonancia con tal planteamiento y corroborándolo, conviene recordar que el más célebre representante del irracionalismo del siglo XIX, Friedrich Nietzsche, se opuso a la tradición humanista y, en particular, a su versión ilustrada, al considerar este tipo de conocimiento como «humano, demasiado humano» *Menschliches, Allzumenschliches*) (Nietzsche, 1970b).

En la actualidad, el posthumanismo, desde una perspectiva que pretende ser antagónica a la de Nietzsche, coincide con él en su designio de superar el humanismo. Lo hace desde premisas inversas al carácter especulativo y a la «ensoñación» de las fabulaciones irracionales del filósofo germano, para invocar el rigor estricto de una reflexión tecnocientífica. Ejemplo elocuente de la actitud posthumanista es la propuesta de Hames Barrat de suplantar la fragilidad del conocimiento humano gracias al empleo de la IA. Según Barrat el conocimiento racional y empírico, propio de los seres humanos es de carácter limitado, fragmentario y falible. Mientras que el conocimiento que propicia la IA es ilimitado, omnicomprensivo e infalible (Barrat, 2017, pp.49 ss. y 126 ss.).

El fenómeno del *Big-Data* permite un almacenamiento prácticamente ilimitado de informaciones, las cuales pueden ser procesadas y utilizadas en los más diversos ámbitos y para las más diversas finalidades (Cfr., Garriga Dominguez, 2015).

Todo ello, permite un avance del conocimiento de datos cuya entidad cuantitativa, en opinión de los posthumanistas, conduce a una nueva situación cualitativa en cuanto respecta al conocimiento de la realidad. Acorde con la célebre ley del método dialéctico que postula el paso de la cantidad a la calidad, la actitud posthumanista no duda en afirmar que nos hallamos ante un

conocimiento cualitativamente distinto y superior al *modus cognoscendi* del pasado, gracias a las aportaciones de la IA.

b) En el plano *ontológico*, el humanismo ha explicado el ser y el tiempo a través de la comprensión racional y/o empírica de la realidad, propiciando una indagación del ser que condujera a entender y posibilitar su pleno desarrollo. En particular, su empeño se cifró en contribuir al logro de la plenitud de la persona humana. Conviene al respecto tener presente, que en algunos *Diálogos* de Platón se reitera el término *pleonexia,* que evoca la idea de un desarrollo pleno de las facultades, apetitos y tendencias de los seres humanos. En opinión de Erik Wolf, esta categoría platónica pudo hallarse inspirada en la notoria máxima del poeta Píndaro: «llega a ser el que eres» es decir, la exigencia de que cada sujeto desarrolle plenamente el proyecto existencial que se encierra en el interior de su personalidad (Wolf, 1952, V.II, pp.172 ss.)[3].

Frente a esa concepción ontológica humanista opuso Friedrich Nietzsche la tesis de que la humanidad no constituye una meta, sino sólo un estadio en la trayectoria hacia la superhumanidad. Ha adquirido celebridad su *leitmotiv* presente a lo largo de su obra *Así habló Zaratustra,* a tenor del cual, el hombre es la cuerda tendida entre la bestia y el superhombre (Nietzsche, 1972a).

Una visión semejante en lo que respecta a la necesidad de superar las limitaciones de la realidad ontológica humana, aunque desde un planteamiento que pretende rechazar toda concesión al irracionalismo y situarse en un plano tecnocientífico, es la que hoy postulan los ideólogos posthumanistas. Así, Yuval Noah Harari, al hacerse eco del ideario de ese movimiento, sostiene que, gracias a los avances tecnológicos y biocientíficos, hoy nos hallamos ante una nueva dimensión de la existencia humana. La IA permite un conocimiento sin trabas de cuanto existe. Como todo conocimiento es poder, los seres posthumanos estarán dotados de unas posibilidades ilimitadas de actuación sobre el mundo y la vida. La muerte, tradicionalmente considerada como un fenómeno

3. La concepción platónica de la *pleonexia* constituye un factor hermenéutico relevante para una reinterpretación de las tesis que le consideraban como un pensador totalitario y enemigo de la sociedad abierta (Karl Popper). Esta categoría permite inscribir la concepción política de Platón en la esfera del personalismo, ya que considera que el fin de la comunidad política ideal es la consecución del pleno desarrollo de la personalidad humana. El método para conseguirlo suscita serias reservas, por ser antidemocrático, pero la finalidad de su ideal político no es transpersonalista, sino inequívocamente personalista. Esta reinterpretación del pensamiento jurídico-político platónico posibilita concebirlo como un precedente histórico del personalismo que fundamenta los Estados de Derecho del presente. Así la Constitución alemana proclama en su art. 2.1 «el libre desarrollo de la personalidad», y, asimismo, el art. 10.1 de la Constitución española establece «el pleno desarrollo de la personalidad»; hallándose ambos textos normativos en el frontispicio de sus respectivos catálogos de los derechos fundamentales. Otro aspecto importante que se desprende de la concepción platónica de la *pleonexia,* estriba en su virtualidad para una superación de la tesis que postula la imposibilidad de derivar el «deber ser» a partir del «ser». Se ha hecho notoria esta tesis planteada por David Hume y, en la filosofía contemporánea, bajo la denominación de «*naturalistic fallacy*», a través de George Edward Moore. Frente a esa fractura, la enseñanza platónica muestra que el desarrollo del «ser» tiende a perfeccionarse y alcanzar su plenitud, en el «deber ser».

metafísico vinculado a la voluntad de unos presuntos designios divinos, será entendida como un mero problema técnico y podrá ser resuelta con medios técnicos. De este modo, la ingeniería genética y las biotecnologías permitirán una prolongación indefinida de la vida humana. Concluye Harari que durante milenios, los dioses se caracterizaban por poseer la omnisciencia, la omnipotencia y la eternidad y, precisamente, esos atributos podrán ser disfrutados por los posthumano: el *homo sapiens* será sustituido por el *homo Deus* (Harari, 2016, pp. 323ss.).

No parece ocioso aludir también a otras proyecciones de la propuesta posthumanista en la esfera ontológica. Entre ellas, posee una trascendencia especial la hipótesis que aventura sustituir las formas de vida orgánica basadas en el carbono, por formas de vida inorgánica basadas en el silicio, lo que permitiría una prolongación sustancial de las formas de vida. No menos consecuencias poseen las investigaciones en materia de nanotecnologías, que han recibido un impulso decisivo a partir de los estudios de Manfred Clain y Natham Klein, es decir, la posibilidad de manipular la materia para su transformación o eventual elaboración de nuevas formas materiales. Asimismo, deben reseñarse los importantes avances en la robótica y en la tecnología de *cyborgs*, que consiste en la posibilidad de proyectar dispositivos cibernéticos en organismos biológicos para una superación cualitativa de las capacidades de éstos mediante la tecnociencia. Se abre así la posibilidad de transferir formas de IA a animales o a seres humanos y viceversa de transplantar segmentos o circuitos del cerebro humano a máquinas (Cfr.: Barrio, 2018, pp. 113 ss.; Fukuyama, 2002, pp. 289 ss.; Habermas, 2016, pp.83 ss.; De la Quadra-Salcedo, 2018, pp.21ss.).

A partir de estos enfoques y propuestas, los posthumanistas vislumbran un futuro en el que la realidad social ya no estará sometida a la maldición bíblica que pesa sobre los seres humanos de tener que ganar su sustento mediante el trabajo. El desarrollo de la robótica permitirá sustituir el esfuerzo humano por la actividad de la máquina y, de este modo, los posthumanos podrán emanciparse de esa servidumbre y podrán gozar de todo su tiempo para disfrutar del ocio, de las artes y del deporte (Cfr., Barrat, 2017, pp. 85 ss.).

c) En el plano ético el humanismo ha defendido siempre aquellos valores más intrínsecamente ligados con la personalidad humana. Dichos valores, a partir de la Ilustración y del movimiento constitucionalista, se consagran en los derechos y libertades legitimadores de los Estados de Derecho. La tradición humanista, como se ha indicado *supra*, consagrará sus valores, principios y derechos en las normas constitucionales que se hallan en la cúspide de los Estados de Derecho. Tras la Revolución francesa, dichos valores se expresarán mediante los símbolos de la tricolor: libertad, igualdad y fraternidad, que junto con la dignidad constituyen la síntesis axiológica del humanismo.

> También en este ámbito Friedrich Nietzsche se mostrará abiertamente crítico respecto a la cultura humanista y, en particular, a su versión racionalista ilustrada, al sustentar que la libertad la dignidad y la igualdad eran falsos valores, propios de seres débiles y mezquinos que serían superados por la voluntad de poder del superhombre. La igualdad le parece algo propio de seres inferiores, que se conforman con la existencia gregaria de los integrantes de un rebaño. Por el contrario, al superhombre le repugna la igualdad, porque desea ser desigual y superior a los otros (Nietzsche, 1970a, pp.46ss; 1972b, pp. 116ss.).

Hoy el posthumanismo replantea esa transmutación de los valores desde un enfoque tecnocientífico. Su crítica a los valores humanistas aparece como una alternativa frontal respecto a esa concepción. Desde el enfoque posthumanista se niega, abiertamente, la existencia del libre albedrio y, por tanto, la posibilidad de un ejercicio autónomo e incondicionado de la libertad de elección y decisión. De ahí, que la libertad que actualmente importa no es tanto la que atañe a los derechos o facultades de los individuos, sino que pone el énfasis en la libre investigación científica, sin límites o tabúes que puedan impedir su pleno ejercicio. Desde la ideología posthumanista se entiende cualquier restricción moral o legal a la libre investigación y experimentación como un símbolo anacrónico de oscurantismo. De igual forma que los Reformadores protestantes invocaban el libre examen, como principal garantía de la libertad de la conciencia, los posthumanistas defienden el libre ejercicio de la investigación y la experimentación tecnológica y científica, como la forma más representativa de la libertad en el presente. Para los posthumanistas, en definitiva, las normas éticas, jurídicas o políticas que representen una cortapisa al desarrollo tecnológico o científico, son trabas incompatibles con los avances que reclama el progreso. Por tal motivo, en fecha muy reciente, desde diferentes foros afines al posthumanismo, se ha considerado, como una victoria relevante, que la legislación japonesa haya permitido que el profesor de la Universidad de Tokio Hiromitsu Nakauchi, experto en biotecnología lleve a cabo experiencias de humo-animales, que consisten en la implantación de células humanas en embriones de animales. Así, se pretende la producción de órganos susceptibles de ser transplantados a seres humanos. La posibilidad de seres híbridos, mezcla de elementos humanos y animales, que hasta el presente se hallaba en la esfera mitológica de los faunos, centauros, sirenas, esfinges…, puede llegar a ser una realidad futura.

Desde premisas posthumanistas se sostiene que el futuro sentido de la libertad política no dependerá de las deliberaciones de los Parlamentos democráticos o de los foros internacionales, que siempre pueden estar sujetas a su contaminación por pasiones o intereses. La política del futuro será el producto de decisiones inteligentes y asépticas tales como los resultados de la investigación que tiene lugar en los laboratorios de Silicon Valley de California (Barrat, 2017, pp.183 ss.; Harari, 2016 , pp. 294 ss.)[4]. De

4. En la lección que dedica a la «Libertad» (pp.73ss.), incluida en *21 lecciones para el Siglo XXI,* (2018), Yuval Noah Harari reafirma su tesis sobre la imposibilidad del libre albedrío al que califica de «mito». Según afirma, para la ideología liberal, el libre albedrio permite que cada persona pueda elegir y decidir las principales

esta forma, los aspectos más decisivos sobre el porvenir de la especie no obedecerán a procesos de selección natural, sino a una programación inteligente.

Critican también los posthumanistas el valor de la igualdad, proclamado por el humanismo, por su carácter insuficiente y, en definitiva, injusto. En el Estado de Derecho liberal se pretende garantizar la igualdad jurídica de los ciudadanos, en términos de igualdad ante la ley. A su vez, el Estado social de Derecho se propone garantizar determinadas cuotas de bienestar, a partir del reconocimiento de la igualdad material. Los posthumanistas denuncian que estas formas de igualdad son insuficientes, ya que no tienen en cuenta las inmensas desigualdades existentes entre las facultades físicas e intelectuales de las personas. Sólo una insignificante minoría de personas puede participar en las Olimpiadas, u optar al Premio Nobel. Según los posthumanistas la experimentación sin trabas de la ingeniería genética, de las biotecnologías y de la neurociencia, hará posible imaginar a seres posthumanos, cuyas capacidades físicas e intelectuales posean un nivel mucho más equilibrado de igualdad.

La descalificación posthumanista de los valores jurídico-políticos del humanismo, se dirige también a denunciar su fracaso en el diseño de sociedades bien ordenadas. Hasta el presente las sociedades democráticas no han podido erradicar de su seno las conductas desviadas delictivas o antisociales, que entrañan un peligro para el orden y, en ocasiones, para la propia pervivencia de la comunidad política. Estas graves insuficiencias de las sociedades actuales podrán ser corregidas mediante el empleo de técnicas neurológicas que erradiquen de los cerebros las actitudes antisociales y que permitan establecer un orden social plenamente justo, en el que no exista la lacra endémica de la delincuencia.

4. LAS FALACIAS POSTHUMANISTAS

Para quienes, como es mi caso, no compartimos el ideario posthumanista, sus propuestas deben ser sometidas a una revisión crítica que tienda a poner de manifiesto las insuficiencias y falacias sobre las que se construye su desafío al humanismo. Para ello, mantendré el orden expositivo en el que he cifrado la oposición sistemática entre humanismo y posthumanismo.

---

cuestiones concernientes a sus preferencias políticas, económicas, sociales o personales. Esas decisiones se hallan contaminadas por sentimientos y no obedecen a pautas lógicas, por eso, pueden ser reemplazadas ventajosamente por decisiones inteligentes a partir de la IA y de algoritmos que procesan macrodatos. Es consciente, no obstante, del riesgo de que esa situación pueda conducir a una dictadura digital, en la que los humanos queden degradados a meros dóciles productores y consumidores de datos. En su opinión, las sociedades actuales invierten mucho en IA y muy poco en el desarrollo de la mente y la conciencia humana, condición necesaria para poder desarrollar el potencial humano. El temor de Harari me parece fundado, pero no así el remedio que apunta. Estimo que no podrá avanzarse mucho en el desarrollo de la mente humana y del potencial humano sin reconocer plenamente el libre albedrío así como las demás manifestaciones de la libertad, la autonomía, la dignidad y el pleno desarrollo de la personalidad, tal como postula el proyecto humanista, que el posthumanismo, precisamente, pretende abolir.

a) Desde el punto de vista *gnoseológico*, es decir, desde la teoría del conocimiento se advierte que el posthumanismo no pretende ofrecer vías de acceso al conocimiento de la realidad, sino que crea una determinada forma de realidad, acorde a sus propios planteamientos. El posthumanismo más que un método de conocimiento, tiende a convertir el método en el propio objeto de conocimiento. Pudiera ejemplificarse ese modus *cognoscendi* si imaginamos una ventana cuyo cristal nos permite contemplar un determinado paisaje. El cristal es un medio para visualizar, para conocer, el panorama que se halla más allá de la ventana. Nos permite conocer esa realidad sin tener que sufrir las inclemencias del tiempo: lluvia, viento, calor, frío… Cuanto más diáfano sea el cristal, mejor contribuirá a nuestro conocimiento o visión de la realidad, pero si sustituimos el cristal por una lente calidoscópica, podremos obtener una combinación de coloraciones y unas combinaciones cromáticas que podrán gozar de gran plasticidad, en el plano estético, pero que no nos permitirá contemplar la realidad existente fuera de la ventana. El riesgo que se deriva del método cognoscitivo del posthumanismo, reside, precisamente, en que no nos ofrece una visión de la realidad, sino que propone una realidad construida artificialmente, a través de la IA, el *Big Data* y los algoritmos diseñados para su elaboración.

Yuval Noah Harari ha resumido, de modo inequívoco el alcance de la revolución gnoseológica auspiciada por el posthumanismo: «Gracias a los ordenadores y la bioingeniería, la diferencia entre ficción y realidad se difuminará, a medida que la gente remodele la realidad para que se ajuste a sus ficciones favoritas» (Harari , 2016, p. 203 ss.)[5].

La teoría del conocimiento que propone el posthumanismo, concluye por ofrecernos una realidad virtual que enmascara la realidad auténtica, propicia una postverdad que supone una mentira con apariencia de verdad.

La dimensión *ontológica* del poshumanismo concibe un futuro de seres posthumanos omniscientes, omnipotentes y eternos. Esas perfecciones imaginadas para un mundo futuro han sido abiertamente impugnadas por Stefano

5. En su nuevo libro, *21 lecciones para el Siglo XXI,* (2018). Harari, dedica una lección a la «Postverdad» (pp. 286 ss.). Advierte que, a lo largo de la historia, las religiones, las ideologías políticas y los gobiernos, han recurrido, asiduamente, a la mentira para el logro de sus propósitos. Por tanto, la postverdad no es un invento de la sociedad digital, pero las tecnologías de la información y de la comunicación han originado en las sociedades actuales una alarmante sospecha de vivir bajo el constante signo de la postverdad, es decir, bajo la transmisión incesante de mentiras y ficciones. Harari estima que la contaminación de las informaciones públicas no debe considerarse inevitable y propone como medio para erradicarlo el recurso a lo que denomina «ciencia ficción» (pp.303 ss.), o sea, a que los científicos más responsables asuman la tarea de facilitar información veraz que sea accesible a la ciudadanía. No deja de sorprender esta propuesta paradójica, en la que para combatir la ficción de la postverdad se recurre a una «ciencia ficción». La ciencia o es rigurosa o deja de ser ciencia. La necesidad de combatir las postverdades con informaciones científicas veraces, que sean comprensibles para la mayoría de las personas, no puede confundirse con la degradación de los datos científicos en meras ficciones. La ciencia ficción es plenamente legítima como género literario o para determinados tipo de esparcimientos, e, incluso, puede aleccionar y alertar a la opinión pública sobre determinados riesgos derivados de un uso irresponsable de las NT y las TIC, pero ello no puede ser elevada a la categoría de teoría científica.

Rodotà, figura indiscutible de la cultura jurídica contemporánea. Uno de sus últimos trabajos lleva por significativo título: *Del ser humano al posthumano*. En dicho estudio denuncia que la lógica desde la cual se sitúan los vaticinios y profecías posthumanistas, no es la del interés y el bienestar de las personas, sino que representa la lógica del beneficio económico. A juicio de Rodotà, de los eventuales beneficios de la revolución posthumanista no gozaría la totalidad de la población mundial. Al realizarse dicha revolución desde parámetros elitistas, es decir, dirigida por una minoría de científicos y tecnólogos, no existirían garantías de que de la misma pudiera beneficiarse la mayoría de la población. Se establecería así una brecha tecnológica entre tecnoricos y tecnopobres. Estos últimos quedarían marginados de los avances del progreso y de las decisiones sobre su propio futuro. La robótica, sino se halla dirigida por valores humanistas y democráticos, corre el riesgo de condenar a ingentes masas de población a convertirse en una muchedumbre inútil para los procesos productivos y la evolución del nuevo sistema, social con el consiguiente riesgo de que ello pudiera conducirla a la miseria o, en el peor de los casos, a su paulatina desaparición (Rodotá, 2018, pp. 87 ss.).

Ante esos riesgos, resulta muy significativa la nueva actitud de Yuval Noah Harari, sustentada en sus *21 lecciones para el Siglo XXI*, donde se aparta abiertamente del optimismo posthumanista sobre la maximización del bienestar en la sociedad futura. En la lección sobre *Igualdad* advierte que el desarrollo tecnológico podría hacer surgir a las sociedades más desiguales de la historia. La globalización e Internet salvan las diferencias entre países, pero pueden agrandar las diferencias entre clases y, cuando la humanidad parece que puede conseguir la unificación global, la propia especie podría dividirse en castas biológicas. En esas sociedades toda la riqueza y el poder, podrían concentrarse en unas élites, mientras que la mayoría de la población sufrirían no solo la explotación, sino algo mucho peor: la irrelevancia (Harari, 2018, pp. 107ss.).

Los posthumanistas piensan que gracias a la robótica las sociedades del futuro quedarán emancipadas de la secular imposición bíblica de ganar el sustento con fatiga. La eliminación de las formas más penosas, arduas y peligrosas de trabajo humano pueden ser sustituidas por la robótica. Ahora bien, la responsabilidad en la dirección y orientación de los robots no puede quedar en manos de tecnólogos o de la IA, porque la organización del trabajo y el empleo del tiempo libre son cuestiones que afectan a la vida de las personas y que, por tanto, no pueden eludir las exigencias y garantías de un orden sociopolítico dirigido por el respeto a los derechos humanos (Cfr., De Asís, 2015).

b) No resulta menos radical la crítica que, desde el humanismo, se pueden dirigir hacia los presupuestos y consecuencias éticas del posthumanismo. Quizás convenga recordar que, para Kant la dignidad humana se situaba en el reino de los fines y consistía en la exigencia de tratar a todas las personas como fines en sí

mismas y no como medios o instrumentos para la consecución de otras metas u objetivos (Cfr., Pérez Luño, 2009, pp. 117 ss.). El posthumanismo, instrumentaliza y mediatiza a las personas en función de un modelo de progreso que no tienen en cuenta sus posibilidades de decisión. La lógica transpersonal de la IA y los algoritmos deciden sobre los fines y objetivos futuros del desarrollo de la vida, al margen de las elecciones de las personas concernidas por esos designios.

La dignidad humana es también el fundamento de la identidad personal, concebida como el derecho de cada ser humano a tener una personalidad única irrepetible y genuina. Para el posthumanismo, ese derecho se basa en una pretensión ilusoria, ya que, como se ha indicado *supra*, niega la existencia de un yo auténtico e irrepetible por considerar que tal pretensión contradice las leyes de la genética y los desarrollos presentes de las biotecnologías. La posibilidad de proyectar circuitos cerebrales humanos sobre máquinas, es decir, robots, realizable a partir de la ingeniería de Cyborg, permite conectar el pensamiento, la memoria y las experiencias humanas en seres artificiales y multiplicar esos procesos ilimitadamente. Las experiencias de *interfaces* entre distintas personas, con la correspondiente intercomunicación de ideas, preferencias y exigencias suponen negaciones radicales de un derecho a la identidad, al permitir formas de identidades clonadas o identidades en serie; o lo que es lo mismo, la propia abolición del significado de la identidad.

Una temática, ampliamente debatida en los últimos años es la referente a las amenazas que las pretensiones posthumanistas pueden implicar para la garantía del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. En esta esfera, el *Big Data* y los algoritmos representan un riesgo de vaciamiento de las garantías jurídicas establecidas para la defensa de estos derechos (Cfr., Garriga Dominguez, 2015, pp. 165 ss.; Pérez Luño, 2017, pp.351 ss.). De cumplirse ciertas profecías posthumanistas, cabe conjeturar que la colonización de la vida privada no se limitaría a las situaciones pasadas y presentes, sino que podría perpetrarse en invasiones de nuestra intimidad futura. Se aventura, desde esas premisas posthumanistas, la inquietante posibilidad de que los datos masivos almacenados sobre todos los aspectos de nuestra vida, una vez elaborados por los algoritmos, permitieran predecir con exactitud cuál iba a ser nuestro voto en los próximos comicios políticos, nuestras preferencias comerciales y nuestra elección sentimental.

Por tal motivo la teoría de los derechos y libertades tiene que precaverse ante esos eventuales y ominosos riesgos (Pérez Luño, 2018, pp. 137 ss.). El derecho a la libertad y, en concreto el derecho a la libertad política de los ciudadanos, es considerado por el posthumanismo como una pretensión ilusoria. Ese postulado es fruto de su negación absoluta del libre albedrío, al que consideran fruto de una ensoñación metafísica, ya que la tecnobiología y la neurociencia, muestran que cualquier decisión humana es el producto de la carga genética,

de determinados rasgos de los circuitos cerebrales o de respuestas necesarias de la mente ante ciertas situaciones ambientales.

De cumplirse las inquietantes profecías posthumanistas, nos hallaríamos ante el final de la libertad en el espacio público. Pero, ese diagnóstico, no tiene por qué ser irrefutable y la mejor forma de defender los derechos humanos consiste en reforzarlos (Cfr., Ansuátegui, 2020).

Como todo avance científico y tecnológico las NT y las TIC poseen una dimensión ambivalente y es posible revertir su amenaza liberticida, mediante una utilización racional y democrática, acorde con los valores humanistas, que aproveche los aspectos positivos que ofrece el progreso en la sociedad digital para reforzar la libre participación política a través de nuevas formas de ciberciudadanía (Pérez luño, 2004, pp.72 ss; id., 2013, pp.13ss. y 117 ss).

La autonomía de las personas queda suplantada, en el proyecto posthumanista, por la autonomía de los sistemas, la autonomía de los vehículos, la autonomía en los procesos de producción y reproducción de cosas… Asimismo, Internet que ha sido concebida como un espacio para el ejercicio libre de las actividades personales, es decir, como Internet de las personas, pierde protagonismo en favor de la Internet de las cosas.

Las grandes decisiones políticas y sociales sobre la sanidad, educación, seguridad, empleo, medio ambiente… Quedan sustraídas al debate democrático público y se confían a gabinetes tecnocráticos que toman decisiones fundadas únicamente en los procesamientos de datos que a partir del *Big Data* elaboran los algoritmos. La culminación de este proceso, a tenor de la lógica dataista del posthumanismo, desembocaría en la plena sustitución de las decisiones humanas por la IA, que estaría en condiciones de proporcionar, en cada caso, la solución correcta. Como es obvio, esta lúgubre posibilidad implicaría la disolución de toda forma de responsabilidad política, con las perversas consecuencias que ello entrañaría para la subsistencia de una convivencia en libertad.

En las previsiones sobre el futuro de la sociedad, avanzadas por los posthumanistas, se augura la plena superación de las desigualdades físicas y mentales entre todas las personas, gracias a la ingeniería genética y a usos inteligentes de las biotecnologías[6] (Cfr. Atienza, 2020). Vislumbran, a la vez, sociedades en las que se podrá abolir toda forma de delincuencia, a través de programaciones de la conducta. De cumplirse esa pretensión posthumanista, nociones tales como las de responsabilidad, culpa, dolo, negligencia, buena fe…, dejarían de formar parte del catálogo de conceptos jurídicos fundamentales, porque se habría suprimido el propio valor de la libertad personal, que es presupuesto necesario de todas esas categorías. La sociedad futura, auspiciada por los posthumanistas, estimo, que más que un sueño confortador de una convivencia libre,

6. Para la crítica de los postulados posthumanistas, en relación con el uso de las biotecnologías y la ingeniería genética, resultan del mayor interés los principios de la bioética expuestos por Atienza en su ensayo *Justicia genética*, en curso de publicación y cuyo texto debo a la deferencia de su autor. En ese estudio, se avanza, también, una atenta lectura y análisis crítico de las principales tesis de Jürgen Habermas y Michael Sandel sobre esta problemática.

armónica y bien ordenada, se asemeja a la pesadilla de ese *Mundo Feliz,* imaginado genialmente por Aldous Huxley, o al del modelo opresivo de organización política presidido por la sombra despótica del gran Hermano, según la distopía descrita por George Orwell en su célebre obra *1984*.

5. LA DESHUMANIZACIÓN POSTHUMANISTA: SU AMBIGÜEDAD

De cuanto hasta aquí se lleva expuesto, es fácil inferir que la actitud posthumanista entraña un decidido propósito de sustituir el paradigma antropocéntrico del humanismo por el paradigma tecnocéntrico. A tenor de ese designio se estaría produciendo, en el presente y en el inmediato futuro, un proceso de paulatina deshumanización de las sociedades y de la cultura, al que correlativamente serviría de fundamento legitimador una ideología suprahumanista. Tal como se ha tenido ocasión de advertir al exponer la contradicción entre humanismo y posthumanismo, en el plano ético, esta última ideología lleva implícita la pretensión de subvertir o superar los valores propios de la tradición humanista.

Al iniciar esta exposición traté de esbozar una síntesis de cuanto ha supuesto la cultura humanista en la trayectoria histórica de Occidente. Para el humanismo, la humanidad representa siempre una categoría axiológica, un bien que debe ser preservado y desarrollado. En contra de esta pretensión se alza la tesis posthumanista, que entiende que la humanidad no representa el fin de la historia, sino una mera etapa en su desarrollo, que puede y debe ser superada por el ideal de la superhumanidad, a partir de un proceso de progresiva deshumanización.

En los últimos años ha aparecido una extensa bibliografía, integrada por ensayos y diagnósticos, relativos a la deshumanización tecnocientífica de la sociedad y la cultura. Algunas de estas proclamas constituyen un lamentable paradigma de confusión, que delata la forma apresurada e imprecisa con la que han sido elaboradas. En múltiples ocasiones, son sus autores audaces *sprinters* encaramados en marcha en el tren de las NT y las TIC, sin saber de donde viene y adonde va. En aras de mayor rigor en el estudio de esta materia parece oportuno, para aclarar de qué estamos hablando cuando nos referimos a la «deshumanización», al planteamiento de ese concepto por parte de José Ortega y Gasset. A partir de sus observaciones, siempre lúcidas y estimulantes, contenidas en su ensayo sobre *La deshumanización del arte*, debe entenderse como humano cuanto es fiel reflejo de la existencia cotidiana de las personas, en sus formas y contenidos vitales. En directa oposición a ello, todo proceso de deshumanización implicará negar o ignorar las manifestaciones, perfecciones y peripecias humanas (Ortega y Gasset, 1983, vol, 3, pp. 353 ss.).

Entre los fenómenos apuntados por Ortega, para explicitar su teoría sobre la deshumanización del arte contemporáneo, estimo que poseen una proyección general para cualquier fenómeno deshumanizador, los que hacen referencia a la impopularidad, el antivitalismo y la intranscendencia.

Según se infiere de los argumentos de Ortega, en cualquier episodio deshumanizador, se produce un alejamiento de lo que es inteligible para la mayoría de las personas. Cuando las masas no entienden un fenómeno, éste se hace *impopular*, lo que significa que sus resortes no son los genéricamente humanos. El alejamiento o la impugnación de lo *vital* es otro de los rasgos que caracterizan la deshumanización. Si se extirpa la realidad vivida y se la suplanta por formas abstractas, ideales o exotéricas, propias de un universo abstruso, se produce una fuga de lo humano. En esa tendencia no importa tanto el término *ad quem*, es decir, la entidad artificial a la que llega, sino en término *a quo*, el ámbito de vida que destruye. La deshumanización ostenta también, como síntoma caracterizador, la *intrascendencia*. Ortega hace notar que, frente a los afanes sociales y culturales que informan la existencia humana, el proceso deshumanizador supone una huida hacia la *trivialización*, que implica una evasión de la gravedad y el patetismo de lo humano (Ortega y Gasset, 1983, vol, 3, pp. 354 ss., 364 ss. y 383 ss.).

Las penetrantes observaciones de Ortega, pienso, pueden servir de pauta para la comprensión de los procesos deshumanizadores que dimanan del posthumanismo, si bien, en este ámbito se plantean con una intrínseca ambigüedad. Así, para el mayor número de integrantes de las sociedades tecnológicamente avanzadas, el universo tecnológico dista mucho de ser un escenario impopular. Las NT y las TIC y, en especial Internet, las redes sociales, los móviles..., se han instalado en la cotidianeidad cívica. El ordenador se ha convertido en un *alter ego*, en un *partner* constante y necesario para millones de personas, que precisan de la informática para el desarrollo habitual de su existencia. Como contrapunto, el diseño de la sociedad futura del proyecto posthumanista, sí es manifiestamente impopular, ya que propicia una fractura entre la élite de posthumanos, que encauzarán y aprovecharán los avances de la tecnociencia y la muchedumbre de humanos que quedarán marginados de esos eventuales beneficios.

La ambigüedad de esa tendencia deshumanizadora se advierte, quizás todavía con mayor intensidad, en lo que atañe al antivitalismo. La revolución tecnológica, desde sus inicios, no ha pretendido negar la vida humana, sino que ha querido imitar la vida, a través de unos entes artificiales que se asemejaran lo más posible a los seres humanos. La robótica no se presenta como una negación o un fenómeno hostil a la vida, sino como un complejo de entes tecnológicos que imitan, en la mayor proporción posible, a los seres humanos. En su lúcido diagnóstico, expresado en su libro, *L`uomo artificiale*, Vittorio Frosini indica que la tecnología ha pretendido elaborar un «hombre artificial», una especie de *simia hominis*, que intenta reproducir artificialmente los principales aspectos del comportamiento humano (Frosini,1986, pp.7ss.). NO huelga advertir que expresiones tales como «sistemas expertos» e «inteligencia artificial», aluden a un intento de reproducción tecnológica de dos caracteres tan intrínsecamente humanos como son la experiencia y la inteligencia (Cfr., Pérez luño, 1989, pp. 1ss.; id., 1996, pp. 257 ss.). Tambien, en esta esfera, el posthumanismo rompe con una valoración positiva de lo humano, al postular una posthumanidad, en la que se manifiestan rasgos anti vitalistas, como lo son sus pretensiones de cosificación, de sustituir el Internet de

las personas por el Internet de las cosas, la suplantación de la vida orgánica basada en el carbono por la vida inorgánica a partir del silicio…

Por último, resulta evidente que los miembros de la sociedad digital no consideran a las NT y las TIC, con sus logros y sus riesgos, como un fenómeno intrascendente. Tienen consciencia de que el presente y futuro de la sociedad tecnológica depende de un uso responsable de la tecnociencia. De Ahí, que los foros interdisciplinarios, donde se aúnan los esfuerzos de tecnólogos, sociólogos, economistas, juristas, filósofos…, se postule la *Technogical Assessment* o sea, la evaluación del impacto tecnológico en diversos sectores de la sociedad y la cultura. El proyecto posthumanista resulta especialmente insatisfactorio en este punto. Su designio deshumanizador no se plantea en términos de intrascendencia, pero sí en términos de irresponsabilidad, al legitimar la investigación y la experimentación tecnocientífica al margen de cualquier límite ético o jurídico.

La ambigüedad del discurso sobre la deshumanización tecnológica, con las consiguientes tensiones entre las posturas humanistas y posthumanistas, se comprueba nítidamente en la obra de quien es uno de los más afamados e informados exponentes del posthumanismo Yuval Noah Harari. Concluye Harari que los tres grandes rasgos de la concepción más dura del posthumanismo, el dataísmo, se pueden cifrar en los postulados siguientes:

1) La concepción posthumanista de la ciencia afirma como dogma universal que los organismos son algoritmos y que la vida es procesamiento de datos;
2) La inteligencia se separa o desconecta de la conciencia;
3) Algoritmos sin conciencia, pero con una gran inteligencia, pronto podrán conocernos mejor que nosotros mismos. Esos asertos, que sintetizan la posición posthumanista, sugieren a Harari tres interrogantes básicos con los que finaliza su exposición: «1) ¿Son en verdad los organismos sólo algoritmos y es en verdad la vida sólo procesamiento de datos? 2) ¿Qué es más valioso la inteligencia o la conciencia? 3) ¿Qué le ocurrirá a la sociedad, a la política y a la vida cotidiana, cuando algoritmos no conscientes, pero muy inteligentes, nos conozcan mejor que nosotros mismos?» (Harari, 2016, pp. 341ss.).

Creo necesario hacer notar que, en el pensamiento y en el planteamiento de Harari, se deslizan unas ambigüedades insoslayables. A lo largo de toda su obra reitera la afirmación de que no pretende hacer una profecía, sino hacerse cargo y dar cuenta de los desarrollos presentes y futuros de la tecnociencia, a partir del diseño posthumanista. Ahora bien, esa pretendida actitud neutral de observador y cronista, se ve desmentida, porque a lo largo de sus reflexiones, Harari hace implícitamente suyas las tesis del posthumanismo y, en la mayor parte de las ocasiones, las considera como verdades técnico-científicas irrefutables e irreversibles. Es cierto que Harari reconoce la conciencia como el último baluarte, todavía no expugnado por la IA, y así reconoce que, hasta el momento no parece que los ordenadores puedan tener conciencia y experimentar emociones y sensaciones. En los últimos años, se ha producido un inmenso avance en el desarrollo de la IA, pero el avance en la elaboración de una conciencia artificial

ha sido nulo, pero tras haber admitido esto, Harari reconoce, en *Homo Deus,* que los seres humanos están perdiendo su valor, en términos de conciencia, porque la inteligencia, separada de la conciencia, es capaz de realizar operaciones que antes se hallaban reservadas a una inteligencia consciente, tales como: jugar a la ajedrez, diagnosticar enfermedades, conducir un automóvil o realizar una pesquisa policial para perseguir un delito. En la actualidad, este tipo de operaciones, según Harari, pueden ser desarrolladas por una IA, independizada de la conciencia, mucho mejor y con mayor eficacia que las que pueden realizar los seres humanos (Harari, 2016, pp. 341ss.). Gran parte del libro de Harari se halla dedicado a mostrar que las religiones, las ideologías políticas, en particular el liberalismo y el comunismo, y la tradición cultural humanista, constituyen anacronismos inoperantes e incompatibles con la evolución tecnocientífica de nuestro tiempo. No obstante, esos movimientos son los que podrían ofrecer un fundamento axiológico a la conciencia. Harari no ofrece ninguna alternativa ética que pudiera sustentar a la conciencia, ante su actual asedio tecnocientífico. Por ello, de forma implícita, Harari está aceptando que no existe ninguna posibilidad de que la conciencia dirija a la inteligencia y que la inteligencia humana dirija y controle a la IA en la organización del mundo y de la vida.

Con posterioridad a la publicación de su libro *Homo Deus*, en su obra *21 lecciones para el Siglo XXI.* Yuval Noah Harari pretende ofrecer una respuesta explícita a los tres dilemas con que concluía su *Homo Deus*. Avanza, ahora, unas propuestas que parecen alejarse de la postura posthumanista. Así, entiende que los organismos no son meros algoritmos y que la vida no puede reducirse a el procesamiento de datos, porque más allá de los algoritmos y los datos se hallan la mente y la conciencia de los individuos. Al segundo interrogante responde tomando partido, decididamente por la supeditación de la inteligencia a la conciencia, puesto que una inteligencia sin conciencia puede producir el caos en los individuos y en el mundo. Por último, advierte que la hegemonía de los algoritmos procesadores de macrodatos puede desembocar en la dictadura digital (Harari, 2018, pp. 73 ss.; 277 ss. y 376 ss.). Harari propugna, en esta última obra, como alternativa a esos retos, en la esfera de los individuos, profundizar en el estudio de la mente y de la conciencia a través de la educación (Harari, 2018, pp. 317ss.), la búsqueda del significado de la vida (Harari, 2018, pp. 329 ss.) y la meditación (Harari, 2018, pp. 376 ss.).

En la esfera de lo social y de lo colectivo, se muestra partidario de redefinir el sentido de la justicia para que esté a la altura de un mundo global, interconectado y complejo, que exige normas que emanen de una comunidad global (Harari, 2018, pp. 277 ss.).

En esas propuestas, Harari ignora y prescinde de cualquier remisión a la función histórica del humanismo, que a través del tiempo y en el presente, ha educado a los seres humanos en los valores de la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad, lo que ha contribuido, de modo inmediato y decisivo en el desarrollo de la mente y de la conciencia de las personas. Al propio tiempo, la cultura humanista, al promover el universalismo cosmopolita ofrece la vía más adecuada para el planteamiento y solución de los problemas comunitarios de la sociedad global y digital de nuestro tiempo.

6. CONCLUSIÓN: EL POSTHUMANISMO NO ES UN HUMANISMO

Al enfilar el último tramo de estas reflexiones, el itinerario teórico trazado hasta aquí permite dilucidar el significado lingüístico del término «posthumanismo». Debe indicarse, al respecto, que el prefijo «post», que se integra en la expresión «posthumanismo», puede asumir dos significados diferentes: puede aludir a la sucesión cronológica o al perfeccionamiento de las concepciones o movimientos que le preceden; o bien, expresar la abolición de los mismos.

De cuanto hasta aquí se lleva dicho, se desprende que el posthumanismo, asume la segunda acepción indicada. Por ello, el posthumanismo no implica la mejora, perfeccionamiento o actualización del legado humanista, sino que supone su negación, abolición o suplantación. El posthumanismo, por tanto, entraña un antihumanismo, por lo que se sitúa frente a lo que ha sido una de las principales conquistas históricas de la tradición humanista: los derechos humanos. Por ello, aludir a una generación de derechos humanos posthumanistas, o lo que es lo mismo, antihumanistas implica una evidente *contradictio in terminis* (Pérez Luño, 2018, pp.149 ss.).

La negación posthumanista de los derechos y libertades puede conducir a la posibilidad ominosa de que determinadas decisiones, fundamentales para la vida, sean sustraídas a la voluntad autónoma y libre de los seres humanos, para ser asumidas por el poder impersonal y difuso de las cosas. Dicha posibilidad deja en la penumbra a las fuerzas o poderes que pueden controlar la autonomía de las cosas y la robótica, en función de sus propios intereses.

Hace ya algunos años, Jürgen Habermas en su lúcida obra: *Ciencia y técnica como ideologí*a, denunció la pretensión tecnocrática de presentar determinado tipo de conocimientos y propuestas como postulados tecnocientíficos, cuando en realidad, ocultan opciones prácticas e intereses. La ideología tecnocrática trata de sustraer al debate científico y político cuestiones que interesan a la generalidad de los ciudadanos y que, por tanto, deben permitir su libre discusión. Los tecnócratas incurren en la manipulación ideológica consistente en ocultar sus intereses particulares, para presentarlos como teorías tecnocientíficas, cuando en realidad suponen meras propuestas ideológicas (Habermas, 1968, pp. 27 ss). Jürgen Habermas concluye su lúcida reflexión, afirmando que: «al desafío de la técnica, no se le puede responder sólo con la técnica» (Habermas, 1968, p.118).

Los principales argumentos posthumanistas se presentan, en la actualidad, como verdades tecnocientíficas irrefutables e inexorables. No obstante, un análisis crítico de esas propuestas revela que ese discurso responde a la pretensión ideológica de escamotear las grandes elecciones y decisiones sobre el presente y el futuro de la condición humana y del desarrollo tecnológico al debate político democrático. Tiene razón Stefano Rodotà cuando, tal como se ha indicado anteriormente, se pregunta, si las transformaciones previstas y auspiciadas por el posthumanismo, se plantean en nombre del beneficio económico o del interés de las personas (Rodotá, 2018, p. 94). Para responder a estos

retos, que afectan a la humanidad en su conjunto, no debe acudirse a la IA, sino a las opciones de la sociedad política.

El carácter ideológico de las propuestas posthumanistas se evidencia también cuando, a través de ellas, se propugna expropiar de la decisión colectiva ética y política, las cuestiones vitales de toda sociedad, como la educación, la sanidad, el medio ambiente o la pobreza. Los poderes que apoyan y financian la investigación tecnocientífica, no son anónimos ni neutrales, se trata de personas entidades o corporaciones reales y concretas, con intereses e ideologías fácilmente comprobables, que no pueden, ni deben, eludir su responsabilidad social y política.

Las tesis posthumanistas pretenden relegar la cultura humanista y considerarla como una experiencia periclitada y conclusa. Desde las premisas posthumanistas se pretende desconocer que el proyecto jurídico-político humanista es todavía una promesa incumplida para amplios sectores de nuestro mundo, que no se han emancipado de la ignorancia, del hambre o de la opresión. Se produce así la situación paradójica de que, mientras se está reclamando un proyecto posthumanista, grandes sectores de la población mundial se hallan condenados a una condición de infrahumanidad[7].

El proyecto posthumanista y sus previsiones para el porvenir, pueden parecer un sarcasmo para los millones de personas golpeadas en su calidad de vida y en el desarrollo de su cotidianeidad por el coronavirus. Un ente microscópico como el COVID-19 ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad de la sociedad digital. En el momento actual, tras la imagen prepotente y avasalladora de un *Homo Deus*, dominador absoluto y definitivo de todas las fuerzas y fenómenos de la naturaleza a través de la tecnociencia, aparece la sombra inquietante del agustiniano *Homo fallens.* Mérito del humanismo es que, todavía hoy, representa un motivo de equilibrio y de resiliencia superador de esas dos visiones contrapuestas de la condición humana. El humanismo denuncia y cuestiona la pretensión posthumanista de abolir los valores de su tradición cultural y desenmascara el mito de una nueva Arcadia fundada en la IA. El *Homo Deus* se muestra como una divinidad harto frágil e insuficiente. No menos opuesta a la cultura humanista resulta la imagen de una humanidad caída, incapaz de encauzar a través de la experiencia y de la razón su propio destino y el uso adecuado de la tecnociencia. El humanismo se muestra siempre abierto a admitir y promover los avances científicos y tecnológicos que puedan contribuir a una mejora de la calidad de la vida humana: el humanismo apuesta, decididamente, por un progreso tecnológico presidido siempre por la racionalidad y la responsabilidad.

No parece juicioso dudar de que la tecnociencia ha contribuido a responder al desafío de la pandemia con mucha mayor eficacia y celeridad de cuanto pudieran haberlo hecho las sociedades del pasado. Los avances de la investigación médica, los nuevos medios y equipos terapéuticos, las posibilidades ofrecidas por las TIC para una

7. Sobre la persistencia y la necesidad de mantener vivo el proyecto cultural humanista de la modernidad, que todavía no ha sido plenamente realizado y que, por tanto, no puede considerarse superado, vid., el ensayo de J. Habermas, «La modernidad: un proyecto inacabado», 1988, pp. 279 ss.

comunicación, en tiempo real, entre todos los Gobiernos del mundo, entre éstos y sus ciudadanos y entre los ciudadanos entre sí, han contribuido a crear un empoderamiento social, que ha permitido afrontar esa crisis planetaria decisivamente mejor que si no se hubiera contado con esos avances. Es fácil imaginar, por poner un ejemplo, la compañía y el apoyo que, para millones de personas, ha supuesto el poder contar con la TV, la radio, los móviles y el acceso a Internet. Disponer de esos medios tecnológicos ha paliado la situación de forzoso aislamiento y confinamiento padecido por la mayor parte de habitantes del planeta. La quiebra que para la calidad de la vida humana representa la imposibilidad de mantener relaciones personales, sin trabas, se ha visto mitigada por la posibilidad de una relación virtual. No huelga tampoco soslayar que la comunicación ciberespacial ha propiciado la creación de redes de solidaridad entre un gran número de cibernautas, lo que permite augurar un reforzamiento de valores comunitarios y, en particular, de aquellos que informan la cultura humanista. Como contrapartida, inherente a gran parte de los progresos tecnocientíficos, se ha suscitado una cierta ambivalencia: esos logros y ventajas se han hallado contrapuntados por un efecto multiplicador de las sensaciones de confusión, alarma y ansiedad, provocadas por la invasión en la Red de todo tipo de postverdades y de *fake news*.

Quien fue el creador de la cibernética, Norbert Wiener, en un trabajo cuya primera versión fue publicada al promediar el pasado siglo, afirmó que la cibernética era la ciencia de la comunicación y el control entre los seres vivos y las máquinas. Reclamó, al propio tiempo, una utilización responsable de esa nueva versión de la ciencia y la tecnología, de forma que propiciara un uso humano de los seres humanos y advirtió, con lucidez premonitoria, que el tiempo apremiaba y que era necesario elegir entre el bien y el mal (Wiener, 1989, pp. 216 ss.). Al concluir esta reflexión y, tomando en préstamo la afirmación de Wiener, pienso que el bien sigue estando representado por los valores y derechos ligados a la tradición cultural humanista, mientras que el mal subyace a determinadas propuestas posthumanistas, sobre cuyos riesgos y falacias he intentado advertir en este ensayo.

BIBLIOGRAFÍA

Ansuátegui, F. J., 2020: En curso de publicación.

Atienza, M., 2020: Justicia genética, en curso de publicación.

Barrat, J., 2017: Nuestra invención final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana, trad. cast. de S. Rodríguez, Paidos, México.

Barrio, M., 2018: «Robots, inteligencia artificial y persona electrónica», en el vol., col., a cargo de T. de la Quadra-Salcedo y J.L.Piñar, Sociedad digital y Derecho, BOE, Madrid, pp.113-137.

De Asis Roig, R., 2015: Una mirada a la robótica desde los derechos humanos, Dykinson, Madrid.

De la Quadra-Salcedo, T., 2018: «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital», en el vol. col. a cargo de T. de la Quadra-Salcedo y J.L.Piñar, Sociedad digital y Derecho, BOE, Madrid, pp. 21-87.

Frosini, V., 1986: L'uomo artificiale. Etica e diritto nell`era planetaria, Spirali, Milano.

Fukuyama, F., 2002: El fin del hombre: consecuencias de la revolución biotecnológica, trad. cast. de P. Reina, Ediciones B, Barcelona.

Garriga Dominguez, A., 2015: Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua, Dykinson, Madrid.

Habermas, J., 1968: Technik und Wissenschaft als Ideologie, Suhrkamp, Frankfurt a.M. (existe trad. cast. Tecnos, Madrid, 1984).

Habermas, J., 1988: «La modernidad: un proyecto inacabado», en su vol., Ensayos políticos, trad. cast. R. García Cotarelo, Península, Barcelona, pp. 279-293.

Habermas, J., 2016: El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal? trad. cast. R. Carbó, Paidos, Barcelona.

Harari, Y. N., 2016: Homo Deus: Breve historia del mañana, trad. cast., J. Ros, Debate, Barcelona.

Harari, Y. N., 2018: 21 lecciones para el Siglo xxi, trad. cast., J. Ros, Debate, Barcelona.

Heidegger, M., 2000: Carta sobre el humanismo, trad. cast. de H. Cortés y A. Leyte, Alianza Editorial, Madrid.

Llano Alonso, F., 2018: Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo, Tirant lo Blanch, Valencia.

Nietzsche, F., 1970a: La voluntad de poder. Ensayo de una transmutación de todos los valores, trad. cast., P. Simón, Editorial Prestigio, Buenos Aires.

Nietzsche, F., 1970b: Humano, demasiado humano, trad. cast. P. Simón, Prestigio, Buenos Aires.

Nietzsche, F., 1972a: Así habló Zaratustra, trad. cast. de A. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, Madrid.

Nietzsche, F., 1972b: Más allá del bien y del mal, trad. cast., A. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, Madrid.

Ortega y Gasset, J., 1983: La deshumanización del arte, en Obras Completas, Revista de Occidente & Alianza Editorial, Madrid, vol. 3.

Peces-Barba, G., 1988: Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales, Eudema, Madrid.

Pérez Luño, A.E., 1989: «Computerized Information Systems in General Jurisprudence and Philosophy of Law in Spain», en el vol., col. Expert Systems in Law. An International Conference on Law & Artificial Intelligence (University of Bologna, May 3-5 1989), CIRFID, Bologna, 1-8.

Pérez Luño, A.E., 1996: «Expert Systems in Law. Premises for an Evaluation», en el vol., col., a cargo de C. Ciampi, F. Socci Natali y G. Taddei Elmi, Verso un sistema esperto giuridico integrale, Cedam, Padova, vol. II, pp. 257-273.

Pérez Luño, A.E., 2004: ¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@com?, Gedisa, Barcelona.

Pérez Luño, A.E., 2009: «Kant y los derechos humanos», en su vol, La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 117-152.

Pérez Luño, A.E., 2013: Construcción Europea y Teledemocracia con la colaboración de: F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Pérez Luño, A.E., 2017: Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 12ª ed.

Pérez Luño, A.E., 2018: «Las generaciones de derechos humanos ante el desafío posthumanista», en el vol. col., a cargo de T. de la Quadra-Salcedo y J.L.Piñar, Sociedad digital y Derecho, BOE, Madrid, pp. 137-159.

Rodotà, S., 2018: «Del ser humano al posthumano», en el vol. col. a cargo de T. de la Quadra-Salcedo y J.L.Piñar, Sociedad digital y Derecho, BOE, Madrid, pp. 87-95.

Sartre, J. P., 1992: El existencialismo es un humanismo, trad. cast. de V. Prati, Edhasa, Barcelona.

Wiener, N., 1989: The Human Use of Human Beings. Cybernetics and Society, con una nueva Introducción a cargo de S. J. Heims, Free Association Books, London.

Wolf, E., 1952: Griechisches Rechtsdenken, Klostermann, Frankfurt, a M., vol., II.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

El principio del *Fresh Start* como exigencia normativa derivada de la dignidad humana

The Fresh Start Principle as a Normative Requirement Derived from Human Dignity

Miguel Ángel Alarcón Cañuta

Autor:
Miguel Ángel Alarcón Cañuta
Universidad Arturo Prat, Chile
mialarco@unap.cl

Recibido: 15-3-2020
Aceptado: 13-9-2020

Citar como:
Alarcón Cañuta, Miguel Ángel, (2021). El principio del *Fresh Start* como exigencia normativa derivada de la dignidad humana Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 313-343. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.13

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Miguel Ángel Alarcón Cañuta

Resumen

El presente trabajo desarrolla la argumentación jurídica que posibilita la comprensión de la existencia de un principio rector de la regulación concursal de la persona física que busca la unificación y delimitación de la normativa con objeto de otorgar protección al interés de alivio del deudor persona física: el principio del *fresh start*.

Palabras clave: *Fresh start*; política del *fresh start*; principio.

Abstract

The present work develops the legal argumentation that makes possible the understanding of the existence of a guiding principle of the bankruptcy regulation of the natural person that allows the unification and delimitation of the regulations in order to grant protecting the relief interest of the debtor natural person: the fresh start principle.

Keywords: Fresh start; fresh start policy; principle.

1. INTRODUCCIÓN

Un problema que presenta la actual regulación del concurso de la persona física a nivel global es su carácter maleable y cambiante, manifestado en la diversidad de modelos concursales en los ordenamientos anglosajón y continental[1]. Desde mi punto de vista, la circunstancia que origina el problema es la comprensión del *fresh start* como una política[2], que posibilita otorgar un beneficio al deudor[3] (como es la descarga de la deuda residual), más que un derecho[4]; y que justificado de diversas maneras[5], depende o queda a merced de los intereses o ideologías políticas de turno[6].

La falta de uniformidad y el carácter maleable de la regulación genera inseguridad jurídica en los deudores. En el ámbito europeo, la multiplicidad de regulaciones concursales y la pluralidad de puntos vista en relación con el objetivo del procedimiento, repercute en disparidad de criterios a la hora de consagrar la normativa y disímiles niveles de protección de los deudores.

Irradiado a los ordenamientos, el problema permite la gestación y desarrollo de un régimen concursal de persona física sin propia individualidad y expuesto a constantes cambios, fruto de una visión de la institución que puede responder a múltiples convicciones, ideologías políticas y económicas, o a una disparidad de justificaciones, y que no contiene una normativa de mínimos en resguardo de los intereses del deudor y su certeza jurídica[7].

No siendo posible entender justificado un nivel de protección maleable o cambiante en desmedro del deudor, la pregunta que guía el presente estudio es si es posible encontrar un núcleo esencial en la regulación concursal de la persona física. El objetivo del trabajo es desarrollar la argumentación jurídica para la comprensión de la existencia de un principio rector de la regulación concursal de la persona física, su justificación y finalidad; que permita sentar las bases para orientar la fundamentación, delimitación y uniformidad de la normativa e instituciones concursales en función de su contenido, a efectos de otorgar protección al deudor persona física.

1. Efrat, 2002, p. 81; Garrido, 2014, p. 202.
2. Jackson, 1985, p. 1394; Tabb, 1990, p. 57; Hallinan, 1986, p. 51; Efrat, 2002, p. 81; Pulgar, 2016, p. 902.
3. Pulgar, 2008, pp. 13 y 14.
4. Landry y Readt, 2015, p. 53.
5. Diversas teorías que justifican la descarga de la deuda se pueden ver en Tabb, 1990, pp. 90 y sgtes.; Jackson, 1985, pp. 1400 y sgtes.
6. Ramsay, 1999, pp. 283 y 284, da cuenta de la influencia de las ideologías en la normativa.
7. La Directiva de 2019, considerandos 7 y 8, reconociendo la diferencia de regulación entre ordenamientos de la Unión, entiende que ello es un problema que afecta la inversión, la seguridad jurídica de las empresas inversionistas y el mercado interior, más que la protección de los intereses y seguridad jurídica del deudor.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL *FRESH START* COMO UNA POLÍTICA

Al definirse la expresión *fresh start*, generalmente se expresa como objetivo del procedimiento concursal de la persona física que se logra a través de la descarga de la deuda residual (*discharge*)[8].

Una definición de algo como parte de otro atendido a su importancia, finalidad o carácter principal, responde al «por qué», o incluso al «para qué» de lo estudiado, pero no al «qué es». El problema de la indefinición del «ser» del *fresh start* está dado por su conceptualización.

Si bien el *fresh start* no es *per se* el objetivo de algo, sí es funcionalmente el objetivo del procedimiento concursal de la persona física. Así, la idea de nuevo comienzo se ha caracterizado como una política: la política del *fresh start*[9]. De allí que se entiende que el *fresh start* beneficia al deudor a través de una liberación de la deuda en el concurso al cumplir requisitos de buena conducta[10].

En términos generales, «política» se refiere a un conjunto de orientaciones y directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado[11]. La acepción coincide con el concepto de *policy* o política pública, referida a un conjunto de decisiones gubernamentales que implican la selección e implementación de una serie de fines, objetivos, instrumentos, medidas de actuación y asignación de recursos, para solventar o prevenir una situación definida como problemática u orientar o modificar conductas y cambiar o transmitir nuevos valores; contribuyendo a transformar la sociedad, a garantizar la cohesión social y a dotar de legitimidad al sistema político[12].

Desde el punto de vista de los antecedentes históricos del *fresh start*, es comprensible su caracterización como política, pues nace como respuesta a los problemas derivados de la crisis económica de la persona física y su familia. A través de la modificación de cierto estado de cosas, con finalidad de resolver de manera puntual el problema de la insolvencia del deudor persona física por medio de la descarga (*discharge*) de la deuda, se concretizó como un objetivo cuyo logro beneficiaría a la colectividad. Así, la definición actual de *fresh start* obedece a su consideración como política, y desde tal concepción destaca su papel como objetivo del procedimiento concursal de la persona física.

Dicho lo anterior, si bien la conceptualización del *fresh start* como una política responde al contexto histórico en que nace y a su forma de operar, adolece de problemas:

8. Gross, 1986, p. 60; Landry, 2012, p. 67; Jacoby, 2001, p. 232, nota al pie Nº 7; Culhane y White, 1999, p. 710; Howard, 1987, p. 1047; Vigenau y Bourin, 2012, p. 25; Jiménez, 2015, p. 3727; Tabb, 2001, p. 6; Flint, 1991, p. 515; Jackson, 1986, p. 225.
9. Jackson, 1985, p. 1394; Hallinan, 1986, p. 51; Efrat, 2002, p. 81; Pulgar, 2008, p. 13 y 14; Pulgar, 2016, p. 902.
10. Pulgar, 2008, p. 14.
11. Definiciones 8 y 12 de la RAE.
12. Subirats, Knopfel, Larrue, y Varone, 2010, p. 38; Pastor. 2014, pp. 20, 22 y 23.

primero, describe un rasgo característico de la institución pero no la define; y segundo, porque es equivocada, lo que se pone de manifiesto en un importante hecho: el *fresh start* no es un conjunto de directrices políticas maleables y supeditadas a intereses colectivos en función del poder político de turno[13], sino que del *freh start* emana un efectivo derecho para el deudor persona física, el derecho al alivio.

3. LA NOCIÓN GENERAL DE PRINCIPIO COMO CONTRAPUESTA A LA NOCIÓN DE POLÍTICA

Una acepción de «política» o *policy* se contrapone a la noción de principio. En esta concepción, política es una directriz u orientación que persigue una finalidad concreta de interés colectivo[14], mientras que principio es un tipo especial de norma que ordena que algo sea realizado o no en la mayor medida de los posible[15]. Desde el punto de vista estructural, ambas se establecen de manera general, muchas veces utilizando términos, y dirigidas a un porcentaje de la población, indeterminados. Sin embargo, la diferencia es clara: mientras la política constituye un conjunto de acciones encaminadas a un fin adecuado, conveniente o bueno —que pudiere estar compuesta por normas[16]—, el principio es una norma jurídica que manda, prohíbe o permite[17]. Mientras la noción general de política se circunscribe a un punto de vista axiológico o valorativo, la noción de principio se refiere a un concepto deontológico.

Si bien la conceptualización del *fresh start* puede obedecer a la noción de política, es preciso determinar si cumple con la de principio. En la medida que esto sea así, no sería posible definirlo como política, pues ambos son conceptos excluyentes debido a sus diferencias[18].

Aunque la distinción fuerte entre *policy* (como noción) y principio sustentada por Dworkin[19] concreta un criterio diferenciador entre ambos; entendiéndose actualmente que los principios también pueden referirse a bienes colectivos[20] o a normas programáticas o directrices que estipulan la obligación de perseguir un determinado fin[21], tal criterio se diluye. No obstante, la definición o delimitación de un principio se construye enfrentado a la conceptualización de regla.

13. Jiménez, W., 2013, pp. 117 y 118, da cuenta de esta posibilidad.
14. Dworkin, 1984, p. 82.
15. Alexy, 2002, p. 86.
16. Jiménez, W., 2013, p. 126, expresa que la norma jurídica es una manifestación jurídica necesaria pero no suficiente de la política pública.
17. Prieto, 2005, p. 205.
18. Jiménez, W., 2013, p. 116, expresando que el derecho adquiere autonomía e independencia de la política y se convierte en un límite a la actuación de los poderes y autoridades públicas, el ámbito de acción de las políticas encuentra límites en los principios, valores y derechos fundamentales establecidos en la constitución.
19. Dworkin, 1984, pp. 82 y 90.
20. Alexy, 2002, pp. 109 a 111.
21. Atienza y Ruiz, 1996, pp. 4 y 5.

Para lo que interesa en este estudio, adoptaré la teoría de la diferenciación fuerte entre regla y principio, que expresa que existe una diferenciación no solo cuantitativa o de grado, sino además cualitativa o en cuanto a la cualidad o particularidad estructural de cada una[22]. Interesa esta doctrina pues una teoría de la diferenciación basada en una distinción solo de grado genera que el criterio de generalidad utilizado para la distinción posibilite que siempre que hablemos de un principio podamos también estar hablando de una política, o viceversa; lo que tiene como consecuencia que el criterio delimitador solo se circunscriba al carácter deóntico del principio, sin considerar las diferencias que en torno a su cualidad son relevantes para este trabajo.

4. EL CONTENIDO NORMATIVO DEL *FRESH START*

4.1. El sustantivo *fresh start* y su contenido prescriptivo

La diferencia entre regla y principio es analizada desde un enfoque funcional como estructural, que permite apreciar ciertas particularidades de los principios y posibilita su delimitación. Pero esta diferenciación parte de la común delimitación de ambos como un tipo de norma jurídica y por tanto enunciados prescriptivos que ordenan, prohíben o permiten[23].

Desde mi punto de vista, la expresión *fresh start*, en sentido restringido se constituye en un sustantivo. Como tal, da cuenta de, o se refiere a, la existencia real e independiente de algo dotado de esencialidad y contenido propio.

Para conocer el contenido de este algo, o a qué nos referimos cuando damos cuenta de este algo a través de un conjunto de símbolos que representan su denominación, primero debemos situarnos en el contexto en el que hablamos. Ello porque no tienen el mismo contenido de significado expresiones que se producen o generan en contextos diferentes, a pesar de plantearse, incluso, bajo los mismos signos escritos.

Entendiendo que el contexto de algo es un conjunto de circunstancias físicas (temporales o espaciales) y lingüísticas que lo rodean y sin las cuales no puede comprenderse correctamente su significado, nuestro algo se contextualiza en las siguientes circunstancias de espacio y tiempo, que llamaré contexto A: una persona física agobiada por deudas que le imponen diferentes, deficientes, inestables o inseguros modos o medios de desarrollo de su existencia y de su entorno familiar[24], que le limitan o privan de un estado de bienestar caracterizado por un conjunto de capacidades de hacer, ser y operar individual y colectivamente en un espacio y tiempo social determinados[25].

22. Alexy, 2002, pp. 85 y 86.
23. Ruiz, R., 2012, p. 145.
24. Respecto de las consecuencias de la insolvencia, Efrat, 1998, p. 141; Jackson, 1985, p. 1447; Jacoby, 2001, p. 240.
25. Sobre la noción de calidad de vida y el enfoque subjetivo y basado en las capacidades, García, 1999, p. 148; Stiglitz *et al.* 2009, pp. 42 a 44, 143 y sgtes., y 216

Ahora, desde el punto de vista de la pragmática, todos los factores extralingüísticos que condicionan un uso del lenguaje o el contenido de significado de una expresión deben ser considerados para otorgar contenido de significado adecuado. Los factores extralingüísticos que influyen en el significado de una expresión pueden ser históricos, culturales, sociales, entre otros. Así, para determinar el contenido de significado de la expresión-sustantivo *fresh start*, el contexto histórico en el que se gesta y desarrolla contribuye a tal comprensión.

No siendo el objetivo principal de este trabajo los antecedentes históricos y evolutivos, basta con señalar que el contexto histórico en que surge nuestro algo, que llamaremos contexto B, da cuenta de un estado de cosas en que existe necesidad de solución del problema de las graves consecuencias que el contexto A genera en la persona física y su familia, producidos por acontecimientos históricos de reiterada concurrencia como son guerras y crisis económicas[26]. Esta necesidad, que es vista como una necesidad social de superación o alivio de las consecuencias de la crisis económica, se torna en un interés común al cual el Estado debe responder. El contexto B es aquel en que el interés común por aliviar o solucionar las graves consecuencias sociales de la crisis económica del contexto A, se traduce en un deber por parte del Estado de dar respuesta a esta necesidad social.

Fresh start corresponde a un algo que obedece al carácter de ser una respuesta a un problema social como consecuencia del deber del Estado de otorgarla. Ahora bien, para determinar el contenido de significado de nuestro algo debemos preguntarnos por aquello que el Estado debe; y para ello, el contexto operativo, que llamaremos contexto C, proporciona una respuesta. El contexto C permite comprender cómo ha operado históricamente nuestro algo.

Históricamente, la descarga de la deuda residual (*discharge*) ha materializado el deber del Estado de dar respuesta al problema descrito en el contexto B, constituyéndose en una manifestación de la finalidad de otorgar alivio al deudor en el contexto contenida.

Si bien actualmente no todos los Estados contemplan una regulación concursal destinada a la solución del problema de la insolvencia de la persona física, las circunstancias en que cada Estado decide o no establecerla obedecerán a una multiplicidad de factores, económicos, culturales, sociales, políticos, incluso hasta por acción del lobby[27]; que escapa al objeto de este trabajo. Lo trascendental es que todo Estado que pretenda jactarse de contemplar, propiamente tal, un procedimiento concursal destinado a la persona física, habrá de establecer un mecanismo de descarga de la deuda residual. Ello es corroborado por los antecedentes históricos y justificativos de los procedimientos

26. La descarga de la deuda motivada por guerras y crisis económicas puede verse en, McCoid, 1996, pp. 165 y 166; Duffy, 1980, p. 286; Cohen, 1982, p. 156.
27. Cuena, 2012, p. 3, lo plantea para el caso de España.

concursales de persona física, la experiencia comparada y las sucesivas recomendaciones internacionales existentes actualmente[28].

A primera vista, podría pensarse que nuestro algo toma la forma de un deber del Estado de otorgar una descarga o exoneración de la deuda residual. Sin embargo, considerando el contexto histórico sumado al contexto C, puede comprenderse que la necesidad de solución del problema enmarcado en el contexto B no es solo el directamente derivado de la crisis económica financiera del deudor, a saber, el incumplimiento de las obligaciones. Más allá de ello, la necesidad es de otorgar alivio al deudor, esto es, solucionar el problema indirectamente derivado de la crisis económico-financiera o problema subyacente a la insolvencia: el problema de la imposibilidad de autodeterminación futura que el estado de crisis o insolvencia genera en la persona física y su familia[29]. Aunque el contexto C permite comprender cómo opera nuestro algo a través del *discharge*, ello no justifica que la descarga de la deuda sea confundida o pretendida como sinónimo de *fresh start*[30]. La necesidad subyacente en el contexto B no es de descarga de la deuda, sino que, a través de una acción por parte del Estado, sea logrado un alivio del deudor, como sinónimo de solución definitiva del problema subyacente a la insolvencia.

Así, nuestro algo toma la forma de un deber del Estado de «x» para lograr un alivio del deudor persona física. De manera resumida: en los contextos A, B y C, la expresión *fresh start* se refiere a algo cuyo contenido es un deber del Estado de otorgar un alivio al deudor persona física y su familia.

En este punto, nuestro algo bien podría responder a la noción de política si entendemos que su contenido persigue una finalidad adecuada para la comunidad; pero bien podría responder a una noción de norma jurídica (regla o principio) bajo el entendido de que, conteniendo un deber, pertenece al mundo de los enunciados prescriptivos. Aunque una norma señale ciertos fines, propósitos u objetivos a un determinado destinatario, permitiendo que pueda elegir dentro de sus límites los medios apropiados

28. Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de UNCITRAL: 331; Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, 2014, p. 329; Directiva de 2019, artículo 20; Cuena, 2011, p. 5, refiriéndose al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «*El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia*» (DOCE 2008/C 44/19).

29. Para Jiménez y González, 2014, p. 164, «La calidad de vida se puede entender como la satisfacción derivada de las posibilidades de desarrollar autónomamente su proyecto vital. De allí se sigue que el Estado debe crear condiciones propicias para el ejercicio de la libertad. […] por ende, ese *puede* se encuentra estrechamente ligado a la posibilidad de desarrollar sus potencialidades gracias al empleo que haga de los medios a los que accede un ser humano a lo largo de su existencia; si los medios son limitados, el ejercicio de la libertad es restringido, ya que ésta nace de la interacción entre unas condiciones básicas dadas por la sociedad y la capacidad que el individuo tenga para transformarlas, en aras de su bienestar.»

30. Se ha constatado que existen menciones a los conceptos *fresh start* y descarga o alivio de la deuda como si de sinónimos se tratase. Así sucede en Tabb, 1991, p. 334; Ramsay, 1999, p. 269. Lo ponen de manifiesto, Porter y Thorne, 2006, p. 74. Aunque no es el objetivo de este trabajo, la consecuencia de esta confusión semántica es una extensión de las justificaciones dadas para la descarga al procedimiento concursal de persona natural, que propicia la disparidad de regulaciones a nivel internacional. Ello puede colegirse, a modo de ejemplo, en Pulgar, 2016, p. 902

para lograrlo, no deja de ser propiamente una norma jurídica. Un enunciado que da cuenta de una política cumple estas características, por lo que esta noción de política no se distingue de una norma de fin.

El punto de partida es determinar si un enunciado contiene una norma que pertenece al mundo del derecho. De manera breve, por no ser el objetivo de este trabajo, consideraré una premisa para continuar el análisis: una proposición normativa que afirma la existencia de una norma, susceptible de verdad o falsedad[31], lo es en función de que efectivamente exista la norma a la que se refiere[32]. Desde allí, para entender cuándo una norma existe, y si bien se han planteado diversos criterios[33], optaré por el de pertenencia, comprendiendo que una norma existe en el ordenamiento cuando es parte del mismo. En este contexto, entendiéndose que una norma puede existir sin que necesariamente sea obedecida o aplicada[34], un concepto de validez descriptivo implica afirmar que una norma es válida cuando pertenece a un ordenamiento jurídico determinado[35]. Para algunos[36], una norma es válida en el sentido normativo, esto es, con fuerza obligatoria, cuando como condición necesaria de tal validez, la norma pertenece a un sistema jurídico vigente[37], lo que ocurrirá solo si está autorizada por otras normas del sistema[38].

En base a lo anterior, una norma pertenece al ordenamiento cuando ha sido creada de acuerdo con otra norma perteneciente al ordenamiento jurídico, esto es, cuando a través de una cadena de validez o subrogación[39], una norma o conjunto de normas del ordenamiento jurídico han autorizado la creación de la norma[40]. La fuerza significativa de una norma jurídica se deriva de una o varias normas de reconocimiento de la misma[41].

31. Nino, 1999, p. 63; Prieto, 2005, pp. 43 y 51; Moreso y Viladajosa, 2004, pp. 63 y 65.
32. Alchurrón y Bulygin, 2000, p. 141.
33. Criterios como el que entiende existencia como sinónimo de validez, existencia como eficacia, existencia como pertenencia al ordenamiento jurídico. Dando cuenta de ellos, Prieto, 2005, p. 74, adhiere a la validez como equivalente de existencia.
34. Soriano,1993, p. 100.
35. Prieto, 2005, p. 74; Nino, 1999, p. 135.
36. Nino interpretando el análisis de Raz respecto del concepto de validez de Kelsen. Nino, 1999, p. 137.
37. Soriano, 1993, pp. 94 y 95. La de validez normativa como fuerza obligatoria de la norma deriva de la acepción de validez formal como existencia de la norma en el ordenamiento jurídico.
38. Prieto, 2005, p. 75.
39. Raz y Von Wright, según Nino, 1999, p. 114. Soriano, 1993, p. 101, expresa esta circunstancia como validez material de la norma.
40. Nino,1999, p. 114 a 116.
41. Lledó y Zorrilla, 1997, p. 143.

4.2. La norma jurídica contenida en la expresión *fresh start*

4.2.1. La dignidad como fundamento y justificación de la norma contenida en el fresh start

Desde el contexto descrito previamente, debido a la naturaleza del sujeto deudor, el problema subyacente a la insolvencia de la persona física es la imposibilidad o disminución de la capacidad de desarrollo personal y familiar que sufre al encontrarse eternamente ligado a una o varias deudas y a la insolvencia.

Actualmente, incorporada ampliamente en Declaraciones, Convenios y Tratados internacionales, y en Constituciones de casi la mayoría de los Estados occidentales, la dignidad humana es una plasmación normativa del reconocimiento del especial valor que un ser humano ostenta por el hecho de ser tal. Los seres humanos son los únicos capaces de moralidad y de desarrollar un plan o proyecto de vida que permita el logro de una finalidad que es propia de cada uno: el desarrollo de su personalidad. Independientemente de las características físicas o psicológicas, del contexto histórico, temporal, social, cultural, político, económico, etc., lo común de cada ser humano es la necesidad de definir su razón de ser, su objetivo en el mundo, su identidad, en fin, su personalidad. La personalidad lo identifica como ser independiente respecto de los demás y le otorga identidad propia, que no siendo permanente y originaria por el solo hecho de que un algo sea persona, se expresa como una conquista, como una constante búsqueda de un fin que otorga razón de ser a la existencia[42]. De allí que la personalidad de un ser humano no se ostenta por el solo hecho de serlo, sino que la tiene en la medida que la va desarrollando constantemente a lo largo de su vida a través de un proyecto de vida determinado.

Si bien se es persona como cualidad inherente a ser humano, la personalidad como conquista o el desarrollo de una personalidad solo se obtiene a través de la capacidad de un ser humano para lograrlo, esto es, una capacidad de autorregulación, autodeterminación, de desarrollo de un propio plan o proyecto de vida. Esta capacidad hace valioso a un ser humano. La dignidad es la capacidad de todo ser humano de establecer y desarrollar un propio proyecto de vida que le permita el desarrollo de su personalidad[43].

El problema subyacente a la crisis del deudor persona física afecta a la persona en su dignidad porque le impide un desarrollo de su personalidad. Ahora, el hecho de que entendamos que la imposibilidad de desarrollo de la personalidad afecta la dignidad del deudor no explica cómo, por qué o de qué manera.

La capacidad de todo ser humano para desarrollar su personalidad a través de un plan de vida independiente acorde con los cánones de los propios deseos y objetivos

42. A esto entendemos que se refiere García, R., 2009, p. 59, cuando da cuenta de los «ideales de excelencia humana».

43. García, R., 2009, p. 59, en torno a las cláusulas normativas que contienen la dignidad, expresa que permiten interpretar que lo que hay que reconocer es una determinada capacidad de los seres humanos dirigida a alcanzar en el mayor grado posibles ideales de excelencia humana.

emana de la autonomía que tienen respecto de otros[44]. Esta autonomía, que en esencia se configura como falta de coacción de cualquier tipo en la realización de un proyecto, se constituye, en fin, en libertad. Siguiendo a Kant, debido a la capacidad racional de la persona de ponerse fines, esto es, atendido a su autonomía, es que debe considerarse como fin en sí misma y no como un mero medio[45]. El valor moral de una persona depende por tanto de su autonomía, esto es, de la libertad que posee y que le permite desarrollar su personalidad[46]. Desde estas consideraciones, entiendo que la dignidad, siendo la capacidad para el desarrollo de la personalidad, se canaliza a través del libre desarrollo de la personalidad o libre realización del proyecto de vida que la persona estime para lograr el desarrollo de su personalidad.

Desde una conceptualización normativa[47], la dogmática filosófico-jurídica entiende que dignidad humana consiste en esta autonomía del ser humano. Las características de una persona moral autónoma son[48]: a) capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos, comprendida como, o en referencia al, valor de la autonomía personal, no únicamente entendida como ejercicio de tal capacidad; b) esta capacidad es previa a cualquier fin, interés o deseo, donde la continuidad del sujeto se aprecia desde un punto de vista complejo de la persona, que supone considerar todo el conjunto de fenómenos jurídicos y físicos (recuerdos, experiencias, valoraciones, actitudes, creencias) concatenadas causalmente; con lo que la identidad o personalidad de un sujeto se presenta desde una perspectiva gradual, no bajo el tipo todo o nada, que a su turno implica la posibilidad de concebir una pérdida de identidad personal (personalidad) o su decrecimiento en una misma vida biológica[49]; c) la separación de la persona de cualquier fin, interés o deseo permite también aislarla del flujo causal económico, histórico, político, social, etc., en el que está inmersa; d) las personas están separadas entre sí, esto es, tienen sistemas separados de fines e intereses, que son centros independientes de elecciones y decisiones; e) como consecuencia, si algo es una persona moral, nada que esté compuesto por ella o esté constituido a partir de ella puede ser también una persona moral.

La autonomía subyacente a la dignidad de toda persona, que se ha denominado principio de autonomía[50], y que entiendo es la libertad que un ser humano ostenta para llevar a cabo un proyecto de vida que le permita desarrollar su personalidad, permite identificar determinados bienes sobre los que versan ciertos y determinados derechos cuya función es, por un lado, propiciar o facilitar que el ser humano logre un libre desarrollo de su personalidad, y por otro, proteger al individuo contra medidas que

44. Camps, 2009, p. 145.
45. Kant, 1989, pp. 199 y 200.
46. García, R., 2009, p. 59.
47. Camps, 2009, p. 149.
48. Vázquez, 2009, pp. 203 y sgtes.
49. Vázquez, 2009, p. 203.
50. Vázquez, 2009, p. 202.

persigan el beneficio de otros a costa de, o en perjuicio de, la autonomía que posee para lograrlo[51].

Dentro de la primera función, y adscribiendo al concepto normativo[52] de dignidad, se entiende que justifica o fundamenta un cúmulo de derechos que garantizan el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre, como fin y elemento de la dignidad de la persona. Los derechos humanos o inherentes a la persona humana, sea fundamentales o humanos propiamente tal[53], encuentran fundamento en su aptitud para posibilitar y potenciar el desarrollo y desenvolvimiento de la personalidad[54]. La dignidad del ser humano justifica el establecimiento de una serie de derechos y les otorga fundamento, toda vez que la persona es un ser a la que el Estado debe facilitar el desarrollo de su valor personalidad[55].

De manera breve y a modo de precisión, conviene señalar que, aunque la noción de «derecho subjetivo», como concepto base en la concepción de los derechos humanos, no encuentra uniformidad en la doctrina, asumo una visión que escapa de las concepciones que lo estiman como la consecuencia de un deber correlativo[56], como manifestaciones de un poder amparado en la voluntad del individuo o del interés particular[57]. Siguiendo a alguna influyente doctrina, comprendo que derecho subjetivo es una posición jurídica determinada del individuo[58] que comprende una relación triádica entre el titular, el destinatario y el objeto[59]; una posición, situación o estado del individuo que es previa al ordenamiento atendido el carácter de persona del sujeto titular y que tiene una fuerza de justificación propia[60]. En esta concepción, los derechos no sólo justifican la adscripción de deberes a terceros, sino también el reconocimiento a sus titulares de un poder normativo, una libertad, una inmunidad, o la persecución de determinados objetivos colectivos; teniendo un papel justificatorio de otros elementos del sistema jurídico[61].

---

51. Vázquez, 2009, p. 202.
52. En torno al concepto normativo de dignidad, García, R., 2009, p. 52; Atienza, 2009, p. 91. Camps, 2009, p. 150, expresa que la dignidad es un concepto normativo, y como tal, su función es valorar la realidad, no describirla.
53. Mientras que los derechos fundamentales, pudiendo ser derechos humanos, se presentan expresamente establecidos en los textos constitucionales y tienen un especial mecanismo de protección, los derechos humanos pueden o no estar establecidos expresamente en los textos constitucionales y no ostentan un especial mecanismo de protección. Así se desprende de García, E., 1999, p. 153; González, 2004, p. 339; Aparicio y Pisarello, 2008, pp. 147 a 149.
54. Alegre, 1996, p. 50; Atienza, 2009, p. 91; González, 2004, p. 375, expresa que las teorías de los derechos humanos tendrán como objetivo lograr que los seres humanos sean realmente dueños de su destino, desplegando todas sus potencialidades en tanto seres morales racionales.
55. Fernández, 1922, p. 163.
56. Explicando brevemente la teoría y manifestándose crítico, Laporta, 1987, p. 25.
57. Explicando las teorías y criticándolas, González, 2004, pp. 325 y 328.
58. Alexy, 1997, pp. 182 y sgtes.
59. Para una explicación detallada de la relación triádica a partir de la comprensión de la relación correlativa de los enunciados deónticos, Alexy, 2002, pp. 197 a 210.
60. Laporta, 1987, p. 27. En este contexto, para un conocimiento breve del problema que conlleva el reconocimiento de derechos solo como fundamentales, Rodríguez, 2002, pp. 150 - 151.
61. Laporta, 1987, p. 27.

Desde la dimensión filosófica de la dignidad, se constituye en fundamento de todos los derechos, representando un *prius* lógico y ontológico en relación con los derechos fundamentales y, entiendo, también de los derechos humanos[62]. Desde esta dimensión, como fundamento último de los derechos humanos y fundamentales, la dignidad es inderrotable, constituyéndose en un límite de contenido mínimo[63] de tales derechos y, como consecuencia, un límite a nuestro propio actuar y al del poder público[64].

Por otro lado, desde una dimensión específica de la dignidad humana entendida como autonomía para el libre desarrollo de la personalidad, surgen ciertos y determinados derechos orientados al logro de tal objetivo. Son los derechos inherentes al ser humano[65] en razón de su autonomía para la realización de un proyecto o plan de vida que le permita desarrollar libremente su personalidad[66], y cuya falta o vulneración atentará contra el desarrollo libre de la personalidad de un ser humano[67].

De acuerdo con lo anterior, ¿cuál es el contenido de la dignidad humana que, manifestado en derechos inherentes a la misma, propicia el logro de un libre desarrollo de la personalidad? Para responder, se hacen necesarias algunas precisiones para enmarcar la explicación posterior: primero, que comprendiéndose que el contenido de los derechos humanos, fundamentales o humanos propiamente tales, inherentes a la dignidad en cuanto propician el logro del libre desarrollo de la personalidad es de gran magnitud[68], solo me referiré a los que, según argumentaré, se vinculan directamente con el problema subyacente de la crisis económico-financiera del deudor persona física. Segundo, cabe recordar que el problema subyacente a la crisis económica del deudor persona física repercute en su dignidad, pues le impide el desarrollo de su personalidad de manera libre. El porqué de lo anterior es la tercera precisión: entendiéndose que existen ciertos derechos inherentes a la dignidad humana que propician el libre desarrollo de la personalidad, la vulneración de los derechos a los que haré referencia como consecuencia del problema subyacente a la crisis económica del deudor persona física, significa una vulneración de la dignidad del deudor pues impide el libre desarrollo de su personalidad.

62. Así también González, 2004, p. 432.
63. Atienza, 2009, p. 88.
64. Atienza, 2009, p. 92; González, 2004, pp. 417, 434 y sgtes.; Ruiz, J., 2012, p. 829.
65. González, 2004, p. 431 y 432, expresa que la dignidad humana fundamenta dos tipos de derechos humanos: los de la personalidad y los de seguridad.
66. A esto entiendo que se refiere Atienza, 2009, p. 88, cuando da cuenta de la dimensión, que denomina, específica de la dignidad, que la conecta con determinados derechos fundamentales. En esta misma línea, De Castro, 1990, p. 232.
67. Alegre, 1996, p. 51.
68. Se reconocen por la doctrina un cúmulo de derechos que responden a esta misión, como son el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, derechos de la personalidad, libertades ideológicas, libertad de movimiento, derecho al trabajo y a su libre elección, el derecho a la educación, al medio ambiente, entre otros, comprendo de forma no taxativa. Así, refiriéndose al núcleo duro de la dignidad, Pascual, 2009, pp. 67 y sgtes.

4.2.2. Tres derechos inherentes a la persona del deudor que justifican la norma contenida en el fresh start

En virtud del libre desarrollo de la personalidad, el ser humano es libre o autónomo para llevar a cabo el proyecto de vida que estime pertinente para el desarrollo de su personalidad moral, no pudiendo construirse esta sino desde la libre elección. Sin perjuicio de ello, siendo la personalidad un concepto moral, la libertad que es su punto de partida no podrá tener cualquier contenido, sino solo aquel que efectivamente conduzca al desarrollo de la personalidad del ser humano[69].

Ahora bien, porque la moral es un sistema normativo que se impone a la conciencia libre de un individuo, la tarea del derecho habrá de restringirse a señalar el marco de la acción general dentro del cual el individuo puede desenvolverse; marco de acción que puede designarse como contenido del libre desarrollo de la personalidad[70].

De lo anterior se desprende que el libre desarrollo de la personalidad contiene un derecho de libertad individual de carácter general[71], que la doctrina alemana ha definido como libertad general de acción, el cual se puede traducir como un derecho de libertad para el desarrollo de la personalidad[72]. Al entenderse este derecho como el contenido del libre desarrollo de la personalidad lo que se quiere dar a conocer es que esta libertad para desarrollar la personalidad contiene un derecho que es individual y general para desarrollar la personalidad de manera libre. El libre desarrollo de la personalidad, como manifestación o forma de canalización la dignidad, contiene un derecho individual y general para desarrollar libremente la personalidad; un derecho inherente a la capacidad de un ser humano para desarrollarse, esto es, inherente a su dignidad.

En este punto es importante destacar que los derechos fundamentales poseen un doble carácter: por un lado, son derechos subjetivos, y al mismo tiempo, por otro, son elementos axiológicos de carácter objetivo integrados en el acervo de la Constitución junto a otros valores[73]. Desde este punto de vista, el libre desarrollo de la personalidad participa de ambos caracteres.

Desde un carácter axiológico, el libre desarrollo de la personalidad se constituye en un principio a través del cual se concreta jurídicamente el valor superior libertad, y que dota de sentido valorativo y de fundamento al resto de derechos humanos y fundamentales que son la expresión de libertades en ámbitos concretos. Entendiéndose que la dignidad en su concepto normativo se canaliza o encuentra su manifestación a través del libre desarrollo de la personalidad, y que a su vez tiene como contenido el derecho individual y general para el libre desarrollo de la personalidad, otros derechos que sean expresión concreta o específica de la libertad general de acción o derecho para el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos o no por la Constitución, encuentran

69. Robles, 1995, p. 48.
70. Robles, 1995, p. 48.
71. Robles, 1995, p. 49.
72. Así también Pascual, 2009, p. 38.
73. Robles, 1995, p. 50.

fundamento en el principio de libre desarrollo de la personalidad, en definitiva, en la dignidad.

De lo anterior destaca que ciertos derechos que establece la Constitución, como otros derechos humanos, son manifestaciones concretas del contenido del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, derechos que posibilitan el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre. Tales derechos, no son todos los que establece una Constitución. Como expresión del derecho de libertad para el desarrollo de la personalidad en un ámbito concreto, podrán existir otros derechos que, propiciando el desarrollo de la personalidad de manera libre, se fundamentan en la dignidad del ser humano por pertenecer inherentemente a su contenido.

Además del derecho de libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad, dos derechos cumplen tal —si se quiere— requisito o condición y se vinculan con el problema subyacente a la crisis económico-financiera del deudor persona física. El primero, un derecho fundamental por estar plasmado expresamente y gozar de una especial protección en la mayoría de los textos constitucionales, que emana directamente de la dignidad humana por propiciar la base para un libre desarrollo de la personalidad y sin el cual la persona como tal no existe. El segundo, un derecho humano que entiendo es inherente a la dignidad por propiciar el libre desarrollo de la personalidad en un ámbito concreto de la existencia o vida humana, y sin el cual, en tal ámbito no es posible lograr la finalidad del desarrollo de la personalidad de manera libre. El primero, el derecho fundamental a la vida, que se vincula en nuestro contexto de estudio al «derecho a hacer la vida»; el segundo, el derecho humano al *fresh start*.

Para que llegue a realizarse la potencialidad o capacidad para el desarrollo de la personalidad de un ser humano es preciso, en primer lugar, la existencia de tal ser humano; en segundo, que se halle en condiciones normales de salud mental y física; y tercero, que tenga la posibilidad de autodeterminarse y no se vea forzado a ejecutar los dictámenes de otra persona[74], esto es, que tenga libertad para desarrollar su propio plan de vida o para desarrollar su personalidad. Así, se aprecian tres derechos inalienables por ser inherentes a la dignidad: el último, ya referido, de libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad; el segundo, el derecho a la integridad física y psíquica; el primero, el derecho a la vida, que inadmite tanto los atentados directos contra la vida biológica de un ser humano, como el atentado indirecto que viene dado por la situación de absoluta miseria en que se encuentra quien no cuenta siquiera con el mínimo de subsistencia[75].

Es en este contexto, se estima que el derecho a la vida no solo comprende la existencia biológica, sino también la facultad de hacer la vida[76] que un ser humano estime necesaria para alcanzar sus fines u objetivos y que le permita un desarrollo personal en todo ámbito de cosas, una identidad, y en fin, de su personalidad. No se trata del

74. Martínez, 1992, p. 94.
75. Martínez, 1992, p. 94.
76. A este derecho se refiere Figueroa, 2009, p. 139.

derecho a la libertad general de acción para el desarrollo de la personalidad, sino del derecho a un plan de vida determinado por el propio ser humano enfocado hacia el desarrollo personal. En esta línea, en torno a la autonomía se ha expresado[77] que, como principio, tiene dos dimensiones: «la de elección (posibilidad de escoger libremente el propio plan de vida, sin que venga impuesto por los poderes públicos o por otra persona), y la de la satisfacción (que el individuo tenga posibilidades de poder llegar a realizar efectivamente el plan de vida escogido, en la mayor medida posible).»

Sin un plan de vida determinado poco o nada logrará un individuo para encontrar razón de ser a su existencia a través del desarrollo de una personalidad. Ahora bien, requiriendo el ser humano, en todo caso, autonomía para establecer o definir un plan o tipo de vida que estime oportuna, la libertad será una pre condición para esta facultad. Es por tanto el «derecho a hacer la vida» una manifestación concreta de la libertad general de acción para el logro del desarrollo de la personalidad. El derecho a establecer un plan de vida, definir un tipo de vida[78] y a llevarla a cabo para alcanzar un desarrollo de la personalidad, es inherente a la dignidad puesto que a través de él, el ser humano es capaz de realizarlo[79].

Así, lo que puede definirse como vida digna es un plan de vida que ostente las condiciones necesarias y adecuadas para el desarrollo de la personalidad, dentro de las cuales la libertad o autonomía es una de ellas. El derecho a hacer una vida digna es por tanto el derecho a establecer y desarrollar un plan de vida determinado que posibilite, o tenga las condiciones para, el desarrollo de la personalidad del ser humano[80].

En cuanto al tercer derecho inherente a la dignidad, según se expresó, los derechos inherentes a la dignidad, en cuanto su contenido, son los que propician el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre, cuya transgresión imposibilita que el ser humano ostente una libertad o autonomía suficiente para tal fin. Entendiendo que el límite de contenido de la libertad para el desarrollo de la personalidad estará en el desarrollo de la personalidad y atendido el carácter de principio axiológico y fundamentador del libre desarrollo de la personalidad, entiendo que el derecho humano al *fresh start* o, bien en otros términos, el derecho humano al alivio, es inherente a la dignidad, pues de manera concreta en el ámbito económico de la vida del ser humano, propicia o posibilita que la persona ostente un grado de libertad o autonomía a través del mantenimiento de, o retorno efectivo a, un estado de condiciones de vida que posibilitan efectivamente el desarrollo de su personalidad. El derecho humano al *fresh start* concreta la libertad

77. Martínez, D., 2008, p. 96
78. A esto es a lo que comprendo se refiere Pascual, 2009, p. 84, al dar cuenta de la «libertad de la persona para elegir aquello que va a ser las circunstancias de su vida.»
79. Figueroa, 2009, pp. 140 y 141, expresa que «el derecho humano a «hacer la vida», esto es, la posibilidad que tenemos los humanos a la libertad de buscar sentido a nuestra vida, dentro de los límites éticos que nos impone la ley, [...] se inserta, en consecuencia, ente los derechos de libertad.»
80. En este sentido, Figueroa, 2009, p. 142. Lolas, 2006, p. 36, expresa que la calidad de vida no solo engloba aspectos materiales y salud, sino que, siendo multidimensional, comprende también aspectos espirituales, capacidad de desplazarse, independencia o autonomía, satisfacción de necesidades, un pasado sin remordimientos, un presente activo y un futuro de proyecciones y esperanzas.

general de acción en un ámbito específico de la vida del ser humano que posibilita el logro del desarrollo de la personalidad de manera libre.

Siguiendo a algún autor[81], en torno al contenido de un derecho, el «[...] *«núcleo esencial del derecho»* o *«contenido mínimo»*, [se refiere] a aquellas potestades sin las cuales no es posible la existencia del derecho porque sin ellas este pierde su sentido, queda desvirtuado y no alcanza ya el fin que persigue su protección». Siendo esto así, de no existir el derecho al alivio en el ámbito económico de una persona, el libre desarrollo de la personalidad, y por extensión la dignidad del ser humano, pierde sentido, se desvirtúa o no se hace posible alcanzar su finalidad. Ello es corroborado si se tiene en consideración la constatación de las precarias circunstancias de vida que padecían los prisioneros por deudas en las cárceles de deudores hasta finales del S. XVI y con anterioridad a la introducción de la liberación de los prisioneros por deudas en los procedimientos de bancarrota; los deudores personas físicas respecto de quienes no operaba la descarga de la deuda antes de sus orígenes a inicios del S. XVIII[82]; y de los deudores respecto de quienes en la actualidad no se contempla u opera la misma.

La posibilidad de que el deudor persona física no solo retorne al mercado económico tras el agobio de las deudas, sino que recupere una serie de condiciones de vida que le permitan desarrollar su personalidad, le otorga, o si se quiere, le devuelve, autonomía para establecer o definir un plan de vida que posibilite el logro de sus objetivos personales, la persecución y alcance de determinados fines, la experiencia, la búsqueda y reconocimiento de valores, en definitiva, una identidad o personalidad que la defina como ser independiente y otorgue razón de ser a su existencia. Es gracias a esta posibilidad, y solo a través de esta, que en el específico ámbito económico de la vida del deudor persona física en un contexto de crisis económico-financiera, la libertad para el desarrollo de la personalidad se concreta.

Como concreción de la libertad general de acción en el ámbito económico de la vida de un ser humano, por favorecer o posibilitar que el desarrollo de su personalidad se logre de manera libre o autónoma, esto es, contribuya a que ostente capacidad para tal fin, es que creo que un derecho humano al *fresh start* o alivio es parte del contenido del libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, un derecho humano inherente a la dignidad o inherente a su contenido.

4.2.3. La existencia de la norma jurídica contenida en el fresh start

En este punto, es posible responder a la pregunta de si el contenido prescriptivo de la expresión *fresh start* existe como norma jurídica, y para ello, si existe en el ordenamiento jurídico una norma o conjunto de normas respecto de las cuales sea posible derivarla. Según se expresó, la veracidad del enunciado que afirma de la existencia de la norma

81. Pascual, 2009, pp. 63 y 64.
82. Neild, 1802, pp. 7 a 23; Duffy, 1980, p. 286; McCoid, 1996, p. 165 y 166; Hallinan, 1986, pp. 55 y 56.

jurídica contenida en la expresión *fresh start* depende de que tal norma efectivamente exista, y a su vez, la existencia de tal norma depende de su existencia en el ordenamiento jurídico, esto es, de su pertenencia al mismo.

Según se corroboró, el contenido del *fresh start* entendido como una norma que obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física cuando la misma es afectada por las consecuencias negativas de la crisis económico-financiera —a saber, la imposibilidad de ostentar unas condiciones de vida suficientes o necesarias para un libre desarrollo de su personalidad y de su familia— emana directamente de un derecho fundamental y derechos humanos inherentes al contenido de la dignidad humana y, por tanto, inherentes a la dignidad humana como valor o principio reconocido expresamente tanto a nivel de Declaraciones y Tratados internacionales, como de la mayoría de las Constituciones occidentales: el derecho fundamental a la vida en su contenido de derecho a hacer la vida, el derecho humano a la libertad general de acción o libertad para el desarrollo de la personalidad, y el derecho humano al alivio.

Por otro lado, la norma aludida se manifiesta o encuentra expresión concreta en el ordenamiento a través de la regulación normativa de específicas instituciones concursales. A modo de ejemplo, se manifiesta a través de la exoneración, extinción, *effacement*, *discharge* o descarga de la deuda residual, reconocida ampliamente en los sistemas concursales de tradición continental y anglosajones. De igual manera, encuentra expresión concreta a través de la regulación de la institución de las exenciones al activo concursal, que a su vez se justifica en la necesidad de proveer al deudor y su familia de un mínimo de bienes o ingresos que permitan enfrentar de manera digna la vida durante y después del concurso[83].

A partir de lo anterior, es posible señalar que sí existe en el ordenamiento un conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales es posible derivar la norma contenida en la expresión *fresh start* y, por tanto, predicar la pertenencia de tal norma al ordenamiento jurídico.

De esta forma, establecido que la norma contenida en la expresión *fresh start* pertenece al ordenamiento jurídico, se comprende su existencia en el mismo y, por tanto, su carácter jurídico. Dada la existencia de la norma jurídica contenida en la expresión *fresh start*, queda establecida la veracidad del enunciado que afirma la existencia de una norma que, contenida en la expresión *fresh start*, obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física en las circunstancias en que es afectada por las consecuencias del problema de la crisis económico-financiera, a saber, la imposibilidad de desarrollo personal y familiar.

83. Mediante las exenciones al activo concursal (inembargabilidad de bienes en el concurso), el deudor puede conservar un mínimo de bienes durante el transcurso del procedimiento para su mantenimiento digno. Así, Tabb, 1990, p. 95; Flint, 1991, p. 536; Landry, 2012, p. 68, nota al pie Nº 56

5. EL *FRESH START* COMO UN PRINCIPIO

5.1. El principio desde un enfoque estructural y funcional

Para determinar si la norma descrita corresponde a la definición de principio desde un enfoque estructural como funcional, seguiré las consideraciones de Robert Alexy[84] en la matización formulada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero[85].

Desde el punto de vista estructural, defendiendo una tesis de separación entre principio y regla, para Alexy la diferencia se encuentra en que el principio es un mandato de optimización que ordena que algo se cumpla en la mayor medida de lo posible, por lo que su cumplimiento puede ser gradual dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, mientras las reglas son normas que ordenan un cumplimiento pleno, las que pueden ser por tanto cumplidas o incumplidas[86].

Para Atienza y Ruiz Manero la diferencia consiste en que los principios configuran el caso de manera abierta y las reglas lo hacen de forma cerrada[87]. Si en las reglas las propiedades que configuran un caso, condiciones de aplicación fáctica[88] y modelo de conducta prescrito[89], constituye un conjunto finito y cerrado; en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas[90]. Mientras que respecto de los principios en sentido estricto[91], si bien puede existir indeterminación en las condiciones fácticas de aplicación en el modelo de prescripción de conducta, no cabe modalidad de aplicación gradual o no cabe duda de la conducta esperada o prescrita; en torno a las directrices o normas programáticas puede encontrarse indeterminación tanto en la conducta prescrita por la norma como en esta y en las condiciones fácticas de aplicación[92]. En relación con las directrices o normas programáticas, la diferencia con

84. Alexy,1988.
85. Atienza y Ruiz, 1991. La diferencia que trata de mostrar la visión principalista estándar es explicada por Ruiz, J., 2012, p. 824.
86. Alexy, 1988, p. 143.
87. Atienza y Ruiz, 1991, p. 108; Prieto, 2005, p. 55.
88. Prieto, 2005, p. 56, señala que las condiciones de aplicación son todas aquellas circunstancias que han de concurrir para que pueda realizarse el contenido de la norma, esto es, las acciones o situaciones fácticas que describe la propia norma como condiciones para que resulte operativo su contenido prescriptivo.
89. Se refiere al elemento de contenido de la norma jurídica, el cual, según Prieto, 2005, p. 54, es el objeto de la prescripción, es decir, aquello que se declara prohibido, ordenado o permitido, el cual puede ser una acción, una actividad humana, o una omisión, que produce algún resultado en el mundo consistente en la aparición o desaparición de algún estado de cosas, o en su conservación o falta de aparición
90. Atienza y Ruiz, 1996, p. 9. Prieto, 2005, p. 55, en relación con el contenido de la norma, establece la distinción entre normas en que puede aparecer plenamente determinado de forma concluyente y normas cuyo contenido puede aparecer algo más indeterminado porque impone simplemente que se actúe en favor de la consecución de cierto estado de cosas, pero sin establecer el tipo de acción que ha de realizarse.
91. Atienza y Ruiz, 1996, p. 4, distinguen, por un lado, los principios en sentido estricto, esto es, normas jurídicas que expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico (y que son el reflejo de una determinada forma o estilo de vida), de un sector del mismo, de una institución, etc.; y por el otro, directrices o normas programáticas, esto es, normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines.
92. Atienza y Ruiz, 1996, p. 10. En su teoría, Ferrajoli, 2013, p. 564, se refiere a estas como «principios directivos».

respecto a las reglas «de fin» se encuentra en que las segundas configuran de manera cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que las primeras lo hacen de forma abierta, y, sobre todo, en que las reglas de fin establecen una finalidad que debe cumplirse en forma plena y no, como en el caso de las directrices, en la mayor medida de los posible teniendo en cuenta su concurrencia con otros fines y los medios o recursos disponibles[93].

Tanto para la noción de principio como directriz o norma programática y principio en sentido estricto, es necesario efectuar un ejercicio de ponderación entre normas que, sea configurando de manera abierta o cerrada el modelo de conducta prescrito, se encuentran en colisión o conflicto[94]. Solo de esta forma es posible determinar la prevalencia de una sobre otra para aplicar al caso concreto las consecuencias normativas que de la prevalente se derivan. La doctrina de la ponderación de Alexy[95] tiene plena aplicación tanto para las directrices como para los principios en sentido estricto.

Desde un enfoque funcional, toda norma -sea regla o principio-, se constituye en una razón para la acción[96]. Como tal, puede ser clasificada como perentoria o no perentoria, en función de si admite o no una deliberación en cuanto a su contenido; y en independiente o dependientes del contenido, en función de si su aplicación obedece a su pertenencia al ordenamiento en virtud de una determinada fuente normativa, o bien a una cierta cualidad de su contenido[97].

En torno a los principios, siguiendo una subclasificación, los principios explícitos son razones para la acción no perentorias e independientes de su contenido, mientras que los principios implícitos son no perentorios y dependientes de su contenido[98]. Tanto los principios explícitos como implícitos son razones para la acción que requieren una previa deliberación en torno a su contenido, constituyéndose meramente en razones de primer orden para resolver y cuya fuerza respecto de otras normas -principios- ha de ser ponderara por el juez[99]. Por otro lado, si bien los principios explícitos son razones para la acción porque la razón por la que deben formar parte del razonamiento del juez es su origen en una determinada fuente, en el caso de los principios implícitos la razón se debe a una determinada cualidad de su contenido, y que para nosotros es su adecuación o coherencia en relación con reglas y principios basados en fuentes del propio ordenamiento jurídico.

93. Atienza y Ruiz, 1996, p. 11.
94. Prieto, 2005, p. 55; Ruiz, J., 2012, p. 822.
95. Alexy, 1988, p. 147 y sgtes.; Alexy, 2002, pp. 89 y sgtes.
96. Atienza y Ruiz, 1991, pp. 107 y 110.
97. Atienza y Ruiz, 1991, pp. 107, 111 y 112.
98. Atienza y Ruiz, 1991, p. 112.
99. Alexy, 1988, pp. 147 y 148, al referirse a los principios como prioridades *prima facie*.

5.2. El enfoque estructural. El *fresh start* como un principio directriz del ordenamiento

Según las premisas definidas, para que una norma se constituya en principio debe obedecer a una norma jurídica que, sea que exprese los valores superiores del ordenamiento jurídico o que establezca la obligación de perseguir ciertos fines, formula de manera abierta, sea las condiciones de aplicación fáctica, sea estas y el modelo de conducta prescrito en la norma. En la medida que la configuración abierta de la norma recaiga en las condiciones fácticas de su aplicación pero no en el modelo de conducta prescrito, nos encontraremos ante un principio en sentido estricto. Si tanto las condiciones fácticas de su aplicación como el modelo de conducta prescrito son formulados de manera abierta, estaremos en presencia de una directriz o norma programática. Para determinar el carácter abierto o cerrado de las propiedades que configuran la norma no se trata de apreciar que tales propiedades que constituyen sus condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad y -entiendo- se encuentren delineadas de manera ambigua, sino de que tales condiciones no se encuentren siquiera genéricamente determinadas[100].

La norma que establece que «es deber del Estado otorgar un alivio al deudor persona física en caso que se encuentre afectado por las consecuencias desfavorables de la crisis económico-financiera» es una en la que si bien las condiciones fácticas de aplicación se definen en términos cerrados (circunstancias en que la crisis produce al deudor consecuencias de vida desafortunadas que impiden un desarrollo personal y de su familia)[101], el modelo de conducta prescrito (otorgar un alivio al deudor persona física) se encuentra configurado de manera abierta. Aunque a través de la descarga de la deuda la norma se hace operativa, es esta solo una forma de manifestación o materialización del cumplimiento de su finalidad, que no establece en sí misma la forma en la que el modelo de conducta prescrito, esto es, otorgar un alivio al deudor, ha de alcanzarse.

Lo anterior posibilita dos precisiones: primero, que la norma contenida en la expresión *fresh start* es coincidente con una directriz o tipo de principio cuya configuración abierta del modelo de conducta prescrito exige la delimitación de su contenido en función de los objetivos y fines pretendidos por la norma; y segundo, que entendiéndose que la descarga de la deuda es solo una forma de materialización de la norma en comento, el mandato en ella contenido puede ser logrado a través de otros medios o fórmulas coincidentes con tales objetivos y fines.

100. Atienza y Ruiz, 1996, p. 9.

101. De acuerdo con lo que señala Prieto, 2005, p. 57, no hay que pensar que la condición de aplicación se agota o aparece exhaustivamente expresada en el enunciado de la norma, sino que en realidad se deduce del conjunto del sistema y, entiendo, del conjunto de sus antecedentes histórico o fuentes materiales.

5.2.1. Consecuencias de la consideración del fresh start *como principio desde un enfoque estructural*

La primera aclaración que es necesario hacer es que, como directriz o norma programática, el principio del *fresh start* si bien deriva del principio o valor de la dignidad humana a través del cúmulo de derechos a ella inherentes a los que ya me he referido, no es propiamente una norma que expresa de manera directa un valor superior del ordenamiento jurídico, sino que establece una obligación al estado de lograr un determinado objetivo o finalidad, el cual, desde un punto de vista axiológico, es acorde con, o plasma, un valor superior del ordenamiento jurídico como es el de la dignidad humana en un determinado ámbito de la vida del ser humano.

A esto es a lo que se refiere alguna doctrina[102] cuando en la caracterización de principios en sentido estricto y directrices delimita estas últimas como normas que concretan valores utilitarios, esto es, acciones o estados de cosas considerados valiosos extrínsecamente, cuya consideración como tal obedece a su conexión con alguna otra acción o estado de cosas que es intrínsecamente valioso. Los valores denominados «utilitarios» se caracterizan porque las acciones o estados de cosas que se consideran valiosos lo son porque admiten un criterio superior de valoración. En este contexto, según se ha expresado[103]:

> lo decisivo desde un punto de vista jurídico es si esos fines u objetivos resultan ser externos o internos al propio sistema jurídico. Cabe decir que son fines externos aquellos que el legislador pueda proponerse como óptimos de acuerdo con su proyecto político; internos sería, en cambio, aquellos que en principio no resultan disponibles para el legislador porque aparecen expresamente consagrados en normas constitucionales, siquiera sea de modo genérico o poco concluyente.

Es el caso de la norma constitucional que consagra el valor de la dignidad humana, y que fundamenta a su vez el derecho fundamental a la vida, el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad y el derecho humano al *fresh start* o alivio.

El otorgamiento de un alivio al deudor persona física, como finalidad de la norma o estado de cosas a alcanzar, es valorado positivamente porque se encuentra en conexión con un valor intrínsecamente superior, el de la dignidad humana. En otros términos, valoramos positivamente el otorgar un alivio al deudor persona física por las consecuencias que ello produce en un determinado ámbito de la vida de un individuo, a saber, la posibilidad y concretización del valor de la dignidad humana, esto es, la adquisición y mantenimiento de la autonomía o capacidad de desarrollo de la personalidad.

Cabe agregar que aunque entendida como directriz o norma programática, la norma contenida en la expresión *fresh start* no debe confundirse con una política. Aunque desde el plano axiológico es claro que la norma en comento se constituye en una manifestación

102. Atienza y Ruiz, 1996, p. 138.
103. Prieto, 2005, p. 87.

de un valor determinado, ello no le quita el carácter de mandato o prescripción de conducta y, por tanto, de norma jurídica como tal.

Bajo el entendido de que al aceptarse la convención de que en un juicio de valor se destaca sobre todo el elemento valorativo y en una norma o principio el directivo, entonces podrá decirse que los juicios de valor tienen una prioridad justificativa sobre los principios[104], el valor de la dignidad humana tiene una prioridad justificativa respecto del principio del *fresh start* que la plasma, toda vez que la diferencia entre uno y otro está en que, además de la perspectiva de globalidad o totalidad de los valores, teniendo carácter normativo, en cierto sentido también son «anteriores», esto es, sirven de fundamento al resto de las normas, incluidas los principios, y se constituye en límite de su contenido.

Finalmente, es necesario señalar la importancia de considerar el contexto histórico en el que se gesta y define la norma contenida en el principio del *fresh start* para delimitar los mecanismos a través de los cuales el mandado en ella contenido debe cumplirse. Solo al comprenderse que surge y se define como una solución a los graves problemas de falta de desarrollo de la personalidad del deudor y de su familia, y por tanto, a la vulneración de su dignidad inherente a la de ser humano que la crisis económico-financiera le genera, es posible comprender el supuesto de hecho de la norma. En tal sentido, pudiendo constituirse este supuesto de hecho, hipótesis o condición cuya actualización desencadena las consecuencias jurídicas previstas en la norma en una situación jurídica que comporta un haz de derechos y obligaciones estables surgidos del status o posición jurídica de las personas[105], los problemas directa e indirectamente originados en la situación de crisis económico-financiera del deudor persona física responden a esta cualidad. Así las cosas, los mecanismos que en virtud del mandato contenido en la norma se configuren para otorgar solución al problema subyacente de la crisis económico-financiera del deudor persona física (la falta de desarrollo de su persona y la de su familia y por tanto la vulneración de su dignidad), deben considerar y concretar este objetivo y finalidad. Desde la concepción de la eficacia como resultado[106], solo de esta forma el cumplimiento de la norma constitutiva del principio del *fresh start* será coherente con su fundamento o razón de ser subyacente y con sus límites de contenido.

5.3. El enfoque funcional. El *fresh start* como principio implícito dependiente de su contenido

Para que una norma sea considerada principio desde el punto de vista funcional, podrá ser estimada como una razón para la acción dependiente o independiente de

104. Seguimos a Peces-Barba, 1984, pp. 39 y sgtes., y la consideración de Atienza y Ruiz, 1996, p. 135.
105. Soriano, 1993, p. 88.
106. Prieto, 2005, pp. 86 y 87, expresa que «si compartimos que un cierto objetivo constituye un objetivo propio del sistema o de algún sector del mismo, la mayor o menor eficacia de una norma se medirá por su grado de contribución al mismo [...]»

su contenido, esto es, una norma cuya razón para ser parte del ordenamiento jurídico obedece a una determinada fuente o a su especial contenido, pero siempre, deberá ser no perentoria, esto es, una norma en cuya aplicación no se excluye la deliberación del órgano público en torno al contenido de la misma.

En este punto es preciso señalar que adhiero a la comprensión de que un principio en el sentido tratado puede existir en el ordenamiento a pesar de que el mismo no se encuentre expresamente establecido. Un principio implícito es extraído a partir de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico mismo[107]. En este entendido, se ha expresado[108] que:

> Si un principio no-jurídico es parte de un sustrato coherente de justificación que incluye por lo menos una fuente jurídica autoritativa, por ejemplo una disposición legal válida, *este principio recibe relevancia jurídica ATC* [considerando todas las cosas]. Un principio no-jurídico «entra» en el Derecho como consecuencia de un discurso jurídico apropiado. El Derecho positivo, pues, incluye no sólo reglas jurídicas dadas y Derecho consuetudinario, sino también principios jurídicos que son *reconocidos como fundamentos para la praxis de toma de decisiones*.

La norma que obliga al Estado a otorgar un alivio al deudor persona física en caso que se encuentre afectado por las consecuencias desfavorables de la crisis económico-financiera, corresponde a una norma implícita que deriva o se extrae a partir de enunciados pertenecientes al ordenamiento jurídico. Como se argumentó, encuentra justificación en una serie de derechos fundamentales y derechos humanos a los que, sumada la regulación jurídica de la descarga de la deuda y las exenciones al activo concursal como forma de manifestación o expresión de su contenido, permiten dar cuenta de un anclaje jurídico que posibilita afirmar su efectiva existencia.

Desde estas consideraciones, se entiende como una razón para la acción dependiente de su contenido, esto es, una norma cuya razón para ser parte del ordenamiento es su especial contenido que se adecúa o es coherente con reglas y principios basados en fuentes ya presentes en el propio ordenamiento jurídico. Por otro lado, y además, responde al carácter de no perentoria, puesto que al aplicarla el órgano público, como forma de cumplimiento de la obligación en ella existente, exige evaluación o deliberación en relación con la delimitación de su contenido.

5.3.1. Consecuencias de la consideración del fresh start *como un principio desde un enfoque funcional*

Aunque la tesis de la separación débil[109] considera que no existe una diferenciación estructural entre reglas y principios y que la supuesta distinción entre este y una regla

107. Atienza y Ruiz, 1996, p. 6.
108. Aarnio, 2000, p. 601. La cursiva es del autor.
109. Prieto, 1992, p. 55.

aludirían más bien a una determinada técnica de interpretación y aplicación del enunciado normativo jurídico; la técnica de interpretación y aplicación que diferenciaría a los principios de las reglas solo en el momento hermenéutico o de aplicación, pero no en cuanto a su estructura, sería coincidente con una específica forma de razonamiento que supera los esquemas tradicionales de la subsunción o silogismo, directamente vinculada con la idea de ponderación[110].

Si la aplicación de un enunciado normativo requiere, bajo ciertas circunstancias, de un ejercicio de ponderación, tal norma se corresponde con un principio, sea que se adscriba a la tesis de la separación fuerte o débil entre reglas y principios. Ahora bien, no siendo el objeto de nuestro trabajo la disputa, sí resulta importante el hecho de que es característico de los principios la necesidad de una ponderación de las razones que lo respaldan al tiempo de la aplicación o del desarrollo de contenido de la norma.

Entendiendo que la obligación contenida en la norma que configura el principio del *fresh start* se dirige a todos los poderes públicos pertenecientes al Estado, la cuestión de la ponderación en la aplicación o desarrollo de la norma se relaciona con el órgano al cual se dirige en la práctica el mandado contenido en la misma. Si desde el punto de vista del poder legislativo la norma contenida en el principio del *fresh start* obliga al legislador a que, en el ejercicio de sus atribuciones, bajo las circunstancias planteadas por ella, otorgue un alivio al deudor, para su cumplimiento deberá desarrollar su contenido con medios adecuados para lograrlo, deliberando o ponderando las soluciones que, en la mayor medida de los posible logren la finalidad subyacente y objetivo explícito de la norma. Si desde el punto de vista del poder judicial la norma obliga al juez a que, en el ejercicio de sus atribuciones, bajo las circunstancias planteadas por ella, otorgue un alivio al deudor persona física, en cumplimiento de la obligación deberá aplicar su contenido, desarrollado o no por el legislador, y en caso de conflicto con otros principios, resguardar su aplicación en la mayor medida de lo posible y determinar en qué circunstancias el principio debe prevalecer a través de una ponderación de las razones que lo respaldan, considerando su finalidad subyacente y objetivo explícito.

Desde el punto de vista de los intereses en juego y de las relaciones de poder entre las partes que pudieren verse afectadas por la norma -en un sentido positivo como negativo-, si los principios entendidos como directrices no delimitan ex ante la articulación de los intereses en conflicto, requiriendo en cada caso una ponderación que desemboque en la determinación del peso relativo de cada uno de ellos; en el caso de los principios en sentido estricto, la posibilidad de que se produzcan conflictos entre los valores protegidos por los mismos, obliga a una ponderación de la que resultará cuál es el valor que tiene un mayor peso, dadas las circunstancias del caso[111].

Así pues, en relación con el principio del *fresh start*, bajo la premisa de corresponder este a una directriz, la justificación que proporciona a la hora de ser aplicado en un caso concreto por el juez o a la hora de ser desarrollado su contenido por el legislador no es

110. Peces-Barba, Fernández y De Asís, 2000, p. 171.
111. Atienza y Ruiz, 1996, pp. 19 y 18.

concluyente. Ello porque una acción, conducta o determinado contenido, causalmente idóneo para conseguir el estado de cosas o finalidad establecida por la norma considerados como valiosos por la directriz en función de su conexión con otros estados de cosas intrínsecamente valioso, puede incidir negativamente en la consecución de estados de cosas también considerados extrínsecamente valiosos por otras directrices. A diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en las directrices las relaciones entre los estados de cosas y las acciones, conductas o contenido es de tipo extrínseco o causal. En este proceso causal inciden siempre, inevitablemente, otros procesos causales que engarzan otros fines o estados de cosas declarados como objetivos a perseguir por el ordenamiento jurídico y las acciones, conductas o determinado contenido que las promoverían. Así las cosas, desde el punto de vista de las directrices, una acción, conducta o determinado contenido son justificados si, respetando el resto de las normas del ordenamiento y en particular los límites de contenido trazados por los principios en sentido estricto, resulta más eficiente, esto es, supusiera en un contexto de ponderación, el menor sacrificio de los otros fines.

5.4. Consecuencias del principio del *fresh start* como derivación de la dignidad en cuanto límite

Como corolario de la dignidad entendida como límite a la actividad de otro, surge el deber de todos, incluido el poder público, de respetar la autonomía del ser humano para el libre desarrollo de su personalidad[112]. Desde un ámbito positivo, la dignidad exige que a todo ser humano le sea respetada y no vulnerada la capacidad para definir y desarrollar el plan de vida que estime pertinente para tal fin. Desde un ámbito negativo, la dignidad se constituye en límite al ejercicio de los derechos de los demás seres humanos, imponiendo que el ejercicio de los derechos para el logro del fin de su dignidad no coarte, restrinja o vulnere la dignidad de otro. Los límites de la autonomía personal comienzan en el mismo lugar donde inicia la autonomía de terceros[113].

Para el individuo deudor, la autonomía o capacidad para desarrollar la personalidad inherente a la dignidad humana conlleva responsabilidad[114], que implica capacidad de comprometerse consigo mismo y con los demás, reconociendo que al decidir y actuar en un ámbito de cosas podrá ser considerado responsable[115]. Tomando en cuenta el objetivo del principio, y como ejemplo, que el mecanismo de descarga de la deuda, como una de sus manifestaciones, es una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal[116], el principio del *fresh start* presenta límites. Tales límites emanan

112. Camps, 2009, p. 147, refiriéndose al imperativo categórico de Kant, señala que esa condición merece ser respetada siempre y por todos sin excepción.
113. Vázquez, 2009, p. 202.
114. Artículo 5 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.
115. Vázquez, 2009, p. 205.
116. Jackson, 1986, p. 225; Pulgar, 2016, p. 895; Cuena 2015, p. 744.

de la necesidad de que la regulación concursal de la persona física, aunque protectora del deudor, debe no obstante reconocer y respetar los intereses de satisfacción de los acreedores en la medida que el principio lo permita. Así, desde el punto de vista del sujeto deudor, las limitaciones al principio derivadas del deber de responsabilidad inherente a la dignidad, se vinculan con una exigencia de honestidad para con sus acreedores: una exigencia de buena conducta o buena fe que debe asumir el deudor desde el momento de la contratación, y mantenida durante el transcurso del procedimiento concursal[117].

Para los poderes públicos, el deber de respeto de la dignidad se traduce tanto en un mandato de orden negativo, de no vulnerar la dignidad, como de orden positivo, de generar las condiciones necesarias para que el ser humano ostente y mantenga su capacidad para el libre desarrollo de la personalidad a través de un plan de vida determinado[118]. Esto a su vez conlleva que los poderes públicos, especialmente el poder legislativo, deben establecer regulaciones que, por un lado, no atenten, restrinjan, coarten o limiten la dignidad de los seres humanos, y por otro, propicien que los seres humanos ostenten la capacidad necesaria que les permita lograr el desarrollo de su personalidad de manera libre.

A partir de allí, el principio del *fresh start* exige que las instituciones que conforman la regulación concursal de persona física, o que vayan a configurarla, sean interpretadas o implementadas para el logro de esta finalidad, en lo que puede resumirse como una necesidad de que las instituciones concursales deban propiciar el efectivo alivio del deudor insolvente, esto es, su mantenimiento o retorno a las circunstancias que impliquen una capacidad para el libre desarrollo de su personalidad[119]. De ello resulta que el procedimiento concursal de persona física no solo debe tratar la insolvencia, sino mitigar sus consecuencias y prevenir una futura. Por otro lado, y a modo de ejemplo, la descarga o exoneración de la deuda residual, como una manifestación normativa del principio del *fresh start*, emerge como un derecho (no ya como un mero beneficio)[120] del deudor persona física afectado por los problemas directa e indirectamente derivados de la insolvencia.

117. Debido al objetivo del presente trabajo, este tema no es tratado de manera detallada. Para un mayor conocimiento de la buena fe del deudor persona física en el procedimiento concursal, Jackson, 1985, p. 1393; Grynbaum, 2002, p. 6; Bastante, 2016.
118. Vásquez, 2009, p. 200.
119. En este contexto, puede hablarse de un «paternalismo» justificado en la concepción de Camps, 1988, p. 200, pues va dirigido a hacer posible el autogobierno del individuo.
120. Considerando la diferencia entre causar un daño por privación de necesidades y no dar un beneficio, y siguiendo a Nino, 1999, p. 22, con Robert Goowin, si el individuo tenía previamente acceso a un bien en cuestión, su privación constituye un daño, por lo que en el caso de privación del bien se puede hablar de una necesidad. En este contexto, el problema subyacente a la insolvencia es que priva, limita o restringe el bien capacidad para desarrollar libremente la personalidad del deudor persona natural, con lo que el retorno del individuo a esta capacidad es una necesidad, no un beneficio. Como expresa el autor, las necesidades categóricas o absolutas deben entenderse como prerrequisitos de la creación de autonomía.

6. CONCLUSIÓN

Considerando los problemas de inseguridad jurídica y desprotección que para el deudor persona física se generan con la multiplicidad de regulaciones concursales con ocasión de la consideración de la normativa como una política, la argumentación que posibilita dar cuenta de la existencia del principio del *fresh start* es una construcción que, pretendiendo hacer visible las inapreciadas particularidades y vinculaciones jurídico-sociales presentes detrás de la regulación, propone el entendimiento y reconocimiento de un principio cuya significativa funcionalidad es la de constituirse en elemento que otorga fundamento a la regulación concursal de la persona física y posibilita delimitar su contenido.

Como principio, siendo predicable respecto de todo ordenamiento jurídico, sea de corte anglosajón o continental, responde a la necesidad de justificación, adecuado entendimiento de la regulación concursal de la persona física y posibilita unificar la disparidad de criterios regulativos.

Como norma prescriptiva de conducta de comprobada existencia en el ordenamiento jurídico, el principio irradia la regulación concursal de la persona física y ha de comprenderse rector de toda la actividad de los poderes públicos en búsqueda y promoción de su objetivo explícito: otorgar alivio al deudor; y de su finalidad subyacente: propiciar el mantenimiento o restitución de condiciones de vida que permitan el libre desarrollo de la personalidad del deudor persona física.

De lo anterior surge la comprensión de una regulación concursal que obedece a un principio rector que plasma jurídicamente una finalidad propia, destinada a la persona física en situación de crisis económico-financiera, y cuya finalidad y objetivos han de entenderse impresos en el procedimiento concursal mismo, sea a efectos de regularlo, sea a la hora de aplicar la normativa.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., (2000). «Reglas y principios en el razonamiento jurídico», *Anuario de la Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, 4, 593 – 602.

Alchurrón, C. y Bulygin, E., (2000). «Norma jurídica», en Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco (coordinadores), *El derecho y la justicia* (2ª edición), Madrid, Editorial Trotta, 133 – 148.

Alegre Martínez, M., (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español,* León, Universidad de León.

Alexy, R., (1988). «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», Traducción de Manuel Atienza, *Doxa*, 5, 139 – 154.

Alexy, R., (1997). *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa.

Alexy, R., (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Aparicio, M. y Pisarello, G., (2008). «Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas», en Bonet, Jordi y Sánchez, Víctor (directores), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España, Editorial Huygens, 139 – 162.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., (1991). «Sobre principios y reglas», *Doxa*, 10, 101 – 120.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J., (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho.

Atienza, M., (2009). «Sobre el concepto de dignidad humana», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 73 - 94.

Bastante, V., (2016). *El «deudor de buena fe» en la Ley de Segunda Oportunidad. Origen, fundamento y significado*, Granada, Editorial Comares.

Camps, V., (2009). «La dignidad, un concepto indeterminado pero no inútil», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 145 – 154.

Camps, V., (1988). «Paternalismo y bien común», *Doxa*, 5, 195 – 202.

Cohen, J., (1982) «The history of imprisonment for debt and its relation to the development of discharge in bankruptcy», *The Journal of Legal History*, 2 (3), 153 – 171.

Cuena, M., (2011). «Fresh start y mercado crediticio», *InDret*, 3, 2 – 56.

Cuena, M., (2012). «Insolvencia de las personas físicas y sobreendeudamiento hipotecario», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 17, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).

Cuena, M., (2015). «Régimen jurídico e impacto económico del aparente régimen de «segunda oportunidad» introducido por la Ley 25/2015, de 28 de julio», en Sánchez, Inmaculada y Olmedo, Miguel (directores), *Presente y futuro del mercado hipotecario y la Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Navarra, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 733 – 770.

Culhane, M. B. y White, M. M., (1999). «Debt after discharge: an empirical study of reaffirmation», *American Bankruptcy Law Journal*, 4 (73), 709 – 774.

De Castro Cid, B., (1990). «La búsqueda de la fundamentación racional de los derechos humanos», *Persona y derecho*, 22, 211 – 233.

Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132. Diario Oficial de la Unión Europea, de 26 de junio de 2019.

Duffy, I., (1980). «English Bankrupts, 1571-1861», *The American Journal Of Legal History*, 4 (24), pp. 283 – 305.

Dworkin, R., (1984). *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.

Efrat, R., (1998). «The moral appeal of personal bankruptcy», *Whittier Law Rev*iew, 1 (20), 141 – 167.

Efrat, R., (2002). «Global trends in personal bankruptcy», *American Bankruptcy Law Journal*, 1 (76), 81 – 109.

Fernández Segedo, F., (1922). *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson.

Ferrajoli, L., (2013). «Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero», *Doxa*, 36, 559 – 570.

Figueroa Yáñez, G., (2009). «La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad)», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 131 – 144.

Flint, R., (1991). «Bankruptcy Policy: toward a moral justification for financial rehabilitation of the consumer debtor», *Washington and Lee Law Review,* 2 (48), 515 – 577.

García García, E., (1999). «Derechos humanos y calidad de vida», en González, Graciano, *Derechos humanos. La condición humana en la sociedad tecnológica*, Madrid, Editorial Tecnos, 131 – 163.

García Manríquez, R., (2009). «La dignidad y sus menciones en la Declaración», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 43 – 64.

Garrido, J. M., (2014). «Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales de 2012», *Anuario de Derecho Concursal*, 31, 197 – 356.

González Amuchástegui, J., (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

Gross, K., (1986) «Preserving a fresh start for the individual debtor: the case for narrow construction of the consumer credit amendments», *University of Pennsylvania Law Review*, 1 (135), 59 – 152.

Grynbaum, L., (2002). «La mutation du droits des contrats sous l´effet du traitement du surendettement», *Contrats, concurrence, consommation*, 8-9, 4 – 7.

Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia de UNCITRAL, Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf [Fecha de consulta: 07 de abril de 2021]

Hallinan, Ch., (1986). «The «fresh start» policy in consumer Bankruptcy: a historical inventory and an Interpretive theory», *University of Richmond Law Review*, 1 (21), 49 – 160.

Howard, M., (1987). «A theory of discharge in consumer bankruptcy», *Ohio State Law Journal*, 4 (48), 1047 – 1088.

Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales de 2012, en Garrido, J., (2014). «Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», *Anuario de Derecho Concursal*, 31, 197 – 356.

Jackson, T., (1985). «The fresh-start policy in bankruptcy law», *Harvard Law Review*, 7 (98), 1393 - 1448.

Jackson, T. H., 1986: *The logic and limits of bankruptcy law*, Estados Unidos, Harvard University Press.

Jacoby, M., (2001). «Collecting debts from the ill and injured: the rhetorical significance, but practical irrelevance, of culpability and ability to pay», *America University Law Review*, 2 (51), 229 – 271.

Jiménez, T. A., (2015). «El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 752, 3719 – 3740.

Jiménez, W. y González, J., (2014). «Calidad de vida urbana: una propuesta para su evaluación», *Revista de Estudios Sociales*, 49, 159 – 175.

Jiménez, W., (2013). «Políticas públicas, norma jurídica y actuación de los jueces», *Revista Republicana*, 14, 111 – 130.

Kant, I., (1989). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel.

Landry, R. y Readt, D., (2015). «Erosion of access to consumer bankruptcy's «fresh start» policy in the united states: statutory reforms needed to enhance access to justice and promote social justice», *William & Mary Policy Review*, 1 (7), 51 – 94.

Landry, R., (2012). «Ethical considerations in filing personal bankruptcy: a hypothetical case study», *Journal of Legal Studies Education*, 1 (29), 59 - 93.

Laporta, F. (1987). «El concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 23 – 46.

Lledó, F. y Zorrilla, M., (1997). *Teoría del derecho. Para una comprensión razonable de los fenómenos jurídicos*, Bilbao, Editorial Universidad de Deusto.

Lolas Stepke, F., (2006). *Escritos sobre vejez, envejecimiento y muerte*, Iquique, Ediciones Universidad Arturo Prat.

Martínez Pujalde, A., (1992). «Los derechos humanos como derechos inalienables», en Ballesteros, Jesús (editor), *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Editorial Tecnos, 86 – 99.

Martínez Zorrilla, D., (2008). «La fundamentación teórica de los derechos humanos. Aproximación a las teorías de J. Rawls y C. S. Nino», en Bonet, Jordi y Sánchez, Víctor (directores), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, España, Editorial Huygens, 73 – 102.

McCoid, J., (1996). «Discharge: the most important development in bankruptcy history», *American Bankruptcy Law Journal,* 2 (70), pp. 163 – 193.

Moreso, J. y Viladajosa, J., (2004). *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, Editorial Marcial Pons.

Neild, J., (1802). *An account of the rise, progress, and present state,of the society for the discharge and relief of persons imprisoned for small debts throughout england and wales*, Printed by Nichols and Son. Disponible en: https://archive.org/details/accountofrisepro00sociuoft/page/n13 [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2018]

Nino, C., (1999). *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel.

Nino, C., (1999). «Sobre necesidades básicas», *Doxa*, 7, 21 – 34.

Pascual Laguna, E., (2009). *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Editorial Bosch.

Pastor Albaladejo, G., (2014). *Teoría y práctica de las políticas públicas*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

Peces-Barba, G, (1984). *Los valores superiores*, Madrid, Editorial Tecnos.

Peces-Barba, G., Fernández, E. y De Asís, R., (2000). *Curso de teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons.

Porter, K. y Thorne, D., (2006). «The failure of bankruptcy´s fresh start», *Cornell Law Review*, 1 (92), 67 – 128.

Prieto Sanchís, L., (1992). *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales.

Prieto Sanchís, L., (2005). *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Editorial Trotta.

Pulgar Ezquerra, J., (2008). «Concurso y consumidores en el marco del estado social de bienestar», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 9, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).

Pulgar Ezquerra, J., (2016). *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos* (2ª edición), Madrid, Editorial Wolter Kluwer.

Ramsay, I., (1999). «Models of Consumer Bankruptcy: Implications for Research and Policy», *Journal of Consumer Policy*, 20, 269 – 287.

Robles Morchón, G., (1995). «El libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 de la Constitución Española)», en García San Miguel, Luis (coordinador) *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá de Henares, 45 – 62.

Rodríguez Palop, M. E., (2002). *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Instituto Universitario de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Editorial Dykinson.

Ruiz Manero, J., (2012). «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, «soluciones en abstracto» y «ponderaciones equitativas»», *Doxa*, 35, 819 – 832.

Ruiz Ruiz, R., (2012). «La distinción entre reglas y principios y su implicación en la aplicación del derecho», *Derecho y realidad*, 20, 143 – 166.

Soriano, R., (1993). *Compendio de teoría general del derecho* (2ª edición corregida y aumentada), Barcelona, Editorial Ariel.

Stiglitz, J., Sen, A. y Fitoussi, J. P., (2009). *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*. Disponible en: https://www.uio.no/studier/emner/sv/oekonomi/ECON4270/h09/Report%20in%20English.pdf [Fecha de consulta: 07 de abril de 2021]

Subirats, J., Knopfel, P., Larrue, C. y Varone, F., (2010). *Análisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona, Editorial Ariel.

Tabb, Ch., (1990). «The scope of the fresh start in bankruptcy: collateral conversions and the dischargeability debate», *The George Waschington Law Review*, 1 (59), 56 – 113.

Tabb, Ch., (1991). «The historical evolution of the bankruptcy discharge», *American Bankruptcy Law Journal*, 3 (65), 325 – 371.

Tabb, Ch., (2001) «The death of consumer bankruptcy in the United States?», *Bankruptcy Developments Journal*, 1 (18), 1 – 49.

Vázquez, R., (2009). «Autonomía y personalidad individual», en Casado, María, *Sobre la dignidad y los principios*, Navarra, Thomson Reuters, 197 – 206.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016)

Towards the Ethical Legitimacy of the Legal Decision: the Principles of Judicial Ethics (CGPJ, 2016)

Guillermo Vicente y Guerrero

Autor:
Guillermo Vicente y Guerrero
Universidad de Zaragoza, España
gvicente@unizar.es

Recibido: 24-7-2020
Aceptado: 12-10-2020

Citar como:
Vicente y Guerrero, Guillermo, (2021). Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016) Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 345-375. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.14

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Guillermo Vicente y Guerrero

Resumen

En la actualidad hay una tendencia generalizada a subrayar la importancia de los componentes éticos y de moralidad presentes en la decisión jurídica. En España dicha corriente se ha materializado en la adopción, por parte del *Consejo General del Poder Judicial,* de los *Principios de Ética Judicial* en diciembre de 2016. Este trabajo considera su operatividad como guía en el desempeño de la jurisdicción. También algunas de sus carencias y posibles peligros. Se presta especial atención a la *Comisión de Ética Judicial,* reflexionando sobre los valores que deben orientar la práctica judicial y sobre los nuevos retos éticos que afronta la judicatura en España

Palabras clave: Justicia; *Comisión de Ética Judicial;* independencia; imparcialidad; integridad; legitimidad ética.

Abstract

Currently, there is a general tendency to underline the importance of the ethical and moral components present in the legal decision. In Spain, this trend has materialized in the adoption, by the *General Council of the Judiciary,* of the *Principles of Judicial Ethics* in December 2016. This paper considers its operability as a guide in the jurisdiction performance. Also some of its deficiencies and possible dangers. Special attention is paid to the *Judicial Ethics Commission,* reflecting on the values that should guide judicial practice and the new ethical challenges by the judiciary in Spain.

Keywords: Justice; Judicial Ethics Commission; independence; impartiality; integrity; ethical legitimacy.

I. INTRODUCCIÓN

1. Oportunidad del presente estudio

La búsqueda de la excelencia moral en las actividades profesionales se ha convertido en estos últimos años en preferente exigencia, y preocupación, para buena parte de la sociedad española. En el ámbito de las profesiones jurídicas se entiende que la mera sujeción al imperio de la ley no es más que un presupuesto básico que debe ir acompañado de la adopción, por parte de los agentes jurídicos, de toda una serie de principios morales que contribuyan a dotar a su actuación de una singular «eticidad». En este sentido, parece cada vez más evidente que, como bien señala el magistrado y presidente de la *Comisión de Ética Judicial* Ignacio Sancho Gargallo, «un buen profesional es mucho más que un técnico»[1].

En una sociedad cada vez más compleja, diversificada y tecnificada, la percepción que tiene la ciudadanía sobre la profesión judicial ha cambiado[2], pues ya no se observa como una corporativa actividad técnica, y mecánica, que se configura a través de la aplicación de complejos silogismos que atribuyen consecuencias jurídicas a unos hechos fácticos que se consideran suficientemente probados[3]. Puede en este sentido afirmarse que se ha superado la visión tradicional de los jueces «como instrumentos anónimos de una maquinaria burocrática lejana y no pocas veces incomprensible que soluciona los problemas de forma automatizada»[4].

Manuel Atienza recuerda al respecto que en la actualidad «la técnica no se basta a sí misma»[5]. El ciudadano demanda hoy además una justificación de los medios utilizados y de los fines perseguidos por las decisiones jurídicas que les afectan, legitimación que debe plantearse desde una triple perspectiva procedimental[6], normativa[7] y ética.

En busca de la legitimidad ética de las decisiones jurídicas, y con la finalidad de diseñar un marco general de «eticidad» sobre el que adecuar tanto las conductas como las sentencias de los jueces, el *Consejo General del Poder Judicial* adoptó, en diciembre de 2016, unos *Principios de Ética Judicial*[8], asumiendo el texto resultante la forma de

1. Sancho, 2007: 118.
2. En mi opinión lo que ha sufrido un importante cambio no es la función del juez en sí misma, sino la percepción que genera dicha función entre la sociedad. Sobre el particular: Miraut, 2008: 58-59.
3. Sobre la configuración de la actividad decisoria del juez como una operación estrictamente lógica basada en la aplicación de silogismos ver: Simon, 1985: 71 y ss.
4. Gómez, 2020: 17.
5. Atienza, 2001: 17. Este texto se reproduce, adicionando nuevas reflexiones sobre la posible elaboración de un código ético judicial, en: Atienza, 2003: 43-46.
6. Para el magistrado Ricardo Bodas las garantías procesales son la «cifra» de la Ética judicial, constituyendo junto al principio de independencia su verdadero «emblema». Bodas, 2005: 371.
7. Resulta evidente que la obligación jurisdiccional gira, por encima de todo, alrededor de una correcta, y justa, interpretación y aplicación de los enunciados jurídicos. Toda decisión judicial debe basarse en normas que procedan de fuentes autorizadas. Véase: Hernández, 2005: 21-89.
8. *Principios de Ética Judicial. Texto aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su sesión de 20 de diciembre de 2016 como Código Ético para la Carrera Judicial.*

código ético. En junio de 2020 se han cumplido ya tres años y medio, un período de tiempo suficientemente amplio para poder ensayar algunas consideraciones sobre tales principios y sobre su operatividad como guías en el desempeño de la jurisdicción en nuestro país. También acerca de sus peligros e insuficiencias.

Dicho texto parece instrumento propicio para incitar a la reflexión y al diálogo sobre los valores que deben orientar la práctica judicial y sobre los nuevos retos éticos que afronta nuestra judicatura ya en pleno siglo XXI. Tal reflexión entiendo que no corresponde exclusivamente a los miembros del poder judicial, pues al realizar una función pública, y al encontrarse ésta en franca relación con los derechos y libertades de la ciudadanía, resulta conveniente abrir el diálogo a otros agentes jurídicos y sociales. Hay que tener en cuenta que la naturaleza de los jueces y magistrados es dual, como miembros de uno de los tres poderes clásicos del Estado y como servidores públicos, lo que ciertamente les separa del régimen funcionarial o profesional ordinario.

Y tampoco hay que olvidar que la sentencia judicial es un acto procesal reglado sujeto a exigencias técnicas, pero también es un acto de naturaleza personal, sujeto a exigencias éticas que se dirigen a la conciencia moral del juez. El peso que esta última puede llegar a ejercer sobre el resultado final de la decisión jurídica es enorme. Eusebio Fernández subraya la importancia que desempeña dicha conciencia moral llegando a convertirla en «el núcleo de cualquier discusión sobre la ética de los jueces»[9]. Considero, en este sentido, que la atalaya de la Filosofía del Derecho puede resultar lugar idóneo desde donde participar en tan importante debate.

2. Contexto normativo y génesis del código

En un contexto internacional marcado por la ascensión de propuestas neoliberales encuentra cumplida explicación la proliferación de prácticas favorables a una mayor autorregulación profesional, intentando despojar al Estado social de su poder omnímodo e interventor. El creciente interés por la introducción de componentes de moralidad en el mundo social ha revalorizado el papel de las éticas profesionales. En el ámbito de lo jurídico, jueces y magistrados se han ido preocupando por elaborar diversos textos de Ética o Deontología que pudieran servirles de guía y orientación para su práctica. En ocasiones circunscribiendo sus reglas a su propio ámbito interno, a veces con una mayor vocación de generalidad, participando en la génesis y aprobación de textos éticos de mayor recorrido y aplicación interterritorial.

La inquietud por legitimar éticamente la decisión jurídica se encuadra pues en un contexto internacional plenamente favorable. Sin entrar en su análisis, sirva no obstante recordar que ya a principios del presente siglo se inició este proceso de sensibilización ética con la aprobación en el marco de las Naciones Unidas de los *Principios de Bangalore* (2001), y que posteriormente se fue desarrollando en Europa a través del

9. Fernández, 2008: 22.

Informe número 3 del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa sobre la Ética y Responsabilidad de los Jueces (2002), mediante la *Declaración de Londres sobre la Deontología de los Jueces* (2010), a instancias de la Red Europea de Consejos de Justicia, y por medio de la *Recomendación R(2010)12, de 17 de noviembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa,* en la que directamente se exhorta a la elaboración y aprobación de un código ético judicial a los diversos Estados miembros. Estas prácticas han encontrado igualmente excelente acogida en Latinoamérica, donde se llevó a cabo un *Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial* (2006), adoptado en la Cumbre Judicial Iberoamericana, al que más adelante se ha adherido España por acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 25 de febrero de 2016.

En nuestro país, a este contexto internacional favorable deben adicionarse las propias transformaciones internas que ha experimentado el Estado español tras el cambio de régimen político, convertido en un Estado constitucional de Derecho con un orden jurídico que incluye toda una serie de principios sustantivos de justicia cuya aplicación parece requerir algún tipo de deliberación de carácter moral. En este sentido, la incorporación de dichos principios de justicia al ordenamiento jurídico «habría hecho entrar en crisis la ″vieja″ tesis positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral»[10]. Se ha generado de esta forma un espacio natural para el desarrollo de la Ética judicial, posibilitando así una mayor reflexión sobre los componentes éticos que deben guiar la decisión judicial.

La *Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre,* de reforma de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,* se ha hecho eco de esta tendencia favorable al fomento de una mayor «calidad ética» en la actuación de los jueces, introduciendo en el artículo 560 una nueva regla, la número 24, que señala que entre las atribuciones del *Consejo General del Poder Judicial* se encuentra el asesoramiento especializado a los jueces tanto en materia de conflictos de intereses como en cualquier otro asunto relacionado con la integridad. También se subraya la preocupación que debe mostrar dicho Consejo General por «la recopilación y actualización de los Principios de Ética Judicial y su divulgación, así como su promoción con otras entidades judiciales, nacionales o internacionales».

El mismo *Consejo General del Poder Judicial* ya había puesto en marcha un par de años atrás el proceso necesario para la elaboración de un texto que recogiera los valores y principios que interesa sean compartidos por todos los miembros de su judicatura. Con este objeto impulsó la creación de un *Grupo de trabajo sobre Ética Judicial,* acuerdo suscrito por la Comisión Permanente en su reunión de 9 de abril de 2014. Para la elaboración del texto se crearon dentro de este Grupo de trabajo cuatro subcomisiones, que estuvieron integradas por cinco jueces, uno perteneciente a cada una de las cuatro asociaciones profesionales judiciales que están hoy vigentes en España, más un quinto juez independiente, es decir no asociado.

El documento resultante de la labor realizada por esas cuatro subcomisiones fue adoptado por el propio *Consejo General del Poder Judicial,* en sesión celebrada el 20 de

10. Así: Aguiló, 2009: 526.

diciembre de 2016, conforme al texto acordado en la sesión celebrada el 16 de diciembre de 2016 por dicho Grupo de trabajo, con el a mi juicio equívoco título, como luego comentaré, de *Principios de Ética Judicial.*

No obstante, cabe resaltar que este *Código Ético Judicial* nació sin gozar de un consenso generalizado. Fue visto con notable precaución, e incluso recelo, por un número importante de jueces, quienes consideraban que el vigente régimen disciplinario, de incompatibilidades, de responsabilidades, de prohibiciones y de inspección era ya suficientemente riguroso. Incluso dos de las cuatro asociaciones profesionales de jueces españolas, *Foro Judicial Independiente* (FJI) y la *Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria* (AJFV), consideraron entonces, pese a haber participado en su redacción, que el *Código Ético Judicial* aprobado no era «ni necesario ni urgente»[11].

En especial, *Foro Judicial Independiente* se ha mostrado a lo largo de estos tres años y medio particularmente crítica, pues desde dicha asociación se teme que el nuevo *Código Ético Judicial* propicie la «creación de modelos dogmáticos de jueces», subrayando igualmente que «crear una guía en el desempeño de la jurisdicción distinta de la fijada en la normativa sustantiva y procesal conllevará un deterioro de los derechos y del estatuto profesional del juez»[12].

Sin embargo, a mi juicio, esta visión tiene su origen en planteamientos que beben de las fuentes de un formalismo jurídico que no es capaz de aceptar que la actuación judicial es algo más que un simple silogismo mecánico en el que se relacionan hechos con normas jurídicas dentro de un proceso previamente reglado, y que el cumplimiento del deber ético del juez favorece el cumplimiento de su deber jurídico, aproximándolo a la excelencia. Como bien subraya Josep Aguiló «hay que denunciar como ideológica (falsa) la idea tan asentada en nuestra cultura jurídica… de que razonar y discutir en términos de ética judicial supone una fuga del Derecho»[13].

No resulta absurdo pensar en supuestos concretos en los que la aplicación de una ley pudiera llegar a chocar con la moral individual del juez. También en casos en los que el juez tema que la aplicación de una ley atente contra la dignidad o los derechos fundamentales de alguna de las partes[14]. Puede ocurrir de hecho que el sometimiento del juez al imperio de la ley suponga un decisivo obstáculo que impida la realización de sus imperativos éticos[15]. Además, optar por una vía de absoluta sumisión al Derecho

11. En este sentido Eduardo López Causapé, magistrado miembro de la *Comisión de Ética Judicial,* en la conferencia que pronunció en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Zaragoza el 29 de noviembre de 2019 con el título de «Ética Judicial».
12. *Comunicado de la Comisión Gestora Nacional de Foro Judicial Independiente,* Madrid, 6 de mayo de 2019. Dicho comunicado puede consultarse en: https://www.forojudicialindependiente.es/2019/05/07/comision-etica-judicial/
13. Aguiló, 2009: 539.
14. Sobre el particular: Rodríguez-Toubes, 2010: 104-106.
15. En términos similares Ángela Aparisi, quien hace prevalecer los principios de justicia del juez sobre la ley positiva cuando se da una contradicción grave entre ambos. Aparisi, desde unos presupuestos teóricos de partida de marcado tamiz iusnaturalista, afirma que el verdadero oficio del juez «no es declarar lo legal, sino lo justo». Aparisi, 2006: 370.

no deja de ser, en el fondo, una decisión moral más. Y también puede ocurrir que el juez se vea obligado a aplicar algún principio cuyo método de razonamiento, la ponderación, incrementa con creces la relevancia de la dimensión valorativa, y por tanto justificativa, del Derecho, superando el mero razonamiento subsuntivo. En realidad, una forma extendida de negar la Ética judicial consiste en subrayar precisamente su falta de necesidad, afirmando que la ley es suficiente para determinar el deber del juez.

3. Estructura formal

Desde una perspectiva meramente formal, el *Código Ético Judicial* se divide en dos partes bien diferenciadas, precedidas de un extenso preámbulo que supone alrededor del 10% del documento. En la primera, integrada por 35 enunciados estructurados en cuatro capítulos, se recogen los principios fundamentales que deben regir la práctica judicial: la independencia, que evita influencias indeseables externas, la imparcialidad, que subraya el rol del juez como sujeto ajeno a los intereses que se discuten, y la integridad, que recuerda la coherencia que debe marcar las acciones de los jueces con respecto a los dos principios anteriores, a los derechos y libertades fundamentales y a la propia dignidad humana. A mi juicio, este último principio parece exigible al juez también en el desarrollo de su vida pública o social, en especial cuando la confianza de los ciudadanos en la justicia pudiera verse de algún modo amenazada.

Igualmente se recogen en esta primera parte del texto toda una serie de modelos de conducta que se asocian directamente con la correcta prestación de un servicio público, tales como la cortesía, la diligencia y la transparencia. Se requiere a los jueces a dispensar un trato respetuoso a todas las personas que puedan intervenir en el proceso, sean cuales sean sus circunstancias psicológicas, culturales o sociales. También a resolver el caso en unos plazos razonables, a formarse manteniéndose en continua actualización normativa y a asumir una actitud positiva hacia la transparencia. Estas virtudes, además del valor que atesoran por sí mismas, inciden de forma notable en la percepción que la ciudadanía mantiene sobre la justicia y sus representantes.

La segunda parte está formada por siete artículos, a los que se adicionan una disposición transitoria y una disposición final. El texto presenta la creación de una *Comisión de Ética Judicial* estableciendo su composición y funciones. El documento procede pues a regular dicha Comisión, y en algunos puntos cobra carácter vinculante, resultando por tanto imperativo, para los miembros que lleguen a formar parte de la misma. El texto subraya especialmente el carácter orientativo, de guía, de las recomendaciones que pueda llegar a emitir la Comisión en el ejercicio de sus funciones.

Dichas recomendaciones, elaboradas en forma de dictámenes, podrán ir formando un «cuerpo de doctrina ética» de evidente utilidad para el ejercicio profesional de jueces y magistrados. Esto se explica, como bien indica Andrés García Inda, por la «dimensión corporativa» de la práctica profesional, pues los códigos de ética «también deben

entenderse como instrumentos para favorecer el marco institucional y el clima ético acorde a la moral profesional»[16].

Este carácter meramente orientativo de los dictámenes elaborados por dicha *Comisión de Ética Judicial* resulta plenamente coherente, en mi opinión, con la decisión del Grupo de trabajo propuesto de elaborar un Código Ético en vez de un Código Deontológico. La disyuntiva no era precisamente cuestión baladí, pues si los jueces eligieron la alternativa ética los abogados tradicionalmente han preferido los códigos deontológicos para regular con mayor eficacia las actuaciones de sus profesionales[17], debido a las evidentes dificultades que pueden surgir a la hora de exigir un comportamiento íntegro y responsable a un colectivo muy amplio marcado por una notable heterogeneidad[18].

Se recuerda a este respecto que la Deontología es un conjunto de deberes, acompañados de posibles sanciones previstas por un eventual incumplimiento, que son aprobados por un colectivo profesional y que exhorta a sus miembros a toda una serie de determinadas acciones u omisiones con el fin de garantizar la honestidad de su actuación. En este sentido la Deontología es un conjunto de deberes y obligaciones que se relacionan entre sí de forma sistemática. Como bien señala Liborio L. Hierro, la deontología no establece ideales de vida, marca lo que los miembros de un determinado grupo profesional deben y no deben hacer[19]. Las deontológicas son normas de conducta coercitivas, de obligado cumplimiento para los profesionales a los que van dirigidas.

Más controvertida resulta la verdadera naturaleza de la Ética profesional[20]. En un interesante trabajo Josep Aguiló diferencia dos posibles concepciones de la Ética judicial según la noción de Derecho de la que se parta: la visión formalista del Derecho, que tiende a concebir la Ética judicial como una Ética autónoma y bien diferenciada de la Ética general, pues el valor del Derecho proviene especialmente de ser una superación de la Moral, encontrándose ambos órdenes en compartimentos estancos; y la visión post positivista del Derecho, que entiende la Ética judicial como una Ética aplicada, pues el verdadero valor del Derecho proviene de comportarse como instrumento para la realización de la Moral ordinaria[21]. A mi juicio esta segunda concepción resulta mucho más acertada, y es la que se adopta a lo largo del presente trabajo.

Desde otra interesante perspectiva, para un número importante de autores como Francisco Javier de la Torre la Ética profesional «es esa ética aplicada, no normativa

16. García, 2019: 20. Agradezco al profesor García Inda su amabilidad al facilitarme el acceso a su excelente trabajo.
17. Sobre las relaciones que contraen los abogados con la justicia en el ejercicio de su profesión, véase: Rubio, 2018.
18. Pese a haber sido escrita hace casi un siglo para retratar la situación de la abogacía en Italia, todavía siguen siendo muy actuales algunos de los presupuestos manejados en: Calamandrei, 2007.
19. Hierro, 2013: 301. El autor presenta hasta cinco aproximaciones académicas distintas sobre la naturaleza de las normas deontológicas.
20. Una visión actual y sencilla de la Ética jurídica que debe presidir toda actuación judicial, a partir de las vivencias del propio autor, en: Álvarez, 2020.
21. Aguiló, 2009: 538-539.

y no exigible, que propone motivaciones en la actuación profesional»[22]. Es decir, la Ética profesional ni tiene carácter normativo ni incluye sanciones. Sin embargo, en mi opinión, que la Ética profesional carezca de normas que vinculen jurídicamente y sean susceptibles de coerción no significa que carezca de normas. La Ética profesional es normativa, y se nutre de un importante elenco de normas cuya naturaleza no es, efectivamente, jurídica sino moral. Independientemente de que los principios de Ética judicial son verdaderos principios, y éstos son por definición normativos, ya que los principios también son normas[23].

La Ética judicial sirve de horizonte al juez para que adecúe su comportamiento y sus decisiones a las reglas y principios éticos ya consensuados en su profesión. Recoge, en suma, los valores y hábitos que resulta necesario desarrollar en la profesión, promoviendo «el diálogo colectivo y la reflexión personal» y fortaleciendo «la confianza de la ciudadanía en la justicia al hacer explícitos los modelos de comportamiento con arreglo a los cuales jueces y juezas se comprometen a cumplir sus funciones»[24].

II. LOS *PRINCIPIOS DE ÉTICA JUDICIAL*

La decisión práctica llevada a cabo por el profesional debe necesariamente fundarse en toda una serie de principios que, detrás de su función de orientación y de guía, contribuyen a que la decisión adoptada pueda alcanzar una cierta legitimidad ética. Dichos principios son, en palabras de José Ferrater Mora, «punto de partida, origen, procedencia, razón de ser de todo»[25]. El mismo preámbulo del *Código Ético Judicial* afirma que «estos Principios de Ética Judicial aspiran a recoger los valores y reglas de conducta compartidos por la judicatura española»[26]. Tales principios parecen perseguir un doble objeto, pues no solo establecen un régimen ético «que aliente las conductas deseables» sino también «la reflexión sobre cómo conseguir la mejor actuación profesional»[27].

La carrera judicial aparece orientada fundamentalmente por tres importantes principios: el principio de independencia, el principio de imparcialidad y el principio de integridad[28]. Dichos principios no pueden considerarse como compartimentos estancos, y deben interrelacionarse entre sí para obtener los más satisfactorios resultados. Rafael de Asís Roig incide precisamente en su carácter normativo, subrayando que los dos

22. De la Torre, 2000: 107.
23. Un muy interesante estudio sobre los principios jurídicos y, en especial, sobre la forma en la que pueden concretarse dichos principios en: Larenz, 1985.
24. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* preámbulo, p. 1.
25. Ferrater, 1979: III, 2090-2091.
26. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* preámbulo, p. 1.
27. García, 2019: 19.
28. Sin embargo, algunos códigos éticos, como el *Código Iberoamericano de Ética Judicial* (Santo Domingo, junio de 2006), subrayan como principios rectores los de independencia, imparcialidad y motivación. En la *XII Cumbre Judicial Iberoamericana,* en la que se aprobó dicho texto, participó activamente Manuel Atienza, quien plasmó sus ideas sobre la importancia del principio de motivación como uno de los ejes vertebradores de la Ética Judicial. Sobre el particular: Atienza, 2001: 17. Ver igualmente: Rodríguez-Toubes, 2010: 104-106.

primeros principios constituyen en sí mismos «verdaderas obligaciones jurídicas»[29]. Para algunos autores ambos constituyen las «garantías subjetivas fundamentales» de la jurisdicción[30].

1. El principio de independencia

El principio de independencia judicial se considera actualmente como un derecho ciudadano, cuya defensa se debe exigir como parte de sus deberes profesionales a los jueces y magistrados. No se trata pues de un privilegio al que se hacen acreedores los jueces debido a su especial posición dentro del entramado jurídico. Su alcance es mayor, pues es presupuesto necesario para que puedan desarrollarse satisfactoriamente el resto de los principios. Aparece significativamente recogido en el art. 117.1 de nuestra Constitución[31].

En este sentido, de la lectura del *Código Ético Judicial* parece colegirse que dicho principio opera como fundamento básico de toda actividad judicial, al señalar la necesidad de que el juez tome una posición de absoluta resistencia a posibles interferencias y presiones que pudieran provenir de terceros ajenos al proceso: «el juez y la jueza deben situarse en una disposición de ánimo que, al margen de sus propias convicciones ideológicas y de sus sentimientos personales, excluya de sus decisiones cualquier interferencia»[32]. En especial se hace particular referencia a las posibles interferencias que pudieran llevarse a cabo por el resto de los poderes públicos, por los medios de comunicación, por los grupos de presión e incluso por la misma opinión pública. También, evidentemente, por la propia judicatura, todo ello sin perjuicio de su deber legal de denuncia.

La independencia se materializa en parte en el deber que tienen los jueces que componen los tribunales superiores de respetar la dignidad jurisdiccional de los que integran los tribunales inferiores. En este sentido cabe señalar que efectivamente cada juez es independiente porque necesariamente no se ve obligado a interpretar y aplicar la ley conforme a lo ya realizado por otros jueces en casos anteriores[33]. Como bien recuerda Javier Ezquiaga «es característico de los sistemas jurídicos no pertenecientes a la familia del *common law* la no vinculatoriedad a los precedentes de los tribunales superiores»[34].

Y de hecho la *Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre,* de reforma de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* exige que ningún juez ni tribunal puedan dictar instrucciones a los jueces de rango inferior en lo que respecta a la

29. De Asís, 2017: 1-16. Este autor defiende la tesis de que muchas de las obligaciones éticas que incluye el Código deberían «juridificarse».
30. Aguiló, 2009: 529.
31. Desde una perspectiva constitucionalista véase: Requejo, 1989.
32. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte I, capítulo I.2, p. 3.
33. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 264 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial,* referido a la uniformización de criterios entre magistrados de las diversas secciones de una misma Sala.
34. Ezquiaga, 2003: 50.

interpretación y aplicación de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico, limitando en su artículo 12.2 las posibles correcciones a «cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan».

Resulta en este punto importante recordar que en España la jurisprudencia nunca se ha podido considerar por sí misma, formalmente, como una verdadera fuente de Derecho y, por ello, atribuir a las resoluciones de un magistrado poder vinculante equivaldría a convertirlo poco menos que en un nuevo legislador[35]. Así, Francisco Laporta afirma a este respecto que el juez lo que debe hacer simplemente es dejar pasar a través de sí la fuerza normativa de las reglas que aplica[36].

En nuestro país la principal función de la jurisprudencia consiste en complementar lo marcado por el ordenamiento jurídico. Así se manifiesta el propio *Código civil* en su artículo 1.6. «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»[37]. Por tanto el precedente judicial carece en el sistema jurídico español de fuerza vinculante. Eugenio Bulygin acierta al subrayar, con vocación de generalidad, que «bien puede suceder que otro juez resuelva de otra manera un caso análogo»[38]. En realidad la jurisprudencia que emana de nuestros tribunales tiene autoridad por la fuerza de sus argumentos y de quienes los elaboran, pero no se puede defender su carácter vinculante[39]. Dicho lo cual, todo ello no debe resultar impedimento para reconocer que en la práctica diaria del foro la jurisprudencia del Tribunal Supremo es seguida sin apenas discusión, pues incluso la *Ley de Enjuiciamiento Civil* entiende en su artículo 477.3 de interés casacional el caso en el que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina de dicho tribunal.

Como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, los principios deben interrelacionarse entre sí para lograr los resultados más óptimos posibles. Así, el principio de independencia se relaciona íntimamente con el principio de imparcialidad, pues ciertamente la independencia judicial se presupone como presupuesto de partida, necesario e irrenunciable, para poder garantizar que jueces y magistrados se encuentren sometidos efectivamente al imperio de las leyes y puedan actuar con verdadera imparcialidad[40]. Afirma Miguel Grande Yáñez en este sentido que «esta imparcialidad en cuanto predisposición de objetividad judicial, sólo puede practicarse cuando el juzgador no tiene

35. Un interesante análisis sobre las relaciones dicotómicas que se generan a la hora de distribuir potestades entre la ley y la labor del juez en la tarea de la creación del Derecho en: Boehmer, 1959.
36. Laporta, 2002: 125.
37. La interpretación de este artículo hoy debe llevarse a cabo según la Constitución de 1978, la configuración que ésta tuteló del Estado autonómico, con las competencias legislativas propias de las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.8) y de la competencia casacional atribuida a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 73.1 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial).*
38. Bulygin, 2003: 35.
39. Véase sobre el particular: Vicente, 2020: 1714.
40. Sobre esta presunta «naturaleza instrumental» del principio de independencia judicial con respecto al de imparcialidad ver: Toharia, 2005: 116.

amenazada su independencia»[41]. La independencia ejerce así como instrumento garante de la imparcialidad.

2. El principio de imparcialidad

El principio de imparcialidad es definido por el propio *Código Ético Judicial* como «la ajenidad del juez y de la jueza respecto de las partes, para con las que han de guardar una igual distancia, y respecto del objeto del proceso, con relación al cual han de carecer de interés alguno»[42]. Para Manuel Atienza la imparcialidad supone que «el juez debe aplicar el Derecho sin sesgo de ningún tipo y deriva de la posición del juez como tercero frente a las partes, ajeno al conflicto»[43]. Desde un planteamiento distinto, Víctor Manuel Pérez Valera señala que la obligación de imparcialidad de los jueces no es algo externo que viene impuesto de fuera, sino que tiene que ser una nota ética que libremente brote[44].

En mi opinión el principio de imparcialidad opera desde un doble plano. En primer lugar desde un prisma interno, referido a la propia moral del juez, y sustanciado en la ausencia de prejuicios que pudieran llevarle a una previa toma de partido. El juez o magistrado deberá observar, una vez constatada su falta de interés personal en el asunto, si su posible actuación en la cuestión que se le presenta pudiera verse atacada por cualquier prejuicio o predisposición personal propia que dirigiera su decisión hacia un sentido u otro. Y en caso positivo ser capaz de apartarse voluntariamente de tal supuesto[45]. Siguiendo a Jorge Malem, puede afirmarse que «un buen juez ha de ser consciente de los datos que conforman su propia personalidad»[46]. Los jueces deben excluir de sus decisiones cualquier tipo de interferencias que pudieran surgir de sus mismas convicciones ideológicas, morales o religiosas, así como de los posibles sentimientos que pudieran despertar sobre ellos las personas o los hechos objeto de enjuiciamiento[47].

En segundo lugar, el principio de imparcialidad opera también desde un prisma externo, pues se hace referencia a las partes que entran en el litigio considerando su posible relación con el juzgador, al que el *Código Ético Judicial* advierte que no puede «mantener vinculación alguna con las partes ni mostrar favoritismo o trato preferencial que ponga en cuestión su objetividad ni al dirigir el proceso ni en la toma de decisión»[48]. El término «vinculación alguna», parece excluir cualquier tipo de relación familiar o de amistad del juez con ninguna de las partes que participan en el proceso objeto de

41. Grande, Almoguera, y Jiménez, 2006: 126.
42. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte I, capítulo II.10, p. 4.
43. Atienza, 2001: 17.
44. Pérez, 2002: 143.
45. Sobre el particular véase: Picó, 1998.
46. Malem, 2003: 177.
47. Una interesante reflexión sobre el particular en: Fernández-Viagas, 1997: 5 y ss. El magistrado Fernández-Viagas incide en la importancia que pueden llegar a tener los condicionamientos sociales e ideológicos del juez en la pérdida de su propia imparcialidad.
48. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte I, capítulo II.12, p. 4.

litigio. Esta pretensión me parece en algunos casos de muy difícil satisfacción. Piénsese por ejemplo en un juez que desarrolla su labor en una localidad pequeña, con un reducido número de habitantes con los que obviamente mantendrá un contacto tan diario como inevitable.

En cualquier caso, la exigencia de imparcialidad judicial no debe entenderse en un sentido absoluto, pues como recordaba Otto Bachof resulta lógico pensar que el juez está «vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo»[49]. Detrás de toda decisión jurídica se encuentra una cierta subjetividad cuya desaparición total resulta imposible, ya que detrás de ella se encuentra un hombre: el juez. De hecho, como bien señala Rafael de Asís, «lo que exige este principio es aminorar en el mayor grado posible dicha subjetividad»[50].

El principio de imparcialidad judicial subraya también la importancia de la escucha activa por parte del juez como instrumento garante de una toma de decisión lo más imparcial y justa posible. Igualmente se enfatiza la especial vigilancia que el juez deberá llevar a cabo, a lo largo de todo el proceso, para garantizar el cumplimiento estricto del principio de igualdad de oportunidades de las partes y demás intervinientes. Para ello se le recuerda su obligación de crear el ambiente necesario para que el juicio se desarrolle sin incidencias, en un clima sereno en el que tanto las partes afectadas como sus representantes legales puedan exponer, respectivamente, sus versiones sobre los hechos y sus posiciones sobre la mejor aplicación del Derecho de forma sosegada y en libertad.

La libertad es presupuesto esencial para la imparcialidad. Para que un juez tome una decisión de forma imparcial, se requiere que, por encima de todo, sea libre para poder hacerlo. El fallo del juez no deja de ser una decisión libre que adopta una vez considerados y examinados toda una serie de hechos y circunstancias que se han ido presentando a lo largo del proceso, si bien esa libertad queda obviamente matizada al encontrarse obligado a satisfacer toda una serie de garantías procesales y a elegir entre un reducido elenco de normas jurídicas previamente establecidas[51]. De hecho, una forma de quebrar la debida imparcialidad se produce cuando el juez da muestras de que son otros criterios los que, por encima de la ley, han guiado su actuación[52].

3. El principio de integridad

El principio de integridad, probidad o rectitud requiere al juez, según marca el propio *Código Ético Judicial,* que sea consciente «de que la dignidad de la función jurisdiccional exige un comportamiento acorde con la misma»[53]. Igualmente se solicita a los jueces y

49. Bachof, 1963: 53.
50. De Asís, 2017: 10.
51. Un análisis ya clásico sobre la posición ante la que se encuentran los jueces con respecto a la ley y sobre los límites de su obediencia a la misma en: Reichel, 2003.
52. En este sentido: Valldecabres, 2004: 299.
53. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte I, capítulo III.29, p. 6.

magistrados que observen «una conducta que reafirme la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia no solo en el ejercicio de la jurisdicción, sino en todas aquellas facetas en las que sea reconocible como juez o jueza o invoque su condición de tal»[54].

Con ello parece claro que el *Código Ético Judicial* se dirige no sólo a pautar guías de conducta convenientes para el ejercicio de la función jurisdiccional sino que da un paso más hacia delante, pues como bien ha subrayado Rafael de Asís Roig el documento presenta también exigencias éticas dirigidas a orientar la actividad no profesional, tanto pública como privada, de los jueces y magistrados. De Asís destaca entre estas últimas la prudencia y la reserva, el respeto a la igual dignidad de todas las personas, el no utilizar el juez su situación para favorecerse a sí mismo o a terceros, el ejercicio prudente de la libertad de expresión y la obligación de formarse[55].

El principio de integridad aparece íntimamente unido con el principio de imparcialidad. Aspecto de gran importancia es el referente a la apariencia de imparcialidad y de integridad de jueces y tribunales. Es decir, que no sólo hay que ser imparcial e íntegro, hay que parecerlo, tanto dentro como fuera del proceso. Esta doble exigencia de apariencia de imparcialidad y de integridad tiene a la vez una aplicación práctica de notable importancia en el desarrollo de la vida social de jueces y magistrados, en especial en todo lo referente a sus posibles relaciones con los medios de comunicación[56] y con las cada vez más presentes redes sociales.

La propia *Comisión de Ética Judicial* ha reflexionado sobre el particular tras consulta presentada al respecto sobre el uso que los jueces deben hacer de las redes sociales. En el *Dictamen (Consulta 10/18), de 25 de febrero de 2019. Implicaciones de los principios de ética judicial en el uso de redes sociales por los miembros de la carrera judicial*, la Comisión concede libertad a jueces y magistrados a la hora de participar en redes como *Twitter, Facebook, Instagram* o *Linkedin* sin necesidad de utilizar un seudónimo, si bien solicita extremo cuidado para no comprometer su apariencia de imparcialidad, independencia e integridad y evitar cualquier menoscabo en la confianza ciudadana en la Justicia. El dictamen aconseja que cada juez realice «una previa valoración ética sobre si su identificación en las redes sociales como integrante del Poder Judicial… puede afectar a la percepción que los demás puedan tener de su independencia, imparcialidad e integridad»[57].

Cierto es que los comentarios y declaraciones públicas de los jueces pueden gozar de una especial difusión y trascendencia en razón del cargo que ocupan. Como bien señala el magistrado Plácido Fernández-Viagas «la justicia, antes anónima, y sobre

54. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte I, capítulo III.22, p. 5.
55. De Asís, 2017: 7-8.
56. Un estudio sobre los problemas que los medios de comunicación plantean potencialmente a la Administración de Justicia en: Valldecabres, 2004: 219-300.
57. Comisión de Ética Judicial, *Dictamen (Consulta 10/18), de 25 de febrero de 2019. Implicaciones de los principios de ética judicial en el uso de redes sociales por los miembros de la carrera judicial,* p. 7.

todo discreta, empieza a tener unos nombres y apellidos»[58]. Para la también magistrada María Luisa Gómez Garrido, «hoy, quizás más que nunca, la sociedad parece haber descubierto que "hay jueces"»[59]. La Comisión exige en todo caso prudencia y mesura, independientemente de la necesaria reserva de aquellos datos que pudieran incidir en el desarrollo de un proceso ya abierto. El juez debe valorar detalladamente la realidad social en la que su intervención se va a producir, midiendo bien, y con responsabilidad, las circunstancias y las consecuencias que se puedan derivar de la misma.

En mi opinión lo que resulta fundamental es entender que la Comisión, ni en este ni en ningún otro caso, puede ni debe suplantar al juez en la valoración de su propia conducta, ni en la incidencia que la misma pueda tener sobre los comentados principios éticos. A mi juicio en este supuesto no cabe hablar de una obligación ética por sí misma que constriña severamente la actuación de los jueces y magistrados en las distintas redes sociales, con o sin seudónimo, y por tanto no cabe exigir limitaciones al respecto, más allá de unas siempre recomendables prudencia, cortesía y mesura.

Y lo cierto es que una intervención prudente y reflexiva, en la que el juez explique la interpretación y aplicación del Derecho de una forma ecuánime y razonada, puede ejercer en el contexto social en el que se integre un importante papel pedagógico, resultando ciertamente valiosa. La propia Comisión subraya al respecto que «El acceso de los jueces identificados como tales a las redes sociales puede favorecer el cumplimiento de los deberes éticos relacionados con la función pedagógica o con la defensa de los derechos fundamentales y los valores en los que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico»[60]. Precisamente un reciente dictamen de la *Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial* incide en el valor que para el conjunto de la sociedad tiene la colaboración del juez en un medio público cuando desarrolla lo que denomina «una labor pedagógica de la ley»[61].

El principio de integridad se desarrolla igualmente en otros aspectos de especial importancia, como la obligación de jueces y magistrados de desempeñar su actividad jurisdiccional con dedicación, estudiando los asuntos que se les puedan plantear con detalle y en su propia singularidad. También se rechazan tanto razones de comodidad que puedan influir en el fallo como regalos, cortesías y consideraciones que excedan de las lógicas convenciones sociales. Especial énfasis pone el *Código de Ética Judicial* en que los jueces «no utilizarán o prestarán el prestigio de las funciones jurisdiccionales para ayudar a sus intereses personales, a los de un miembro de su familia o a los de cualquier otra persona»[62]. En conclusión, el juez debe tener especial cuidado en evitar todas aquellas acciones que pudieran ser consideradas como merecedoras de crítica

58. Fernández-Viagas, 1997: 138.
59. Gómez, 2020: 17.
60. Comisión de Ética Judicial, *Dictamen (Consulta 10/18), de 25 de febrero de 2019…, op. cit.,* p. 11.
61. *Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de abril de 2020.*
62. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte I, capítulo III.29, p. 6. Se trata de un buen ejemplo del principio de «no abuso» subyacente a la regla del artículo 417.13 de la *LOPJ.*

moral, intentando en todo momento mantener una actitud virtuosa y proyectar sobre su persona una imagen moralmente buena[63].

4. Virtudes judiciales: cortesía, diligencia y transparencia

Esta parte primera concluye subrayando la importancia de varias virtudes como la cortesía, la diligencia y la transparencia, que se consideran importantes para una buena y satisfactoria práctica judicial. Las virtudes profesionales son rasgos de carácter, que ayudan a alcanzar los objetivos y fines de la profesión[64]. Como ocurría con los principios, estas virtudes se encuentran en muchos casos íntimamente relacionadas entre sí. En los últimos años ha sido frecuente la proliferación de obras que ofrecen catálogos de virtudes judiciales sistematizadas de forma razonable[65]. Amalia Amaya ofrece al respecto una interesante clasificación que divide las virtudes en epistémicas o intelectuales, morales y comunicativas, a las que adiciona «la virtud de la fidelidad al Derecho»[66].

Especialmente sugerente resulta la clasificación que ofrece Manuel Atienza, vinculada a los tres grandes principios que, a su juicio, constituyen los tres grandes núcleos de la Ética judicial: independencia, imparcialidad y motivación de las decisiones: «el principio de independencia exige sobre todo auto restricción, modestia y valentía; el de imparcialidad, sentido de la justicia y honestidad personal; y el de motivación se conecta especialmente con la virtud de la prudencia»[67].

Precisamente la «fronesis» es para el magistrado Eduardo de Urbano Castrillo la virtud judicial principal, pues «proporciona el modo racional-valorativo de aproximarnos a lo justo concreto»[68]. Subraya al respecto el filósofo y jurista argentino Guillermo Lariguet que la prudencia permite al agente moral, en nuestro caso el juez, «percibir de manera correcta, en el momento correcto, frente a la situación y persona correcta, del modo correcto»[69]. Para la magistrada Luisa María Gómez Garrido las dos grandes virtudes son, por encima del resto, la autocontención y la valentía, pues a su juicio ambas sostienen las bases de la propia legitimidad judicial[70].

Todas estas virtudes aparecen por tanto asociadas a una correcta prestación de la labor del juez[71], en especial en el desarrollo de la audiencia, momento en el que puede producirse una mayor tensión. El *Código Ético Judicial* subraya en este sentido la cortesía

63. Sobre la interesante cuestión de si los jueces pueden ser moralmente malas personas pero técnicamente buenos jueces véase: Malem, 2001: 379-403. Ver igualmente: Fernández, 2008: 29-35.
64. Véase sobre el particular: Amaya, 2015: 1786.
65. Por todas la de Rodolfo Vigo, agrupadas en lo que dicho autor denomina una «nómina de exigencias éticas judiciales» que incluye, de forma indistinta, tanto principios como virtudes: Vigo, 2006: 281-292.
66. Amaya, 2017: 29-32.
67. Atienza, 2001: 17.
68. Urbano, 2005: 437.
69. Lariguet, 2017: 73.
70. Gómez, 2020: 299 y ss.
71. Sobre el modo en el que la prudencia interviene en la aplicación concreta del Derecho resulta sugerente: Lariguet, 2013: 107-126.

y la diligencia como virtudes principales. Como señala el magistrado Ignacio Sancho Gargallo «el juez debe mantener la calma y el orden dentro de la sala y rebajar la tensión, mostrando especialmente serenidad y firmeza»[72].

Igualmente se insta a los jueces a preocuparse por su propia formación individual y a fomentar la transparencia en todos sus actos. También a jugar con plazos razonables, si bien conviene precisar al respecto que tal obligación de resolver con la mayor celeridad posible se encuentra además condicionada por los módulos de trabajo judiciales aprobados por el propio *Consejo General del Poder Judicial.* Estas virtudes ya aparecían recogidas en los *Principios de Bangalore,* documento en el que textualmente se decía que «el juez mantendrá el orden y el decoro en todos los procesos en que participe, y será paciente, digno y cortés»[73].

El filósofo escocés Alasdair MacIntyre señala que todas estas virtudes son cualidades humanas adquiridas «cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de los bienes»[74]. Para Eusebio Fernández algunas virtudes judiciales «son esenciales y necesarias para que los objetivos de la función judicial se cumplan adecuadamente»[75].

Sin embargo, en mi opinión, la práctica de estas virtudes facilita al juez el cumplir con sus diversos deberes profesionales, pero no resulta una condición *sine qua non* para ello. Sin entrar en este trabajo en la relación que se produce entre las condiciones personales del juez y el cumplimiento de sus deberes[76], conviene recordar que todas estas virtudes no dejan de ser elementos de la personalidad que reflejan formas de ser particulares. Y por todo ello, no resulta fácil aceptar que pueda reprocharse a un juez la ausencia de algunas de esas virtudes. En suma, las virtudes no pueden imponerse, no son exigibles, pero sí deben fomentarse, favoreciendo su práctica de forma libre y responsable.

III. LA *COMISIÓN DE ÉTICA JUDICIAL*

El *Código Ético Judicial* presenta en su segunda parte una novedosa y, en mi opinión, acertada iniciativa: la creación de una *Comisión de Ética Judicial.* Se trata de un organismo nacido al calor del propio texto ético con la finalidad de orientar a los jueces y magistrados sobre la interpretación de los principios éticos que el Código formula, a través de dictámenes e informes elaborados con ocasión de las consultas que

72. Sancho, 2007: 137.
73. Naciones Unidas, *Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial,* 2001, 6.6. Este código aparece accesiblemente reproducido en: Urbano, 2005: 525-536, cita: 536.
74. Macintyre, 1987: 237.
75. Fernández, 2008: 27.
76. Laura Miraut relaciona esas virtudes profesionales con los bienes sociales implicados en la función judicial, a su juicio la impartición de justicia y la confianza en el correcto ejercicio de la labor judicial. Miraut, 2008: 63-66.

pueda recibir a instancia de cualquier juez en servicio activo, Salas de Gobierno de los Tribunales, Juntas de Jueces o Asociaciones Judiciales.

El 9 de mayo de 2018, dando cumplimiento a lo prescrito por el *Código Ético Judicial,* se constituyó tras los trámites pertinentes la *Comisión de Ética Judicial,* apareciendo patrocinada por el *Consejo General del Poder Judicial.* Aunque hay interés desde la propia Comisión en recalcar su absoluta independencia con respecto al mencionado órgano rector, lo cierto es que sobre dicho Consejo General recae la obligación de asegurar los recursos y medios necesarios para que la Comisión Ética lleve a cabo sus funciones adecuadamente, lo que parece obvio que limita, o por lo menos condiciona, dicha independencia.

1. Composición y funciones

El *Código Ético Judicial* establece la composición de la Comisión, que deberá estar integrada por siete miembros, de los cuales uno tendrá la categoría de juez, tres la de magistrado y dos la de magistrado del Tribunal Supremo. Todos ellos deberán necesariamente encontrarse en situación de servicio activo. El séptimo miembro será un profesor de reconocido prestigio en los ámbitos académicos de la Filosofía del Derecho o de la Ética.

Para proceder a la elección de los integrantes de la Comisión se establece una circunscripción electoral única para todo el país. Todo juez y magistrado en servicio activo tendrá derecho de voto, que será personal, igual, directo y secreto, convocado el proceso electoral con tres meses de antelación a la terminación del mandato de la Comisión. Las candidaturas deberán ser individuales, y presentarse dentro del mes siguiente al de la fecha de la convocatoria. Respetando la prevista representación de todas las categorías judiciales, la elección recaerá sobre aquellos que obtengan un mayor número de votos. La elección del profesor de reconocido prestigio se llevará a cabo por los seis miembros de la Comisión ya elegidos. El presidente será votado por mayoría por la propia Comisión, recayendo el cargo de secretario sobre el miembro judicial con menor antigüedad en la carrera.

El mandato de los miembros de la Comisión, que sólo podrán ser elegidos una vez, se fija en cuatro años, renovándose por mitades cada dos años. El ejercicio de sus funciones no gozará de compensación económica alguna, lo que a mi juicio supone un importante acierto. El *Código Ético Judicial* se pronuncia con claridad sobre tan importante cuestión, al subrayar que «el ejercicio de las funciones de los miembros de la Comisión será honorífico, sin más compensación económica que el reembolso de los gastos ocasionados»[77].

Las elecciones constitutivas de dicha Comisión tuvieron lugar los días 24 y 25 de abril de 2018. En las votaciones participaron 1979 miembros en activo de la Carrera

77. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte II, artículo 4.3, p. 9.

Judicial, suponiendo el 36,6% del censo electoral. Se presentaron voluntariamente como candidatos diecisiete jueces y magistrados, que optaron a los seis puestos de titular, y a otros tantos de suplente. La proclamación definitiva de los resultados del proceso electoral se llevó a cabo el 26 de abril.

En su primera constitución la *Comisión de Ética Judicial* está presidida por el magistrado Ignacio Sancho Gargallo (magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo). El resto de miembros son Celsa Pico Lorenzo (magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo), Eduardo López Causapé (magistrado del Juzgado de Instrucción número 9 de Zaragoza), Gonzalo Sancho Cerdá (magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Torrent), Ramón Badiola Díez (magistrado del Juzgado de primera instancia número 99 de Madrid), Teresa García Villanueva (juez del Juzgado de primera instancia e instrucción número 7 de Rubí, que ejerce también como secretaria de la Comisión). El séptimo miembro, no judicial, es Luis Prieto Sanchís, prestigioso profesor, hoy ya jubilado, de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha.

El *Código Ético Judicial* establece también las funciones de la mencionada Comisión ética, subrayando sus cuatro atribuciones más importantes: en primer lugar la emisión de dictámenes por escrito sobre consultas relativas a casos concretos a instancia de cualquier juez en activo, asociación judicial o junta de jueces; en segundo lugar la promoción del conocimiento y difusión de los principios de ética judicial recogidos en la parte primera del Código; en tercer lugar la colaboración con otras comisiones judiciales de ética, especialmente con la *Comisión Iberoamericana de Ética Judicial;* y en cuarto lugar la elaboración, con carácter excepcional, de informes sobre cuestiones de interés general relacionadas con el comportamiento de los propios jueces[78].

El *Código Ético Judicial* regula pues las funciones de la mencionada Comisión, su composición, el procedimiento de elección de sus miembros y la duración del mandato de éstos[79]. También algo tan importante como su funcionamiento interno y los efectos y fuerza jurídica de los actos emanados de las actuaciones de dicha Comisión, materializados preferentemente a través de dictámenes elaborados tras consulta al respecto por parte de un juez, magistrado, junta o asociación judicial.

2. Funcionamiento: dictámenes e informes

En cuanto al funcionamiento de la Comisión, el texto regula la forma de proceder en lo referente a la elaboración de dictámenes y de informes. Para los dictámenes se concede un plazo de dos meses a partir de la consulta emitida. Cada dictamen lo elabora por turno uno de los siete miembros de la Comisión, que ejerce así de ponente. Se

78. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte II, artículo I, p. 7.

79. El 9 de mayo de 2020 ha vencido el mandato de la mitad de los miembros de la Comisión. Por las circunstancias originadas por la pandemia que asola nuestro país se ha dilatado el proceso electoral para su sustitución, fijándose las votaciones para los días 16 y 17 de julio, fuera ya del ámbito temporal de este trabajo, fechado y firmado el 30 de junio.

aprueban por mayoría, si bien es destacable que, hasta el momento presente, todos los dictámenes realizados han sido aprobados por unanimidad. El dictamen es trasladado inmediatamente después de su aprobación al juez o magistrado consultor, que lo tendrá en cuenta a la hora de su actuación en el foro, pero siempre desde una perspectiva orientativa, nunca como algo imperativo. Durante el año 2018 se aprobaron cinco dictámenes (consultas 1, 3, 6, 7 y 8/2018). A lo largo del año 2019 se aprobaron diecisiete dictámenes (consultas 10 y 11/2018 y 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18/2019). Durante el presente año 2020 se han aprobado cuatro dictámenes (consultas 20 y 21/2019 y 1 y 2/2020).

En algunas ocasiones la Comisión ha procedido a rechazar las consultas solicitadas por jueces, magistrados, juntas o asociaciones judiciales. Así ha sido cuando las consultas han girado en torno a cuestiones excesivamente abstractas, cuando buscaban la reprobación de otros jueces o tribunales o cuando estaban relacionadas con el tema de la abstención judicial, ya regulada jurídicamente en su lugar oportuno como deber legal. Durante el año 2018 se inadmitieron cuatro (consultas 2, 4, 5 y 9/2018). A lo largo del año 2019 se inadmitieron tres (consultas 4, 8 y 11/2019). En el actual año 2020 se han inadmitido dos (consultas 19/19 y 3/20). Adjunto como anexo a este trabajo una relación cronológica de los veintiséis dictámenes y de los nueve acuerdos de inadmisión emitidos por la *Comisión de Ética Judicial* desde su génesis hasta el momento actual, pues considero que puede resultar interesante observar la diversidad y naturaleza de los diferentes temas objeto de consulta.

Para los informes, de carácter excepcional, se prevé un plazo ligeramente mayor, llegando a los tres meses desde el momento en el que se acordó su elaboración. Dichos informes se adoptarán por mayoría, teniendo voto de calidad el presidente en caso de empate. Para que la Comisión se entienda válidamente constituida será necesaria la presencia de, al menos, cinco de sus miembros.

Especial interés reviste lo establecido por el texto en lo que hace referencia a los efectos de los actos y dictámenes llevados a cabo por la Comisión. El código establece textualmente que «los actos de la Comisión carecen de fuerza jurídica obligatoria y de efectos vinculantes»[80]. Igualmente se señala que quedan fuera de las atribuciones de la Comisión aquellas cuestiones que se encuentren previamente sometidas a expediente disciplinario, enjuiciamiento o investigación. El texto precisa así que la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria, ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad de los jueces, subrayando que «tampoco la actividad de la Comisión servirá de referencia o complemento en las actuaciones tendentes a dirimir responsabilidades civiles, penales o disciplinarias, salvo que redunde en beneficio del interesado»[81]. Esta última cláusula resulta a mi juicio más que discutible, pues parece abrir en la práctica una puerta para que los informes de la Comisión puedan ser

80. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte II, artículo 6.1, p. 10.
81. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* parte II, artículo 1.2, p. 7.

valorados en los expedientes y actuaciones disciplinarias futuras que puedan incoarse contra los jueces.

En cuanto a la publicidad, el texto prevé la elaboración por parte de la *Comisión de Ética Judicial* de un informe o memoria anual en el que se recojan todas las actividades llevadas a cabo. De momento se cuenta con el informe correspondiente a las actividades desempeñadas durante su primer año de funcionamiento. En esta memoria se incide en que buena parte de las consultas planteadas a la Comisión revelan la preocupación de jueces y magistrados por el mantenimiento de la apariencia del principio de imparcialidad. Igualmente se subraya el interés mostrado por los miembros de la Carrera Judicial sobre su posible participación tanto en actividades formativas como en redes sociales y en medios de comunicación. También sobre su eventual intervención como docentes en cursos organizados por despachos profesionales y por universidades privadas[82].

Se explicita pues la necesidad de hacer públicas por parte del *Consejo General del Poder Judicial* las actuaciones de la Comisión, garantizando su máxima difusión posible. Esto es importante porque la obtención de unos cauces adecuados de transmisión de la información a la hora de hacer públicas cuestiones relacionadas con el ámbito de lo jurídico, en sus muy diversas formas, se considera instrumento preferente para que el fenómeno jurídico pueda alcanzar su propia legitimidad. Como señala con acierto Daniel Oliver Lalana, parafraseando a Jeremy Bentham, la infrautilización de los potenciales comunicativos del Derecho es «una modalidad más de injusticia»[83]. Que las decisiones de la Comisión carezcan de fuerza jurídica no es razón suficiente para su exclusión de todo este proceso de difusión informativa, pues contribuyen a dotar de legitimidad ética las actuaciones y decisiones jurídicas.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Cuando en España el *Consejo General del Poder Judicial* decidió, por las razones ya expuestas, introducir concepciones éticas que pudieran servir de guías en el desempeño de la actividad jurisdiccional, se le presentó una importante disyuntiva: elaborar un Código deontológico de obligado cumplimiento o un Código ético con principios y valores de carácter orientativo, ajeno a cualquier tipo de régimen disciplinario y sancionador. A mi juicio acertó plenamente al considerar esta segunda alternativa, pues la asociación entre obligación jurídica y obligación moral es muchas veces discutible, como también lo es la pretensión de funcionar en el campo de la Moral con estímulos negativos, a través de sanciones y castigos.

La opción elegida parece la más adecuada. No así, en mi opinión, algunos aspectos formales que considero importante resaltar. En primer lugar, el título adoptado: *Principios de Ética Judicial,* que hace referencia directa a la primera parte del texto, pero

82. *Memoria anual de las actividades realizadas por la Comisión de Ética Judicial, de 6 de junio de 2019.*
83. Oliver, 2011: 341.

parece olvidar la segunda, la que regula la creación de la *Comisión de Ética Judicial,* que es precisamente la más novedosa y la que le otorga al resultado final una mayor singularidad. Creo que el título más oportuno y ajustado al verdadero contenido del texto hubiera sido el de *Código Ético Judicial,* que es por ello el que sigo a lo largo del presente trabajo.

En segundo lugar, tampoco resulta en mi opinión afortunada la división en capítulos de la parte primera, que contrasta con la separación en artículos para desarrollar la parte segunda. Esta falta de homogeneidad en el resultado final parece difícilmente defendible. Podría aducirse, sin excesiva fortuna, que al gozar de carácter imperativo para sus miembros, la *Comisión de Ética Judicial* requería una articulación que no necesitaba la parte de los principios éticos. Esta falta de uniformidad puede llegar a confundir y desde luego parecía evitable. Da la sensación de tratarse de dos textos independientes pegados, sin mayor preocupación formal que la mera división en dos partes, con un preámbulo que podría considerarse común.

No obstante estos aspectos formales, que deberían haber sido tratados con una mayor atención, lo cierto es que en relación al contenido material el resultado final del texto me parece razonablemente satisfactorio. El Código resultante advierte de peligros, incorpora reflexiones, ensaya guías de conducta, proporciona principios y virtudes… que cada juez y magistrado deberá pensar y aplicar en su práctica judicial. Uno de los miembros de la *Comisión de Ética Judicial,* Eduardo López Causapé, sintetiza el objeto preferente del texto, que a su juicio no es otro que lograr «la excelencia»[84].

Esta búsqueda prioritaria de la excelencia encuentra cumplida explicación en la propia naturaleza de la función jurisdiccional, pues fomentar la excelencia en la labor de los jueces y magistrados equivale a fomentar la mejora del funcionamiento del sistema jurídico en su conjunto, incrementando así los beneficios de los usuarios de la administración de justicia[85]. En este sentido, Josep Aguiló subraya que «el tema propio y autónomo de la ética judicial es el de la excelencia en la práctica de la jurisdicción»[86]. Como bien señala al respecto Andrés García Inda, «un código ético no pretende solo configurar un marco básico para un ejercicio *correcto* de la jurisdicción (el "buen" juez), sino apuntar o estimular también en un contexto de trabajo en el que buscar el ejercicio *bueno* de la jurisdicción (el "mejor" juez, o el juez "excelente")»[87].

En el tránsito de la simple corrección, en su doble vertiente material y procedimental, a la excelencia, que incorpora a su vez componentes éticos, observo un elemento clave que puede marcar el futuro de la profesión judicial en España. Que un juez sea capaz de alcanzar un nivel de excelencia en su misma actividad jurisdiccional supone además incrementar su propia autoridad, lo que sin duda facilita la aceptación social de sus decisiones.

84. Así se manifestó en noviembre de 2019 en la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Zaragoza ya reseñada.
85. Así: Atienza, 2003: 46.
86. Aguiló, 2013: 62.
87. García, 2019: 20.

Pero se trata más de una aspiración. Y no es algo nuevo. Ya en 1975, en un completo estudio sociológico sobre la figura del juez en nuestro país, José Juan Toharia reflejaba lo lejos que se encontraban los jueces y magistrados españoles del modelo que ellos mismos consideraban como ideal[88]. Lo cierto es que, como apunta Rodolfo Vigo con intención, «a la sociedad lo que le interesa es contar con "buenos" o los "mejores" jueces, y ésta es una definición que excede a lo jurídico e instala la consideración en el campo de la ética»[89].

Por otro lado, resulta importante volver a subrayar en estas conclusiones que los *Principios de Ética Judicial* no obligan, pues simplemente marcan deberes éticos, no obligaciones jurídicas. La disposición final que cierra el *Código Ético Judicial* señala al respecto que «los presentes "Principios de Ética Judicial" no podrán utilizarse en ningún caso, ni directa ni indirectamente, con finalidad disciplinaria, salvo que redunde en beneficio del sujeto»[90]. El comentario que me suscita esta última frase es distinto al que he mantenido a la hora de hablar de los dictámenes de la *Comisión de Ética Judicial.* Entiendo que en este caso hay que aceptar que las reglas disciplinarias que recoge la *LOPJ* no pueden aplicarse de forma opaca, sin tener en cuenta los principios subyacentes. Por ello, independientemente de su inclusión o no el *Código Ético Judicial,* dichos principios operan en materia disciplinaria aunque sea de forma subsidiaria como instrumentos auxiliares interpretativos.

Sí considero acertada la constitución de una *Comisión de Ética Judicial.* Tanto su misma concepción y génesis como su filiación, pues el no pertenecer formalmente al *Consejo General del Poder Judicial* garantiza una cierta independencia, que en cualquier caso debe matizarse, como ya he señalado con anterioridad, vista la absoluta dependencia económica que sufre la Comisión con respecto al Consejo General. Su fundamentación entiendo que se encuentra en el propio *Código Ético Judicial,* que es el que ciertamente lo establece y regula.

En lo que hace referencia a los peligros que puede conllevar el *Código Ético Judicial,* observo dos problemas que, a la larga, podrían llegar a presentarse alterando el espíritu que lo gestó. Esos peligros en realidad no provienen del Código en sí mismo, sino de una deficiente aplicación de sus principios por parte de la *Comisión de Ética Judicial,* pues en mi opinión un control excesivamente minucioso de la «eticidad» que debe marcar la actividad de los jueces y magistrados puede acabar por diseñar, e imponer, un concreto «modelo de juez», entrometiéndose de forma inadmisible no solo en su actividad profesional sino incluso en su misma vida personal.

Igualmente es necesario subrayar a mi juicio la presencia de un segundo peligro, que se presenta de forma más latente que aparente, y que de nuevo gravita en torno a dicha *Comisión de Ética Judicial.* Me estoy refiriendo a la posibilidad de que sus miembros den un paso más, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, que deberían

88. Toharia, 1975: 135.
89. Vigo, 2006: 294.
90. *Principios de Ética Judicial..., op. cit.,* disposición final, p. 11.

circunscribirse a los ámbitos éticos, y decidan entrar, incluso de forma inconsciente, a revisar y valorar criterios de decisión jurisdiccional.

Sirva como ejemplo el *Dictamen (Consulta 1/2019), de 08 de abril de 2019, sobre imparcialidad. Información obtenida fuera del proceso.* En dicho dictamen los miembros de la *Comisión de Ética Judicial* franquean en mi opinión el límite de sus atribuciones, entrando en el ejercicio del poder judicial al revisar y comentar de manera preventiva criterios de decisión. Se consulta un caso de juicio sobre invalidez en el que se aportan pruebas médicas contradictorias. El actor manifiesta lesión que le limita la capacidad de andar. Dos horas después del juicio y de forma casual el juez coincide en una estación con el actor y observa que anda normalmente. La consulta gira en torno a si dicho juez puede tomar en consideración tal conocimiento para resolver el caso.

Ante dicha consulta, la *Comisión de Ética Judicial* emite la siguiente opinión: «Si, como consecuencia de los hechos de los que ha tenido conocimiento fuera del proceso, el juez se ve inclinado a emitir una decisión en un sentido distinto a aquel en que hubiera resuelto de no tener ese conocimiento, puede valorar la posibilidad de abstenerse y, si no existiere causa legal de abstención, debería prescindir, en la valoración probatoria, del conocimiento de esos hechos obtenido fuera del proceso»[91].

A mi juicio la *Comisión de Ética Judicial* analiza en este dictamen de forma explícita el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Más que orientar sobre el deber de imparcialidad que debe marcar el proceso de toma de decisiones de jueces y magistrados, la *Comisión de Ética Judicial* entra de lleno a través del mencionado dictamen en criterios de decisión jurisdiccional, pues en mi opinión está no solo revisando, sino incluso censurando, de forma preventiva, la actuación del poder judicial. Sin entrar a discutir la respuesta dada, tendente a salvaguardar la seguridad jurídica, lo cierto es que con este dictamen los miembros de la Comisión parecen estar extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones.

En cuanto a posibles propuestas, estimo que vista la situación en la que se encuentra la Administración en España, podría resultar conveniente el fomentar paralelamente la introducción de esos mismos componentes de «eticidad» en todos aquellos «tribunales administrativos independientes» que, como los tribunales contractuales, el tribunal del deporte o los tribunales tributarios, realizan importantes funciones de control en sectores principales de la actividad pública. Esta introducción de cánones de moralidad sobre toda la actividad jurisdiccional, independientemente de la naturaleza del tribunal, resulta altamente conveniente, aunque solo fuera porque, como señala Martin D. Farrel, «el juez virtuoso es, sencillamente, aquel juez que cumple mejor con sus deberes morales»[92].

91. Comisión de Ética Judicial, *Dictamen (Consulta 1/2019), de 8 de abril de 2019. Imparcialidad. Información obtenida fuera del proceso. Uso de internet para buscar información sobre las partes, sus abogados o el objeto de la controversia*, p. 5.
92. Farrel, 2003: 150.

En lo referente a propuestas de análisis futuro, sería muy interesante estudiar las verdaderas relaciones entre los principios que el *Código Ético Judicial* establece y los procesos decisorios reales, en los que juegan un rol fundamental tanto la intuición como el resto de mecanismos mentales de los propios jueces. También sería un estudio provechoso el análisis de las posibles colisiones que se puedan producir entre los principios, observando la forma en la que la *Comisión de Ética Judicial* proceda a resolverlas, y entre las virtudes, pues parece claro que cuando un juez experimenta un «dilema moral» algunas virtudes pueden haber entrado en conflicto. Un tercer campo de estudio consistiría en intentar diferenciar entre los principios aplicables a la función jurisdiccional y aquellos principios aplicables únicamente a la conducta personal de los jueces, trabajo de difícil realización práctica al no ser sencillo desligar ambos grupos[93]. Por último, dada la evidente trascendencia que tiene la tarea de educar en virtudes a quienes van a tomar decisiones en contextos jurídicos, analizar como se está desarrollando dicha labor en nuestras facultades de Derecho, estudiando la presencia y valor real de la Ética jurídica en los diferentes planes de estudios actuales.

Y en cuanto a los retos a afrontar, observo dos grandes desafíos que la *Comisión de Ética Judicial* deberá satisfacer. En primer lugar, el no extralimitarse invadiendo esferas que no le correspondan, restringiendo con exclusividad su quehacer al ámbito ético. Y, en segundo lugar, que a partir de la aplicación mesurada de los principios recogidos en el *Código Ético Judicial* vaya construyendo un edificio ético sólido que, en mi opinión, deberá sostenerse en torno a dos pilares de especial importancia: guía ética y compromiso con la justicia. Guía a los jueces a la hora de introducir principios y valores claros que puedan orientar sus actuaciones tanto en el foro como fuera de él; compromiso adquirido con los ciudadanos en aras a conseguir una justicia lo más justa posible, redundancia que precisamente en este caso no lo es.

Parece indudable que el juez se encuentra en una relación especial con respecto a la justicia, no sólo porque se incorpora constitucionalmente como valor reconocido en la mayor parte de los sistemas democráticos occidentales sino porque los profesionales del Derecho, entre los que los jueces ocupan un lugar obviamente preferente, deben luchar por la justicia por tratarse de un valor moral socialmente impuesto. En este sentido, como bien señalaba Torstein Eckhoff, la justicia se ha convertido en una de las principales columnas que sustentan el sistema social, al estructurar a su alrededor buena parte de las posibles interacciones sociales[94].

El *Código Ético Judicial* subraya la independencia, la imparcialidad y la integridad como los más importantes principios éticos que deben informar la actuación de la judicatura. Sin embargo, en mi opinión, por encima de todos ellos se eleva la justicia[95]. Valor y principio esencial que se alza, a veces con gran dificultad, por encima del resto.

93. Como bien apunta el profesor Daniel Oliver Lalana, a quien agradezco sus agudas observaciones como paciente lector del manuscrito original.
94. Eckhoff estudia la existencia de principios de justicia observables, analizando su influencia sobre las interacciones sociales para llegar a criterios materiales de lo justo. Véase: Eckhoff, 1974.
95. Sobre las relaciones entre Derecho y Justicia, por todos, el lúcido análisis de: Dreier, 2018.

Su búsqueda por parte de los jueces se revela como elemento diferencial con respecto al resto de profesiones, cuyas actividades aparecen informadas por otros principios.

Concluyo ya. Hace alrededor de cien años el iusnaturalista neokantiano Rudolf Stammler afirmó que la idea puede compararse con «la estrella polar que nos guía a través de los hechos de la experiencia»[96]. Si la estrella polar sirve de referencia para los navegantes, que la idea de justicia sirva igualmente a nuestros jueces y magistrados para orientar su camino entre las procelosas aguas del Derecho positivo. Y que la prudente aplicación de estos *Principios de Ética Judicial* pueda ayudar como instrumento auxiliar en tan apasionante reto.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, J., 2009: «Dos concepciones de la ética judicial», *Doxa,* 32: 525-540.

Aguiló Regla, J., 2013: «Ética judicial y Estado de Derecho», en García Pascual, C (coord.), *El buen jurista. Deontología del derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch: 61-84.

Álvarez Sacristán, I., 2020: *Deontología ante las profesiones jurídicas,* La Coruña, Colex.

Amaya, A., 2015: «Virtudes y Filosofía del Derecho», en Fabra, J. L., y Spector, E (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho,* III, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México: 1758-1809.

Amaya, A., 2017: «Virtudes y razonamiento probatorio», *Diálogos jurídicos,* 2: 19-36.

Aparisi Miralles, Á., 2006: *Ética y deontología para juristas,* Pamplona, EUNSA.

Atienza Rodríguez, M., 2001: «Ética judicial», *Jueces para la democracia*, 40: 17-18.

Atienza Rodríguez, M., 2003: «Ética judicial: ¿por qué no un código deontológico para jueces?», *Jueces para la democracia*, 46: 43-46.

Bachof, O., 1963: *Jueces y Constitución,* Madrid, Taurus.

Bodas Martín, R., 2005: «Las garantías éticas del proceso», en: Urbano Castrillo, E (dir.), *Ética del juez y garantías procesales,* Madrid, Consejo General del Poder Judicial: 363-393.

Boehmer, G., 1959: *El Derecho a través de la jurisprudencia. Su aplicación y creación,* Barcelona, Bosch.

Bulygin, E., 2003: «Los jueces ¿crean derecho?», en: Malem, J., Orozco, J., y Vázquez, R (comps.), *La función judicial. Ética y democracia,* Barcelona, Gedisa: 21-37.

Calamandrei, P., 2007: *Demasiados abogados,* Madrid, Editorial Reus.

De Asis Roig, R., 2017: «Sobre la ética judicial. Reflexiones al hilo de los "Principios de ética judicial" del Consejo General del Poder Judicial», *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ,* 34: 1-16.

De la Torre Díaz, F. J., 2000: *Ética y Deontología jurídica,* Madrid, Dykinson.

Dreier, R., 2018: *Derecho y Justicia,* Santiago de Chile, Olejnik.

Eckhoff, T., 1974: *Justice, it´s determinants in social interaction*, Rotterdam, Rotterdam University Press.

96. Stammler, 1930: 17.

Ezquiaga Ganuzas, F. J., 2003: «Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley», en: Malem, J., Orozco, J., y Vázquez, R (comps.), *La función judicial. Ética y democracia,* Barcelona, Gedisa: 39-55.

Farrel, Martin D., 2003: «La ética de la función judicial», en: Malem, Jorge, Orozco, Jesús, y Vázquez, Rodolfo (comps.), *La función judicial. Ética y democracia,* Barcelona, Gedisa: 147-162.

Fernández García, E., 2008: «Los jueces buenos y los buenos jueces. Algunas sencillas reflexiones y dudas sobre la ética judicial», *Derechos y Libertades,* 19: 17-35.

Fernández-Viagas Bartolomé, P., 1997: *El juez imparcial,* Granada, Comares.

Ferrater Mora, J., 1979: *Diccionario de Filosofía,* III, Madrid, Alianza Editorial.

García Inda, A., 2019: «Ética y deontología judicial», en: ID., *Apuntes de Derecho y Ética,* Zaragoza (inédito), 27 pp.

Gómez Garrido, L. M., 2020: *Independencia judicial: el espacio de la discreción,* Barcelona, Atelier.

Grande, M., Almoguera, J., y Jiménez, J., 2006: *Ética de las profesiones jurídicas,* Bilbao, Desclée De Brouwer.

Hernández Marín, R., 2005: *Las obligaciones básicas de los jueces,* Madrid, Marcial Pons.

Hierro Sánchez-Pescador, L. L., 2013: «Deontología de las profesiones jurídicas. Una discusión académica», en: García Pascual, Cristina (coord.), *El buen jurista. Deontología del Derecho,* Valencia, Tirant lo Blanch: 269-301.

Hortal Alonso, A., 2002: *Ética general de las profesiones,* Bilbao, Desclée De Brouwer.

Laporta, F., 2002: «Imperio de la ley y seguridad jurídica», en: Díaz, E., y otros (eds.), *Estado, justicia, derechos,* Madrid, Alianza Editorial: 105-132.

Larenz, K., 1985: *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica,* Madrid, Civitas.

Lariguet, G., 2013: «El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces», *Doxa,* 36: 107-126.

Lariguet, G., 2017: «Positivismo jurídico hartiano, holismo dworkiniano y virudes judiciales», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* 20: 65-80.

Macintyre, A., 1987: *Tras la virtud,* Barcelona, Crítica.

Malem Seña, J., 2001: «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», *Doxa,* 24: 379-403.

Malem Seña, J., 2003: «La vida privada de los jueces», en: Malem, J., Orozco, J., y Vázquez, R (comps.), *La función judicial. Ética y democracia,* Barcelona, Gedisa: 163-179.

Miraut Martín, L., 2008: «La paradoja del perfeccionamiento moral de la función judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho,* XXV: 57-78.

Oliver Lalana, Á. D., 2011: *Legitimidad a través de la comunicación. Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del Derecho,* Granada, Comares.

Pérez Valera, V. M., 2002: *Deontología jurídica: La ética en el ser y el quehacer del abogado,* México, Oxford.

Picó y Junoy, J., 1998: *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación,* Barcelona, Bosch.

Reichel, H., 2003: *La ley y la sentencia,* Madrid, Editorial Reus.

Requejo Pagés, J. L., 1989: *Jurisdicción e independencia judicial,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Rodríguez-Toubes Muñiz, J., 2010: «Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* 20: 92-118.

Rubio Correa, M. A., 2018: *Manual de razonamiento jurídico. Pensar, escribir y convencer, un método para abogados,* Santiago de Chile, Olejnik.

Salas, M. E., 2007: «¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la Ética y de la Deontología jurídica», *Doxa,* 30: 581-600.

Sancho Gargallo, I., 2007: «Ética Judicial: el paradigma del buen Juez», *ICADE,* 72: 117-138.

Simon, D., 1985: *La independencia del juez,* Barcelona, Ariel.

Stammler, R., 1930: *Tratado de Filosofía del Derecho,* Madrid, Reus.

Toharia, J. J., 1975: *El juez español. Un análisis sociológico,* Madrid, Tecnos.

Toharia, J. J., 2005: «¿De qué se quejan los españoles cuando hablan de su administración de justicia?», en: Urbano Castrillo, E (dir.), *Ética del juez y garantías procesales,* Madrid, Consejo General del Poder Judicial: 97-135.

Urbano Castrillo, E., 2005: «Deontología judicial: el arquetipo de juez de nuestra época», en: Id (dir.), *Ética del juez y garantías procesales,* Madrid, Consejo General del Poder Judicial: 395-466.

Valldecabres Ortiz, M. I., 2004: *Imparcialidad del juez y medios de comunicación,* Valencia, Tirant lo Blanch.

Vicente y Guerrero, G., 2019: «Ética de las profesiones jurídicas. La Ética Judicial», en: ID., *Apuntes de Filosofía del Derecho,* cap. VIII, Zaragoza (inédito), 27 pp.

Vicente y Guerrero, G., 2020: «Jurisprudencia foral y Derecho histórico», en: Bayod López, C., y Serrano García, J. A (coords.), *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1989-2019),* Valencia, Tirant lo Blanch: 1711-1767.

Vigo, R. L., 2006: «Ética judicial e interpretación jurídica», *Doxa,* 29: 273-294.

VI. ANEXO. RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LOS DICTÁMENES EMITIDOS POR LA *COMISIÓN DE ÉTICA JUDICIAL*

1. martes, 23 de octubre de 2018

Dictamen (Consulta 1/2018), de 23 de octubre de 2018. Principio de imparcialidad; petición de audiencia o entrevista del letrado/a de una de las partes.

2. martes, 23 de octubre de 2018

Acuerdo (Consulta 2/2018), de 23 de octubre de 2018. Inadmisión; incompetencia de la Comisión; carácter personal de las consultas.

3. martes, 23 de octubre de 2018

Dictamen (Consulta 3/2018), de 23 de octubre. Participación de juez/a en actividad formativa o divulgativa organizada por un despacho profesional; imparcialidad; apariencia de imparcialidad; derecho y deber de formarse.

4. martes, 23 de octubre de 2018

Acuerdo (Consulta 4/2018), de 23 de octubre de 2018. Inadmisión; objeto de las consultas; actuaciones que presenten un dilema práctico a la luz de los Principios de Ética Judicial.

5. martes, 23 de octubre de 2018

Acuerdo (Consulta 5/2018), de 23 de octubre de 2018. Inadmisión; carácter genérico de la consulta.

6. lunes, 3 de diciembre de 2018

Dictamen (Consulta 6/2018), de 3 de diciembre de 2018. Principio de integridad; Dirección de cursos de formación; selección de familiares como ponentes.

7. lunes, 3 de diciembre de 2018

Dictamen (Consulta 7/2018), de 3 de diciembre de 2018. Principios de imparcialidad y mantenimiento de la apariencia de imparcialidad; participación como docente en cursos organizados por despacho profesional junto con universidad privada; valoración de los riesgos en atención a las concretas circunstancias.

8. lunes, 3 de diciembre de 2018

Dictamen (Consulta 8/2018), de 3 de diciembre de 2018. Principio de imparcialidad; formulación de queja por un abogado posteriormente archivada; evitación de sesgos inconscientes o prejuicios.

9. lunes, 3 de diciembre de 2018

Acuerdo (Consulta 9/2018), de 3 de diciembre de 2018. Inadmisión. Carácter personal de las consultas; sobre el deber ético de renunciar a candidatura a vocal del CGPJ.

10. miércoles, 23 de enero de 2019

Dictamen (Consulta 11/2018), de 23 de enero de 2019. Principio de imparcialidad. Ejercicio de las facultades del Juez en la mediación judicial.

11. martes, 12 de febrero de 2019

Dictamen (Consulta 2/19), de 12 de febrero de 2019. Incidencia del ámbito de relación social del juez en el principio de imparcialidad.

12. martes, 12 de febrero de 2019

Dictamen (Consulta 3/2019), de 12 de febrero de 2019. Participación de juez/a en actividad formativa o divulgativa organizada por Colegio de abogados; imparcialidad; apariencia de imparcialidad; derecho y deber de formarse.

13. martes, 12 de febrero de 2019

Acuerdo (Consulta 4/2019), de 12 de febrero de 2019. Inadmisión. Tratamiento y honores que corresponden a magistrados suplentes y jueces sustitutos. Falta de competencia de la Comisión.

14. lunes, 25 de febrero de 2019

Dictamen (Consulta 10/18), de 25 de febrero de 2019. Implicaciones de los principios de ética judicial en el uso de redes sociales por los miembros de la carrera judicial.

15. lunes, 8 de abril de 2019

Dictamen (Consulta 1/2019), de 8 de abril de 2019. Imparcialidad. Información obtenida fuera del proceso. Uso de internet para buscar información sobre las partes, sus abogados o el objeto de la controversia.

16. lunes, 8 de abril de 2019

Dictamen (Consulta 5/2019), de 8 de abril de 2019. Integridad y apariencia de imparcialidad. Publicación de una obra elaborada por un juez en editorial propiedad de profesional que actúa como administrador concursal en el juzgado del consultante.

17. lunes, 8 de abril de 2019

Dictamen (Consulta 6/2019), de 8 de abril de 2019. Función pedagógica de explicación de la ley. Publicaciones en medios de comunicación y revistas científicas a partir de los conocimientos sobre temas que han sido objeto de sentencias.

18. miércoles, 5 de junio de 2019

Dictamen (Consulta 7/19), de 5 de junio de 2019. Imparcialidad. Información obtenida fuera del proceso. Uso de internet para buscar información sobre las partes, sus abogados o el objeto de la controversia. Sobre el dictamen (Consulta 1/19).

19. miércoles, 5 de junio de 2019

Acuerdo (Consulta 8/19), de 5 de junio de 2019. Inadmisión. Deber legal de denuncia. Incompetencia de la Comisión para pronunciarse sobre materias ajenas a los Principios de Ética Judicial.

20. miércoles, 12 de junio de 2019

Dictamen (Consulta 9/19), de 12 de junio de 2019. Principios de independencia e imparcialidad. Implicaciones éticas del principio *secundum allegata e probata.*

21. miércoles, 12 de junio de 2019

Dictamen (Consulta 10/19), de 12 de junio de 2019. Principio de integridad. Consideraciones éticas sobre la aceptación de regalos o cortesías.

22. miércoles, 12 de junio de 2019

Acuerdo (Consulta 11/19), de 12 de junio de 2019. Inadmisión. Falta de competencia de la Comisión para atender quejas sobre el comportamiento ético de otros jueces.

23. lunes, 30 de septiembre de 2019

Dictamen (Consulta 12/19), de 30 de septiembre de 2019. Principios de integridad e imparcialidad. Nombramiento discrecional de cargos judiciales: visitas de los candidatos a Vocales del CGPJ fuera del trámite de audiencia pública.

24. lunes, 30 de septiembre de 2019

Dictamen (Consulta 13/19), de 30 de septiembre de 2019. Principios de independencia, imparcialidad e integridad. Reconocimientos, distinciones o condecoraciones otorgadas por instituciones públicas a miembros de la Carrera Judicial.

25. lunes, 30 de septiembre de 2019

Dictamen (Consulta 14/19), de 30 de septiembre de 2019. Principio de imparcialidad. Actividad docente de un miembro de la Carrera Judicial: eventualidad de que el director del departamento universitario pueda actuar ante el órgano jurisdiccional del que es titular.

26. miércoles, 23 de octubre de 2019

Dictamen (Consulta 15/19), de 23 de octubre de 2019. Libertad de expresión del juez o jueza. Participación en documental televisivo sobre asunto penal del que se ha sido instructor.

27. miércoles, 23 de octubre de 2019

Dictamen (Consulta 16/19), de 23 de octubre de 2019. Principio de imparcialidad. Participación del juez o jueza en actividad formativa organizada por corporación local cuyo alcalde o alcaldesa es sujeto pasivo de un proceso penal.

28. miércoles, 23 de octubre de 2019

Dictamen (Consulta 17/19), de 23 de octubre de 2019. Consideraciones éticas sobre la relación entre jueces y periodistas que cubren información de los tribunales.

29. miércoles, 23 de octubre de 2019

Dictamen (Consulta 18/19), de 23 de octubre de 2019. Principio de integridad. Sobre si existe un deber ético de comunicar al servicio de prevención de riesgos laborales del CGPJ los padecimientos psicológicos que afecten al juez o jueza.

30. lunes, 10 de febrero de 2020

Dictamen (Consulta 21/19), de 10 de febrero de 2020. Libertad de expresión del juez o jueza: permisibilidad de la crítica doctrinal de una resolución del Tribunal Constitucional o de otros tribunales.

31. lunes, 10 de febrero de 2020

Dictamen (Consulta 01/20), de 10 de febrero de 2020. Consideraciones éticas sobre la posición de un magistrado que desempeña una comisión de servicios en una sección penal de la Audiencia Provincial y que pasará a tomar posesión de una plaza en la Sala Penal de un Tribunal Superior de Justicia en la que conocerá de los recursos de apelación contra resoluciones dictadas por aquella sección de la Audiencia Provincial.

32. lunes, 16 de marzo de 2020

Dictamen (Consulta 02/20), de 16 de marzo de 2020. Imparcialidad; Participación del juez, con anterioridad al proceso, en actividades de formación organizadas por un colegio profesional.

33. lunes, 16 de marzo de 2020

Acuerdo (Consulta 19/19), de 16 de marzo de 2020. Inadmisión; consulta que no plantea un dilema ético propio: comunicados de asociaciones profesionales sobre concretas resoluciones judiciales.

34. lunes, 16 de marzo de 2020

Dictamen (Consulta 20/19), de 16 de marzo de 2020. Imparcialidad; relación de amistad en el pasado con una de las partes; la comisión no es competente para apreciar la concurrencia de causas de abstención y recusación; esfuerzo especial por advertir si puede verse afectado por un prejuicio negativo o positivo para evitarlo.

35. lunes, 22 de junio de 2020

Acuerdo (Consulta 03/20), de 22 de junio de 2020. Inadmisión: improcedencia de denuncias de conductas ajenas o interrogantes sobre el cumplimiento de deberes éticos generales.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

La teoría alexiana de los principios y dos concepciones de la democracia*

Alexian Principles Theory and Two Conceptions of Democracy

Gabriel Encinas

Autor:
Gabriel Encinas
Scuola Superiore Sant'Anna, Italia
gabriel.encinas92@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-4338-9146

Recibido: 6-8-2020
Aceptado: 8-1-2021

Citar como:
Encinas, Gabriel, (2021). La teoría alexiana de los principios y dos concepciones de la democracia Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 377-407. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.15

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Gabriel Encinas

Resumen

El objetivo de este escrito se delimita a anotar la posibilidad de tender un puente conceptual. Éste mediaría entre la teoría de la democracia en sus versiones contemporáneas (más específicamente, tomando en cuenta la persistente tensión entre sus concepciones procedimentales y epistémicas) y la teoría de los principios (en cuanto desarrollo ulterior de la teoría de la argumentación jurídica y de los derechos en Robert Alexy). Para esto, se tomarán los siguientes pasos. Primero (1), un breve balance de los puntos de oposición actual entre concepciones procedimentales y epistémicas en la democracia. Después (2), un balance igualmente breve de las actuales teorías de los principios a partir de algunos de sus más relevantes postulados teórico-sistemáticos. Por último (3), una vez efectuados ambos mapeos, se presentan consideraciones que nos apuntan hacia la posibilidad de un futuro recorrido integrador entre ambas disciplinas.

Palabras clave: democracia epistémica; democracia procedimental; teoría de los principios; ponderación; democracia deliberativa; estándares independientes

Abstract

This article aims at pointing the possibility of drawing a conceptual bridge. It concerns democratic theory in its contemporary versions (more specifically, regarding the persistent tensions between its procedural and epistemic conceptions), and principles theory (as a further development of the theories on legal argumentation and basic rights of Robert Alexy). The following steps will be taken for this purpose. First (1), a brief overview will be provided on current points of contention among procedural and

* Agradezco especialmente a Francisco J. Campos Zamora y a dos árbitros anónimos por sus valiosos comentarios y sugerencias para el desarrollo de este texto. Todos los errores que en él persisten son de mi entera responsabilidad.

epistemic conceptions of democracy. Second (2), this will be followed by an equally brief overview on current principles theory, departing from some of its most relevant theoretical and systematic tenets. Finally (3), upon both mappings, considerations will be presented which point us towards the possibility of a future integrative approach between both disciplines.

Keywords: epistemic democracy; procedural democracy; principles theory; balancing; deliberative democracy; independent standards

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este escrito se delimita a anotar la posibilidad de tender un puente conceptual dirigido a mediar entre la teoría de la democracia en sus versiones contemporáneas (sobre todo tomando en cuenta la persistente tensión entre sus concepciones procedimentales y epistémicas) y la teoría de los principios (en cuanto desarrollo ulterior de la teoría de la argumentación jurídica y de los derechos en Robert Alexy).

La teoría de los principios incorpora rasgos de ambas concepciones, o al menos demuestra afinidades electivas[1]. Ahora bien, el único objetivo de este escrito es insistir sobre la posibilidad y deseabilidad de tal prospecto de recorrido. Sólo en futuras investigaciones, éste recorrido se podría dirigir por ejemplo al análisis sobre el acoplamiento de la racionalidad discursiva en la toma de decisiones de las distintas instituciones estatales; o, en forma más específica, resaltando la acumulación de criterios argumentativos y procedimentales para el control entre los distintos poderes del Estado. Estos se individualizan bajo distintas pragmáticas discursivas que corresponden a las diversas funciones de las instituciones estatales, aunque también éstas se pueden matizar en su diseño.

Para sostener lo anterior, tomaré los siguientes pasos. Primero, presentaré un breve balance de los puntos de oposición actual entre concepciones procedimentales y epistémicas de la democracia. Después, presentaré un balance igualmente breve de las actuales teorías de los principios a partir de algunos de sus más relevantes presupuestos teórico-sistemáticos. Una vez efectuados ambos mapeos, presentaré consideraciones que nos apuntan hacia la posibilidad de un futuro recorrido integrador entre ambas disciplinas.

1. LA OPOSICIÓN ENTRE CONCEPCIONES PROCEDIMENTALES Y EPISTÉMICAS DE LA DEMOCRACIA

A lo largo del pensamiento occidental, la democracia ha sido un concepto controvertido. Aquí sólo es dable enfatizar la alternatividad de posibles explicaciones para este tipo de persistente desacuerdo sobre los conceptos fundamentales. Una posibilidad afirmaría

1. Esto, sobre todo con respecto a su integración del rol formal y estructurante de la legitimación procedimental por una parte, y al rol de los estándares de derechos humanos y certeza que hacen un contrapeso a un ejercicio irrestricto de discrecionalidad por otra parte.

que la democracia es un «concepto esencialmente controvertido» y, como originalmente planteaba Gallie (1956), esto implicaría que no hay estándares que disciplinen el uso adecuado de la expresión[2]. Esto se asemeja a una tesis de *inconmensurabilidad* entre los diversos usos. Como propuesta alternativa, propongo recordar una distinción que suele reconducirse a John Rawls en su *A Theory of Justice* (1971), entre *conceptos* y *concepciones* (de la justicia)[3]. Así, partiremos de *concepciones* distintas de la democracia en cuanto distintas interpretaciones de sus elementos principales; es decir, de su contenido central, o su *concepto*[4]. En tal sentido ofreceré un esbozo esquemático de dos de sus principales concepciones[5].

Un primer ámbito donde podríamos encontrar oposición entre concepciones de la democracia nos referiría a las distancias contextuales en el tiempo o, sobre todo, en el espacio[6]. Ahora bien, para nuestros propósitos, es aún más relevante la diversidad de concepciones sobre la democracia al interior de una misma entidad política (y democrática). En el sentido de *concepción* apuntado, se trata de interpretaciones divergentes sobre una misma práctica o un mismo fenómeno social-institucional.

Por ejemplo, es notable la interpretación minimalista de la democracia en Joseph Schumpeter (1942). En su exilio en los Estados Unidos, Schumpeter desarrolló una concepción estrictamente ceñida al rol de la competencia y elección de elites o líderes en los procesos democráticos. Insistiendo en nuestro punto, el «material de entrada» para su teoría era, en buena medida, esa misma experiencia democrática estadounidense que llevaría a la visión procedimental pero más normativa sobre cómo diversos grupos de interés interactúan en la *polyarchy* de Robert Dahl (1971).

Dejando de lado tales propuestas, ciertamente aun relevantes, sólo podremos enfocarnos en el desarrollo indudablemente más notorio de la teoría de la democracia. Me refiero a la *democracia deliberativa*, que puede caracterizarse como una «familia» de teorías diversas que se oponen a delimitar la democracia a la mera agregación y negociación de preferencias y que advierten, en lugar de ello, que hay elementos y

2. «[D]ado que su apropiado uso por P_1 en una situación S_1 no ofrecerá pauta confiable alguna para nadie con respecto al uso consecuente, y acaso igualmente apropiado, de P_1 en alguna futura situación S_2» (Gallie, 1956: 172, nota al pie 1).

3. A su vez, tal distinción entre concepto y concepciones se retomó notablemente sobre el derecho por Dworkin (1986: 71, 90 y ss*;* sobre el tema, véase Koller, 2006 y otra postura en Kähler, 2019).

4. Forst (2013: 34) lo propone así: «Sólo las interpretaciones de un concepto – las concepciones – se pueden controvertir y no el concepto mismo en su significado nuclear. […] este contenido central puede contener criterios específicos para las formas posibles de emplear el concepto. De ello se siguen reglas generales para un uso correcto» (trad. libre).

5. Probablemente, los modelos *agonísticos* representen la principal variante que no podrá ser discutida en este escrito. Véase un balance sobre la relación entre el modelo de Chantal Mouffe, 1999; 2005 y el de Habermas en Erman, 2009.

6. Aunque la contextualización espacial tiene expresiones notables en la antigüedad, e.g. Aristóteles, sobre la justicia en Ética nicomáquea (1134b; consultado en Aristóteles, 1985: 254), sin duda, uno de los más potentes impulsos sustantivos y metodológicos sobre la sensibilidad contextual es el de Montesquieu. Véase Palombella, 2019: 24 y ss*,* sobre el arraigo social y multifactorial del derecho en Montesquieu.

potencial para el intercambio de razones en la democracia[7]. Enunciaré ciertos puntos centrales en la teoría de democracia deliberativa en la versión ofrecida por Habermas en *Facticidad y validez* [1992].

Ciertamente, la democracia deliberativa encuentra su contraparte en un minimalismo de élites a la Schumpeter. En forma más importante aún, la teoría de Habermas ofrece una síntesis integradora bien realizada que incluye elementos procedimentales (en el sentido institucional) sin limitarse a ellos. Principalmente a través de su noción de acoplamiento entre un concepto normativo de esfera pública e instituciones estatales a través de un «sistema de esclusas»[8], Habermas supera las teorías anteriores introduciendo elementos deliberativos en la idea misma de la representatividad. Estos elementos deliberativos bajo el principio inclusivo de la publicidad estarían ausentes en un modelo inmediato o de democracia directa[9].

Esto ilustra cómo, por una parte, se cuentan elementos procedimentales de participación y representación en la democracia que presentan indiferencia ante el contenido (*i.e.* ante el sentido concreto de las decisiones, de los procesos, o de los resultados elegidos por voluntad y representación democrática). Sin embargo, por otra parte, Habermas incluye criterios que también actúan como límites al contenido en su teoría del discurso. Ello, por el tipo de razonamiento práctico desarrollado originalmente en el marco de la ética del discurso y su teoría de la acción comunicativa. Una buena parte de estos límites se refieren a la falta de legitimidad que provocaría el déficit de inclusión como participantes a *todos los afectados* por las decisiones. Estos límites versan sobre los contenidos y no es obstáculo que Habermas les califique como *procedimentales*: esto se sigue más bien de que la *teoría* del discurso (como también la anterior ética del discurso) conciba al razonamiento práctico general como procedimental[10]. Así, más generalmente, se ha caracterizado a la democracia deliberativa en términos de «una concepción de la democracia como continuación de la discusión moral» (Barberis, 2006: 10)[11].

7. Véase Bohman, 1998: 401. Así, a un lado del notable esfuerzo sintetizador de Habermas, cabe insistir sobre la diversidad de concepciones de la *democracia deliberativa*. Hasta se ha sostenido que «[e]n rigor, se debería omitir cualquier referencia a tal (no-)concepto, y hablar directamente de cada concepción en particular» Barberis, 2006: 25. Adicionalmente, aunque el modelo habermasiano sea prominente, en la literatura en inglés destacan sobre todo las contribuciones relacionadas con las ideas de John Rawls y Joshua Cohen. Para una panorámica reciente, véanse las contribuciones en Bächtiger, Dryzek, Mansbridge y Warren, 2018.
8. Habermas, 2019 [1992]: 208 y ss; 429 y ss. Véase una útil esquematización en Mejía Quintana, 2014: 302.
9. Esta interpretación de la representatividad se enfatiza en Bello Hutt, 2019: 52, con referencia al modelo de Habermas y al argumento en Urbinati, 2000. Véase además la crítica a la oposición populista a la representatividad en Saffon y Urbinati, 2013.
10. En este sentido, véase Höffe, 2002 [1990]: 233 y ss, como crítico de la «procedimentalización» de la ética del discurso, advierte un riesgo de circularidad en la fundamentación de principios y normas morales ya que «en pocas palabras, los principios morales ya se contienen en las condiciones que establecen que un discurso sea ideal» (Höffe, 2002 [1990]: 241). *Cfr*. Müller-Doohm y Zucca, 2019: 52 y ss. Ello recuerda al cuerno de la «circularidad» que, en conjunto con los de «regreso al infinito» y corte arbitrario del procedimiento, integra el «trilema de Münchhausen» opuesto por Hans Albert a la ética discursiva, sobre todo bajo la búsqueda de *fundamentación última*. Véase Albert, 1985 [1968]: 18 y ss; Bäcker, 2012: 175-186; Campos Zamora, 2018: 29.
11. Mauro Barberis se refiere a la concepción de Nino sobre la democracia deliberativa.

Al menos sobre la experiencia del Estado liberal, una tesis principal de Habermas consiste en preservar una *co-originalidad* (*Gleichursprünglichkeit*) entre derechos humanos y democracia. Ninguno es anterior ni tiene primacía ante el otro. Más bien se implican mutuamente, cada uno es condición necesaria para realizar al otro en forma recíproca. Esto, ya que ambos serían expresiones del principio de autonomía, en sus vertientes de autonomía privada y autonomía pública respectivamente (Habermas, 2019 [1992]: esp. cap. 3; al respecto, véase Günther, 2016). Así también, en cuanto a orientaciones políticas generales, ambas dimensiones de la autonomía integrarían o englobarían estandartes característicos de las vertientes más liberales en síntesis con estandartes de las vertientes más republicanas. Como Habermas apunta, nociones claves como lo son el ideal normativo de la situación ideal del habla y el principio del discurso reconstruyen ideales liberales (kantianos) muy de cerca. La parte republicana viene expresada sobre todo en la idea de una democracia participativa y de no dominación, que incide en el principio del discurso, supeditando toda norma posible a aquellas emergidas de las discusiones que realmente ocurren en una entidad política.

Este ideal conciliador pronto se revela como punto de partida para ulteriores discusiones. El postulado habermasiano de la co-originalidad se define desde un inicio por el esfuerzo de integrar una serie de tensiones entre elementos irreductibles entre sí y potencialmente en conflicto[12]. Por ello, la actual oposición entre teorías procedimentales y teorías epistémicas de la democracia bien podría caracterizarse como la discrepancia entre dos acentos posibles para la resolución de estas tensiones, quizás sobre todo a la luz de los retos actuales de las democracias que ponen de relieve esas contradicciones que se buscan suspender en la concepción de Habermas[13]. Así, a continuación, primero me referiré a algunas de las diferencias específicas de la concepción epistémica y después a la concepción procedimental.

1.1. La concepción epistémica de la democracia

La concepción epistémica de la democracia afirma que hay estándares de validez (esto es, tanto de verdad o de corrección) que inciden en los procesos democráticos. Lo epistémico reside en que, no sin ambigüedad, se afirma la cognoscibilidad de tales

12. Cabe hacer hincapié en que la tesis de co-originalidad habermasiana pretende realizar una comprehensiva labor integradora con pares como derechos humanos y democracia, autonomía pública y privada, y estandartes liberales y republicanos.
13. Siguiendo la advertencia de Barberis, 2006: 25, conviene precisar de qué concepción particular se trata para poder apuntar si advertimos una intención estrictamente integradora (que puede sostenerse o no, ante sus propias tensiones), o si encontramos acentuaciones que la colocarían en un campo (más *epistémico*) o en otro (más *procedimental*). Como sugiere un árbitro anónimo, afortunadamente se puede dejar abierto si se deben identificar al respecto no sólo conceptos y concepciones sino ulteriores *subconcepciones* y, de ser así, si estas implican problemas para la distinción misma entre concepto y concepción.

estándares[14]. En forma relacionada, se oscila entre caracterizar a esta concepción como una defensa o como una justificación epistémica de la democracia.

Mi propuesta es que resulta conveniente distinguir un mínimo de tres órdenes en los que, según esta concepción, se suelen traer a colación las ideas de la verdad y de la corrección en la democracia.

En un primer orden, quizás el más cercano al objeto, destacan fuertes invocaciones al *teorema del jurado de* CONDORCET (ESTLUND, 1997: 267 y siguientes). En él, se postula que a mayor pluralidad (*tendente* al infinito) de individuos con *tendencia* a decidir correctamente en la mayoría de los casos, necesariamente se muestra una *tendencia* a converger sobre decisiones correctas. Tales tendencias se entienden en el sentido matemático. Sobre tal teorema, la democracia sería defendida como valiosa por ser algo así como un mecanismo para averiguar la verdad entre las posibilidades para una decisión. Así, lo que resulta es, en lugar de deliberación en sentido focal[15], una justificación *técnica* en el sentido de ser condicional y empírica. Deja de apoyar a la democracia ahí donde no se verifiquen las tendencias que son premisas del teorema de CONDORCET o, más en general, donde fuese demostrado que la realización de los procedimientos democráticos sólo guarda una relación contingente hacia la corrección en las decisiones (haciéndolas más fiables). En otras palabras, este punto no versa sobre un valor intrínseco de la democracia como sería el caso al considerársele una garantía y expresión de la autonomía[16].

En un segundo orden, las concepciones epistémicas de la democracia se refieren a la conjunción de «estándares independientes» sobre la verdad. Estos estándares son independientes de los procedimientos democráticos en sí y pueden darse desde la investigación científica o, como se suele referir, por la reflexión y deliberación moral o general (entre otras posibles «fuentes»). La deliberación inclusiva hace más confiable que se lleguen a empatar los resultados de los procesos democráticos con estos estándares, pero sin llegar a garantizar este paso.

Este último caso, involucrando a la moral (y al razonamiento práctico general) tiene notables consecuencias al empatarse con su «atrincheramiento», o la institucionalización de límites a los resultados democráticos posibles debido a su contenido. Por ejemplo, es notable la distinción entre «niveles» institucionales más fundamentales o con mayor rigidez. Podemos mencionar la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales o, en un primer nivel de concreción, al seno de la práctica constitucional: entre lo que ACKERMAN (1991) llamaba *política ordinaria* y *política constitucional*. Aquí se insiste en que tales aspectos conviene separarse del anterior («segundo orden»), es

14. Para su discusión, véase LANDEMORE, 2017: 280-281; SCHWARTZBERG, 2015; ESTLUND, 1997; y ya desde NINO, 1988: 98-99 y COHEN, 1986: 34.

15. LANDEMORE (2017: 292, nota 26) refiere este teorema bajo la *agregación de juicios*.

16. Podríamos hablar de un ideal de *justicia procesal perfecta* que subyace al teorema de CONDORCET (desde lo empírico). Véase el balance en TSCHENTSCHER, 1997; GAMA, 2019: 249 y ss. Sobre justificaciones instrumentales e intrínsecas de la democracia, véase ANDERSON, 2009 y, más allá de la democracia, hasta la idea misma de la autodeterminación colectiva, MARGALIT y RAZ, 1990: 451 y ss.

decir, de la verdad científica (o los resultados disponibles en ciencias y disciplinas). Los «estándares independientes» desde la argumentación moral, como sea que se conceptualicen, constituyen así un tercer orden o nivel.

Esta distinción entre tres órdenes no siempre se toma en cuenta en las discusiones sobre la concepción epistémica, arriesgando así el discutir indistintamente sobre pretensiones de *verdad*. En cambio, resulta menos demandante delimitarnos a hablar de *corrección*, objetividad o incluso validez intersubjetiva de estándares de la razón práctica[17].

Por lo apuntado, la discusión sobre las concepciones epistémicas de la democracia suele acompañarse de oscilación entre sus sentidos, o al menos por una desafiante heterogeneidad. Esto exige argumentar abarcando indistintamente desde el ámbito formal y empírico del *teorema de* CONDORCET, al ámbito fáctico sobre los resultados científicos, su fiabilidad, y su valoración en cuanto verdad ante la decisión democrática, e incluso hasta los ámbitos plenamente normativos y metaéticos de las cuestiones sobre la «existencia» o validez de estándares para el razonamiento práctico general que sean independientes al proceso democrático. Esto representa un serio desafío conceptual aún pendiente.

Además, la principal objeción ante las concepciones epistémicas de la democracia consiste en que, al someter la democracia a «estándares independientes», realmente se da pie para abandonarla, sin proporcionar elementos para afirmarla ante su mutación «epistocrática»:

> «Si las decisiones correctas son el objetivo de la política, ¿por qué no habrían de gobernar sólo los más sabios? ¿Cuál sería el punto de incluir a todos en primer lugar? Si es necesaria la participación de los ciudadanos, esto es así presumiblemente por razones que van más allá de la corrección de los resultados – por ejemplo, la libertad en condiciones de igualdad [*equal liberty*]» (trad. libre de SAFFON y URBINATI, 2013: 446).

1.2. La concepción procedimental de la democracia

En su valiosa contribución, SAFFON y URBINATI (2013) identifican a KELSEN y BOBBIO como antecesores paradigmáticos en la concepción procedimental de la democracia. En sus términos, la concepción procedimental de la democracia se ciñe a afirmar la legitimidad otorgada por los procedimientos democráticos mismos. Así, la observancia de procedimientos neutros y especialmente las fórmulas de mayoría se justificarían como medios idóneos para demostrar igual respeto y consideración a cada individuo (aunque haya de matizarse al tratarse de sus representantes).

En esta concepción, tal legitimidad resultaría necesaria y suficiente. Esto obedece principalmente al bien conocido hecho del desacuerdo profundo. Las sociedades contemporáneas albergan una diversidad de sectores, doctrinas, y en general, de posibles

17. Esto se enfatiza en SCHWARTZBERG, 2015.

orientaciones y sentidos elegidos desde lo individual que, en muchos casos, sería un disvalor intentar «superar» y que, en todo caso, sería muy difícil lograrlo. En ambos puntos es posible retomar una explicación en torno a las «cargas del juicio» que surgen en el libre ejercicio del razonamiento práctico y teórico (Rawls, 2005 [1993]: 54 y ss, *cfr.* Nussbaum, 2011; Lassman, 2011: cap. 3). Adicionalmente, el desacuerdo profundo llama la atención sobre un hiato entre fundamentación y motivación para la acción en las sociedades complejas y pluralistas. Precisamente en ello residiría la función tan fundamental de los procedimientos como condiciones de posibilidad para la estabilidad y cooperación bajo términos justos y equitativos – aún en sociedades tan diversas como los Estados Unidos.

Ahora bien, tales argumentos no llegan a determinar compromisos en contra o a favor de la posibilidad de estándares objetivos en la moralidad. Sin embargo, ciertamente se suelen invocar argumentos efectivos contra un robusto y dudoso *realismo* moral. Ese *realismo* moral incurre en un *error*[18] al postular estándares morales en cuanto *hechos* preexistentes «ahí afuera» o intuiciones inescrutables[19]. De forma relacionada, esta postura procedimental sobre la democracia suele acompañarse de un relativismo metaético, similarmente al tratamiento por Hans Kelsen (1929)[20].

Saffon y Urbinati (2013) colocan al centro el *hecho del desacuerdo* para entonces defender su postura procedimental en cuanto defensa normativa de la democracia[21]. La razón principal es que, dado el desacuerdo en la política y su naturaleza (a menudo) irreconciliable, «imponer un estándar sustantivo a las decisiones democráticas amenazaría la libertad.» (Saffon y Urbinati 2013: 442).

Anticipemos que lo enunciado por Saffon y Urbinati es cierto, siempre y cuando también anotemos que la formulación sobre la «imposición» de un «estándar sustantivo» posee una indeterminación relevante. La pregunta pendiente consiste en los elementos (potencialmente expansivos) que distinguirían la «imposición» de un «estándar sustantivo» respecto al control de constitucionalidad en el Estado de derecho. Así, al señalar

18. *Locus classicus*: el argumento de la rareza (*queerness*) en Mackie, 1977.

19. Tal crítica no toca las variedades «constructivistas» en la metaética y «cognitivistas» sobre el razonamiento práctico. Sobre variedades (morales, políticas, metaéticas) de *constructivismo* véase Bagnoli, 2020, caracterizándolo desde el inicio por aceptar la posibilidad de «verdades normativas», dependientes siempre «de lo que se acordaría por agentes racionales al someterse a condiciones de decisión especificadas». Sobre *cognitivismo práctico*, véase Kremm, 2018, caracterizándolo por afirmar que las preguntas prácticas admiten respuestas correctas o incorrectas (pág. 131) en cuanto «compromisos prácticos» o juicios normativos sin requerir cuestiones sobre la representación de hechos morales (pág. 168 y ss).

20. Hay contribuciones recientes orientadas a reformular esta postura en términos del *pluralismo de los valores* en lugar del relativismo (Wagrandl, 2020; Özmen, 2016). Sin pretender demeritar este valioso programa, cabe apuntar la abundante evidencia textual sobre la adopción por Kelsen de un relativismo que, en todo caso, estaba en boga entre autores de la época. Véase Spaak, 2020. Además, se invoca como modelo al pluralismo de los valores de Berlin – pero tales contribuciones, indiscutiblemente sugestivas e influyentes, también eran «siempre discusiones recurrentes que bailotean en su rodeo del tema del pluralismo» (Reick, 2016: 127). Así, permanecen desafíos, al plantearse constantemente la preocupación de aproximarse a un relativismo (véase Reick, 2016: 133 y ss) y al permitir que el objeto de discusión oscile entre la metafísica y la metaética (sobre la utilidad de distinguirlas véase Barberis, 2016).

21. Véase también Schwartzberg, 2015: 201, con referencias adicionales. *Cfr.* Landemore, 2017.

que los derechos constitucionales son condiciones que garantizan el funcionamiento de la democracia[22], se reconocen los límites indeterminados entre constitucionalismo y democracia. Con ello, necesariamente, se toca el punto en que «la cuestión sobre cuánto debería incluirse en el constitucionalismo se vuelve más abierta» (Saffon y Urbinati, 2013: 469), admitiendo la plausibilidad de incluir «otros derechos como la libertad de expresión o algún nivel de independencia económica» como necesarios para el funcionamiento de la democracia, o como requisitos de la idea de participación política (Saffon y Urbinati, 2013: 469).

Más allá de ello, el punto sobre los «estándares sustantivos» refleja una desafiante heterogeneidad que señalábamos en la sección inmediatamente anterior. Se pretenden identificar estándares sustantivos o independientes a través de las fuentes más diversas. Cuentan como candidatos las ciencias, las religiones, la economía (y sus concepciones opuestas), las decisiones ético-políticas, la antropología filosófica, la deliberación moral y un repertorio general de posibles doctrinas y perspectivas. ¿Qué criterio o criterios tenemos para elegir y discriminar entre unos candidatos y otros? En la democracia deliberativa incluso cabrían propuestas que se opongan a esta misma pregunta, apuntando el mismo derecho de toda perspectiva o doctrina a pertenecer en una democracia. En forma más acotada, el *liberalismo político* de Rawls busca que no se excluya (de inicio) a las doctrinas religiosas y sus razonamientos del debate público. ¿Ocurre lo mismo con las concepciones de la democracia a la luz de teoría de los principios[23]?

1.3. Balance preliminar

Sin duda, las concepciones procedimentales y epistémicas de la democracia tienen un importante núcleo de postulados que les son comunes. Ambas pretenden dar cuenta de la práctica de los Estados contemporáneos que buscan ser (al menos en sus mejores momentos) liberales, democráticos y con un sistema constitucional de derechos. En tal sentido, cabe sostener que las concepciones procedimentales y epistémicas acentúan distintos aspectos de la democracia deliberativa (en sus versiones más conciliadoras).

Sin embargo, también debemos ir más allá e identificar una cuestión sobre la primacía que surge sobre todo en casos polarizantes. Mientras que la variante más representativa de la concepción procedimental no admite subordinar el control de resultados democráticos (o, al menos, más allá de límites estrechos) por su valor intrínseco como ejercicio de la autonomía, la concepción epistémica admitiría subordinar, puntual y justificadamente, el ejercicio de la autonomía a límites dados.

22. Véase Saffon y Urbinati (2013: 468-9) aceptando el argumento de los derechos constitucionales como condiciones para la democracia. Por otra parte, señalan que «la calidad de los resultados democráticos no habría de evaluarse tomando en consideración ningún parámetro distinto al constitucionalismo» (pág. 449).
23. Preliminarmente, el juicio también podría ceñirse a evaluaciones (ponderaciones) concretas y puntuales, sin implicaciones sobre la admisibilidad de determinada «doctrina» o «fuente de valores» en cierta comunidad.

Anticipando, si resultase dable aplicar resultados actuales de las teorías de los principios a los puntos de discusión entre ambas concepciones, se abriría una posibilidad adicional: incorporar a tales disputas ponderaciones puntuales entre compromisos básicos (procedimentales y de resultados). La teoría de los principios también se orienta por el caso concreto y pregunta reflexivamente sobre la importancia de los resultados (los contenidos del derecho) y su relación con los procedimientos formales e informales de la voluntad democrática. Al mismo tiempo, tales ponderaciones pueden ser más que meras *jerarquías móviles*, al incorporar una pretensión (que puede realizarse o no) de objetividad, o de sostenerse a través del tiempo.

2. UN MAPEO TENTATIVO DE LAS ACTUALES TEORÍAS DE LOS PRINCIPIOS

Una vez efectuado un breve balance de ambas concepciones actuales de la democracia, es necesario dirigirnos hacia la actual teoría de los principios. En un primer momento esbozaré una contextualización de la relevancia de la distinción entre reglas y principios en las normas. Sobre ello, expondré algunas de las características más distintivas de la teoría de los principios y sus discusiones actuales.

2.1. Las reglas y los principios

Desde la década de 1990, cada vez con más frecuencia, se suele denominar *teoría de los principios* a aquellos desarrollos ulteriores sobre los hombros de la teoría jurídica de Robert Alexy. Ahora bien, una caracterización que nos refiere sólo a un «círculo de sus alumnos»[24] sería insuficiente pues las teorías de los principios comparten un número de tesis, pero también presentan divergencias de la mayor relevancia, como intentaré apuntar.

Al centro de esta teoría está la distinción entre reglas y principios *en sentido fuerte*. Aunque esta distinción pertenezca a una tipología de las normas, se ha desarrollado mediante sus implicaciones en postulado de un sistema teórico (Borowski, 2011; Klatt, 2020). Alrededor de la distinción entre reglas y principios se establece un «teorema de la exclusión» sosteniendo que esa división binaria agota los tipos posibles de normas[25].

En contraste, una distinción tradicional entre reglas y principios sólo reconoce una diferencia de grado entre unas y otras. En este sentido, las reglas serían normas estrictas, en cuanto perentorias o con un antecedente bien determinado. Los principios serían normas o reglas flexibles, en cuanto dotadas de un alto grado de generalidad o indeterminación. Esto admitiría un amplio rango de posibilidades para su interpretación, concreción o incluso excepción.

24. Poscher, 2016, se aproxima a ello (sólo) en su caracterización inicial.
25. Véase en Bäcker, 2014.

La contemporánea distinción cualitativa, o en sentido fuerte, surge con la crítica de Ronald Dworkin (1967) contra lo que llamó «el modelo de las reglas» en la teoría de H. L. A. Hart. Ahí oponía que, además de reglas, existía otro tipo de estándares o normas al alcance del juez: los principios. A diferencia de las reglas, aplicables en forma «todo o nada», los principios poseerían una «dimensión de peso» (Dworkin, 1967: 27). Apuntemos que esta dimensión de peso implica una dimensión de comparación como constitutiva del argumento moral, es decir, se trata de peso *qua* importancia ética o moral: el resultado es *contrastivo* al establecer una importancia de mayor o menor grado. Enunciado este primer punto, debemos adelantar dos notas mínimas.

Primero, las diferencias de grado entre el peso (es decir, la importancia comparativa) de los principios introduce ya una primera ambigüedad sistemática si seguimos, por ejemplo, al modelo de Habermas. En resumen, operando sobre lo que identificamos como distinción tradicional, Habermas señala que *las normas* son deónticas, universales y definitivas. En contraste, sólo *los valores* admitirían diferencias de grado en su importancia, pero dependiendo siempre de una adopción idiosincrática o al menos relativa a la identidad individual o cultural[26].

Segundo, también desde el argumento dworkiniano se suele tomar por sentado que los principios en el derecho implican una dimensión moral y que, en consecuencia, hemos de tomar un segundo paso y entender que los principios implican por sí mismos una concepción *no-positivista* del derecho, afirmando una conexión necesaria entre derecho y moral. Sin embargo, este segundo paso no sigue por necesidad[27]. Es dable la posibilidad de teorías de los principios desde las variedades del *iuspositivismo*.

La distinción dworkiniana entre reglas y principios es adoptada por Robert Alexy y desarrollada, sobre todo, desde mediados de la década de 1980. Ciertamente hay importantes continuidades con su *Teoría de la argumentación jurídica* [1978]. Entre los méritos de esa primera gran obra cuenta el ser la primera importación al derecho de la ética del discurso de Habermas hasta tal momento de su desarrollo[28]. Se destaca la contribución de Habermas respecto a la posibilidad de objetividad (o al menos su pretensión) en el discurso moral, donde la orientación al mutuo entendimiento permite la validez intersubjetiva de las normas. Esto se puso al servicio de la objetividad en la justificación (fundamentación) jurídica o, al menos inicialmente, judicial[29].

26. Véase el balance en Arango, 2011; así como el estudio preliminar y los ensayos recogidos en Putnam y Habermas, 2008. Con esta distinción, Habermas, 2019 [1992]: 255 y ss, objeta al concepto alexiano de principio, apuntando que se asemeja más a la estructura de los valores.
27. Distinguir entre reglas y principios no implica una tesis fuerte de la conexión entre derecho y moral que condicione o pueda derrotar por sí la validez del derecho positivo en su dimensión formal (promulgado conforme a procedimientos establecidos). Como advierte Martin Borowski, 2016: 91 y ss, para ello, hace falta introducir tesis substantivas adicionales como lo hace Alexy con la pretensión de corrección y la fórmula de Radbruch *qua* «frontera exterior del derecho».
28. Véase Günther, 1993: 144.
29. Como efectos de la *Teoría de la argumentación jurídica* de Alexy, además de propiciar la redirección de la *teoría crítica* hacia una mayor atención a las instituciones liberales y democráticas, podríamos citar cómo sus

Como única nota adicional, apuntemos la estrecha relación (aún con distancias centrales) hacia los ulteriores desarrollos de Habermas a su teoría del discurso. De hecho, se suele hablar de un «giro jurídico» en Habermas (y, siguiéndolo, en la teoría crítica)[30]. Este surgiría, en buena parte, en diálogo ante la adopción de sus ideas por Alexy. Al centro hay una revaloración sobre la posible *pragmática* en el discurso institucional. Aún hasta mediados de la década de 1980, Habermas consideraba que los procedimientos judiciales estaban caracterizados (debido a su formalidad, celeridad y otras evidentes restricciones) no por la acción comunicativa sino por la acción estratégica. Así, la orientación del discurso jurídico y judicial se dirigiría al éxito en lugar del mutuo acuerdo y comprensión, haciendo uso de la manipulación de ser necesario. Por el contrario, Alexy caracterizó el procedimiento judicial, y especialmente la fundamentación del juez, por erigir pretensiones de corrección (al menos en el *contexto de justificación* – y no *de descubrimiento* – implicado en la motivación de las decisiones). Sería principalmente en *Facticidad y validez* donde Habermas desarrollaría su propia contribución a la teoría del derecho y de la democracia, más cercana, aunque con importantes críticas a la teoría de Alexy, especialmente sobre la pretensión de objetividad en los argumentos estructurados como ponderación.

2.2. La distinción cualitativa de los principios y sus consecuencias

Desde el escrito de habilitación de Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (1985), encontramos un desarrollo sistemático de la distinción (*en sentido fuerte*) entre reglas y principios. En la dogmática jurídica anterior, era tradicional una distinción en sentido débil, de grado, entre reglas y principios[31]. En contraste, para Alexy, como para Dworkin, la diferencia no es de grado sino de tipo.

El criterio para esta distinción en sentido fuerte sería el modo de aplicación. Mientras que las reglas se subsumen, los principios se ponderan[32]. Con ello, se identificará la

reglas del discurso práctico permanecen como referente en la teoría de la argumentación (general y no sólo jurídica), e.g. en Wohlrapp, 2014: lviii; 129; 299.

30. Respecto a su evaluación por Nancy Fraser y Axel Honneth, véase el balance en Scheuerman, 2017.

31. En esta concepción, las reglas tendrían un ámbito de aplicación delimitado y relativamente claro, los principios un ámbito de aplicación relativamente difuso. Un principio, valdría decir, no es más que una regla muy general en cuanto a su estructura, aunque consideraciones de importancia moral podrían permitir su apertura hermenéutica. Sobre sentidos de la distinción entre reglas y principios, Atienza y Ruíz Manero, 1991.

32. Un ejemplo de regla sería: «[…] frente a una indicación circular roja los conductores deberán detener la marcha antes de entrar en la zona del cruce de peatones o en el límite extremo de la banqueta.» En cambio, los principios se asemejarían más a las normas de la siguiente disposición (más allá de la atribución de poderes a la autoridad competente): «El Departamento de Tránsito Municipal adoptará todas las medidas eficaces para la facilidad de la circulación y la seguridad de peatones y pasajeros, disponiendo lo que la técnica y la prudencia aconsejen.» Ambos ejemplos provienen del *Reglamento de tránsito para el municipio de Ensenada, Baja California* en sus artículos 64 fracción III y 56 respectivamente.

ponderación y el análisis de proporcionalidad[33]. Además, los principios fueron desde entonces caracterizados por Alexy como *mandatos de optimización*. La aplicación de un mandato de optimización exige su mayor grado de realización posible, es decir, según lo permitan las posibilidades fácticas y jurídicas. Un buen número de discusiones actuales sigue de cerca a tales pasos argumentativos.

Entre la amplia literatura al respecto, apuntaremos que una de las más agudas críticas viene de uno de los principales representantes de las actuales teorías de los principios, Jan-Reinard Sieckmann. En resumen, Sieckmann apuntó que los principios en realidad implicaban reglas (Sieckmann, 1990: 65). Esta contradicción se verificaría en que, por necesidad lógica, una norma que contiene principios sólo puede ser aplicada o no. Esto es: optimizar o no optimizar, *tertium non datur*. Citando un ejemplo discutido sobre este punto (Poscher, 2016: 75): una obligación de optimizar el volumen de los neumáticos en relación tanto con la carga del vehículo como con la seguridad implica una obligación estricta y susceptible de cumplirse o no, independientemente de la generalidad de sus factores relevantes.

Por una parte, Alexy admitiría esta crítica y refinaría su teoría ante ella. Así, desde entonces distingue dos niveles en los principios. Un nivel estaría compuesto propiamente por el objeto a ser optimizado. El otro nivel estaría compuesto por el mandato de optimizar dicho objeto, que efectivamente se aplicaría o no[34]. Alexy caracteriza esta distinción en términos de un «deber ser» ideal (en cuanto al objeto a ser optimizado) y un «deber ser» real (el mandato), y también se suele apuntar que, dentro de los principios hay una estructura doble: sólo al nivel del objeto corresponde propiamente el principio y al mandato le corresponde una regla[35].

Por otra parte, Sieckmann ha elaborado, sobre los problemas exhibidos en este diálogo y en ulteriores contribuciones, una teoría de los principios con rasgos bastante distintivos. En su versión actual, se reconceptualiza la distinción entre reglas y principios a la luz de otra distinción, más fundamental para Sieckmann: entre *argumentos normativos* y *aserciones normativas*[36]. Los *argumentos normativos*, por así decirlo, requieren de *contraste*, similarmente a la inicial dimensión de peso apuntada por Dworkin. Se trata de una labor de demostración y persuasión razonable especialmente en casos de

33. Es decir, el análisis de proporcionalidad «en sentido estricto», precedido por una examinación de la idoneidad, y de la necesidad de intervención legislativa (o por otra autoridad empoderada) en un principio (derecho fundamental o bien colectivo). Hay distintas acepciones de ponderación (o *balancing*); véase el balance en Portocarrero Quispe, 2017: 213: «Mientras que la ponderación en el *civil law* se refiere a principios jurídicos como sub-tipo de norma, en la ponderación o balancing en el contexto del *case law* norteamericano el objeto de la ponderación son los intereses (económicos, políticos, éticos, etc.) de las partes enfrentadas en un caso concreto.» Véase además Sardo, 2013, sobre distintas concepciones de la ponderación.
34. Para un balance, véase Bäcker, 2014; De Fazio, 2018.
35. Esto suscita una cuestión que se dejará pendiente: ¿Se implicaría que los principios son propios del razonamiento práctico general (*deber ser ideal*) y que su positivización jurídica los inscribe como reglas (*deber ser real*)? De ser así, nos acercaríamos notablemente a los términos de la distinción tradicional, con los principios como reglas complejas o muy generales, ya sea con antecedente o consecuente abierto, pero siempre limitado por el sentido de su objeto y las posibilidades fácticas y jurídicas.
36. Véase el contraste con la teoría de Alexy en Sieckmann, 2013.

colisión (ponderación). Así, un *argumento normativo* dirige hacia la ponderación en el derecho, pero también en el razonamiento práctico general. En contraste, las *aserciones normativas*, por así decirlo, ya implican una pretensión definitiva de validez. Una *aserción normativa* dirige hacia la aplicación silogística o la subsunción en el derecho y el razonamiento práctico general. Apuntemos que esta distinción parece dejar de lado un criterio desde la taxonomía de las normas, reemplazándolo por el modo de aplicación y la pragmática del discurso. Sólo se acerca, sin pretender coextensividad, a la distinción entre reglas y principios. Por el contrario, prioriza sistemáticamente a la distinción entre aplicación silogística (o subsunción) y ponderación. Esto resulta útil para una generalización de los resultados de la teoría de los principios como teoría del razonamiento práctico y, con respecto al presente escrito, el argumento parlamentario y las concepciones de la democracia[37].

Asimismo, Sieckmann es uno de los pioneros en desarrollar sistemáticamente al concepto de *principios formales*. Estos conforman uno de los principales puntos de discusión y desarrollo reciente en la teoría de los principios, así como un posible elemento para tender un puente hacia la teoría de la democracia y, con ello, la filosofía política. Esbozaré una caracterización mínima del tema, así como una necesaria advertencia sobre sus desafíos pendientes.

Como caracterización mínima, mientras que los principios sustantivos o materiales tendrían como objeto a los derechos humanos o bienes colectivos, los principios formales «requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada» (Alexy, 2014: 20). Así, al referirse a la dimensión de autoridad del derecho, los principios formales tratan sobre relaciones institucionales, especialmente en las decisiones sujetas a control judicial, y la división de poderes[38]. Encontramos a la democracia como ejemplo recurrente de principio formal, al otorgar poderes para producir derecho al poder legislativo[39].

Antes de volver sobre la relación entre principios formales y democracia, es necesario advertir algunos desafíos pendientes alrededor de los principios formales. Los principios formales reconstruyen al interior del razonamiento jurídico aquella presunción (*pre*ponderante) de autoridad – focalmente, de la autoridad del poder legislativo[40] – en

37. «En la medida en que la ponderación se implica en la interpretación jurídica, no son sólo las cortes las que deben interpretar el derecho sino, en efecto, todos los órganos jurídicos a los que el derecho se dirige» (Sieckmann, 2012: 198); véase también en Sieckmann, 2019 y Atienza, 2019: 201-202.

38. Sobre principios formales, además de Alexy, 2014, véase Portocarrero Quispe, 2016a; Palu, 2019; y Borowski, 2019. Sobre la división de poderes, aunque haya cabida para interpretaciones más estrictamente «mecánicas», éstos siempre incorporan la función de realizar valores (en sentido institucional, como la previsibilidad o la delimitación del arbitrio en el poder). Véase Palombella, 2006: 42-43; Neria Govea, 2018: 70-71; *cfr.* el argumento desde la «autonomía colectiva» en Möllers, 2013.

39. En este sentido, Alexy, 2014: 20. Otros candidatos incluyen las competencias en general y la competencia del control de constitucionalidad incluso en las relaciones de ordenamientos jurídicos multinivel. Véase Klatt, 2015.

40. En el contexto de la ponderación (*balancing*) estadounidense hay conceptualizaciones paralelas para esta función de «contrapeso» estructural-institucional o autoritativo de los principios formales (ante cierto potencial desestabilizador en los principios sustantivos). Por su parte, Dworkin (1967: 39) anotaba la presencia

las decisiones tomadas conforme a procedimientos y demás condiciones institucionales establecidas para ello. Ahora bien, debemos apuntar que las discrepancias en este tema no se limitan a la ya considerable discusión entre modelos posibles para su aplicación o ponderación[41], sino que el objeto mismo de los principios formales sigue sujeto a controversias. El rango de sus objetos abarca desde perspectivas más ceñidas a la relación entre el poder judicial con su control constitucional hacia el poder legislativo, a través de una teoría sobre los márgenes de discrecionalidad, y hasta llegar a las competencias jurídicas en general[42]. Podríamos arriesgar una posible explicación contribuyente a esta heterogeneidad por el contexto que ha propiciado su desarrollo teórico. Mientras que los principios sustantivos o materiales emergían en torno a la reconstrucción de Alexy sobre la dogmática de los derechos fundamentales y del análisis de proporcionalidad en Alemania, el impulso para los principios formales surge en debates de la teoría de los principios ante objeciones desde la democracia (o, más en general, la división de poderes).

Así, efectivamente, se debe relacionar el enfoque reciente sobre los principios formales en la teoría de los principios, al menos en buena parte, como una respuesta

de «principios conservadores» que requerían que las cortes considerasen los precedentes y la «supremacía legislativa» en el *common law* (y, probablemente, Alexy buscase trasplantar este argumento a la cultura jurídica alemana). Además, Duncan Kennedy (2011: 209) apunta que la doctrina de Hart y Sacks, difundida informalmente en las décadas de 1950 y 1960, preveía agregar «consideraciones de competencia institucional a las consideraciones substantivas», especialmente reconociendo «los riesgos de usurpación judicial».

41. Se pueden identificar cinco vertientes (posibilidades o modelos) sobre la aplicación (ponderación) de los principios formales. Aunque estilizadas como concepciones rivales entre sí, nada impediría que incluso resultasen complementarias dependiendo, por ejemplo, de que se apliquen normas de una u otra categoría, o dependiendo del contexto institucional en cuestión. A continuación, enuncio los modelos principales. El *primero* (1) es identificado como un «modelo de combinación», originalmente presentado por Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales* (siguiendo, a su vez, a Dworkin, 1967: 39). Su principal defensor actualmente es Martin Borowski quien considera que «los paralelos estructurales entre los principios sustanciales y formales, y los paralelos con la vista puesta en criterios para determinar su peso sugieren que de hecho ambos pueden considerarse en la misma ponderación» (Borowski, 2019: 95). El *segundo* (2) es identificado como «modelo de separación». Niega que los principios formales deban añadirse a alguno de los principios sustantivos en pugna (el «dividendo» o «divisor» en la «fórmula del peso»). En su lugar, los principios formales se deben ponderar en un nivel distinto para después incorporarse, en su caso, con la ponderación de los principios sustantivos. Dos principales defensores de ello son Jan-Reinard Sieckmann y Mathias Klatt, aunque matizando cada vez más esta separación. El *tercero* (3) es identificado como «modelo epistémico» y es actualmente defendido por Robert Alexy. En él, los principios formales sólo vienen a colación en empates en la ponderación de principios sustantivos; ante la falta de certeza en las premisas de ésta, se hace valer en su caso la deferencia ante las decisiones del legislativo. Una *cuarta* (4) posibilidad es incorporar consideraciones sobre principios formales (sobre las competencias, la división de poderes, doctrinas de deferencia y márgenes de discrecionalidad) directamente como parte de la importancia de uno de los principios sustantivos al ser favorecido por el legislador. Véase Badenhop, 2010: 380-392 y su discusión en Borowski, 2015: 105-106. También es dable una *quinta* (5) posibilidad: replantear las referidas consideraciones sobre principios formales, empleándolas para decidir directamente sobre la intensidad del análisis de proporcionalidad o sobre la aplicación de algún «*standard of review*» relacionado. Esta se propone en Kleinlein, 2012: 287-292, y hay similitudes en Pirker, 2013: 62 y ss. *Cfr*. los balances en Alexy, 2014 (sobre los tres primeros modelos) y Borowski, 2015 (hasta la cuarta posibilidad).

42. Véase sobre todo el desarrollo reciente del tema en Palu, 2019: 416 y ss.

desarrollada en debates sobre «la objeción democrática» al control de constitucionalidad y el llamado «activismo judicial»[43]. Al respecto, me referiré al rol que tiene la certeza en la idea de los principios formales (a), para entonces recabar un mínimo de puntos de relación entre la objeción democrática y teoría de los principios (b).

(a). Hemos de recabar que un importante punto común en las distintas concepciones, que ciertamente sigue de cerca a la práctica judicial, es aceptar la relevancia de la *certeza* para decidir el alcance e intensidad del ejercicio de control, especialmente a través del análisis de proporcionalidad. Esto encuentra expresión central en la «ley epistémica de la ponderación» que indica: «Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que la sustentan» (Alexy, 2002a: 55).

Así, sobre todo desde la década de 2000[44], se ha enfocado centralmente el rol de la certeza en la fórmula del peso y los principios. Debe destacarse que, por una parte, tal certeza se refiere a las premisas empíricas de los argumentos. Así, se dirige hacia la confianza y probabilidad de los desarrollos científicos *qua* razones para la regulación y para el control judicial. Por otra parte, la certeza también se refiere a las premisas normativas. Aquí, al referirse a la duda ante lo que el derecho dispone, la falta de certeza normativa es coextensiva con una teoría sobre la discrecionalidad; sin embargo, la certeza en las premisas normativas también podría relacionarse con el «conocimiento», o bien, el grado de indeterminación en la moral, tanto positiva como crítica.

Respecto a los principios formales, su relación (al menos en sentido explícito) con la certeza resulta reciente[45]. En casos de empate, la mayor o menor certidumbre en las premisas (empíricas o normativas) jugaría un papel decisivo para mantener o revisar la decisión de la autoridad. Si las premisas con las que se cuenta para fundamentar una decisión no resultan del todo seguras o confiables, esto nos arrojaría una razón contribuyente en el sentido de dejar la decisión en manos de los órganos democráticamente legitimados para ello. Así, los principios formales tras doctrinas de deferencia y competencias se relacionarían con la cuestión de la certeza y de los márgenes de discrecionalidad, en una constelación compleja[46].

43. Sobre la hipótesis del cambio de enfoque en la teoría de los principios al introducir una presunción ante casos de empate y a favor del legislador democráticamente legitimado (del «in dubio pro libertate» al «in dubio pro legislatore»), Bernal Pulido, 2003: 231-2; Portocarrero Quispe, 2016b. Para una perspectiva sobre el activismo judicial y derechos sociales, Lozada, 2018.
44. Además del «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», se debe mencionar el desarrollo en Alexy, 2002b.
45. Es evidente el cambio de un «modelo *de combinación*» sobre los principios formales y hacia un «modelo *epistémico*» que enlaza la idea de principios formales a la certeza en Alexy, 2014. *Cfr*. Palu, 2019: 300.
46. Especialmente sobre el modelo de Alexy, 2014, hay dudas sobre cómo precisar la conexión de la variable «certeza» (en la ponderación de principios sustantivos) con los principios formales. Como indica Wang, 2017: 435: «[…] la fórmula del peso es neutra ante la división de competencias sobre la toma de decisiones; incluso es compatible con no deferir a autoridad alguna. […] Las variables epistémicas en la fórmula del peso tampoco nos indican por qué hemos de mostrar deferencia ante los juicios de una autoridad en casos de incertidumbre» (trad. libre). Similarmente, véase Palu, 2019: 310.

Como resultado del lugar central de la certeza y de la ley epistémica de la ponderación, se ha sostenido que los derechos humanos exigirían que idealmente nunca se ejerciera discrecionalidad para limitarles pero que el margen de posibilidades para ello surge la generalizada condición de falta de certeza. Más adelante volveré sobre este punto en relación con algunas preguntas abiertas sobre la justificación instrumental o intrínseca de la democracia.

(b). La objeción democrática suele denunciar la inescrutable supremacía del poder judicial debido a la extendida práctica del control judicial[47]. Esta objeción suele acompañarse de una crítica a la ponderación y, en ocasiones, a la teoría de los principios. Como ejemplo de esto último encontramos argumentos encaminados a demostrar que concebir a los derechos fundamentales en términos de principios les coloca ante la discrecionalidad judicial y sería deseable su construcción en términos de reglas perentorias definidas ya desde el poder legislativo. Ahora bien, y aunque una debida discusión de la objeción democrática exigiría un tratamiento propio y pormenorizado, hemos de recoger tres puntos torales presentados por Martin Borowski que precisan y delimitan el alcance de estos argumentos[48]:

Primero, en virtud de su función estructurante de la argumentación en general (no sólo judicial), la ponderación (incluyendo al análisis de proporcionalidad) no va necesariamente en contraposición a la toma democrática de decisiones. Como apunta Martin Borowski (2019: 87-8): «la proporcionalidad está expuesta a la objeción democrática sólo cuando es empleada en el control de constitucionalidad de decisiones tomadas por órganos estatales democráticamente legitimados». Así, es plausible que el legislativo mismo emplee un análisis de proporcionalidad (o, así también, que desarrolle alguna estructura argumentativa bajo términos distintos, pero encaminada al contraste de los valores jurídicos y constitucionales en colisión). La objeción democrática no encontraría objeto. Este además es un sentido posible para la integración entre teoría de principios y deliberación parlamentaria.

Segundo, la objeción democrática al control de constitucionalidad como tal toca por igual a las reglas y el silogismo o subsunción (o, de hecho, cualquier modelo de aplicación), por lo que no se dirige en forma exclusiva hacia la teoría de la ponderación y de los principios.

Tercero, el prolongado debate sobre la objeción democrática al control de constitucionalidad ya ha arrojado diversos resultados. Precisamente, cuenta entre ellos el desarrollo de la idea de los principios formales como lo enfatiza el profesor Martin Borowski. Generalizando, el debate sobre los principios formales se agrupa en torno a la conveniencia de condensar criterios y otros elementos (inter-)institucionales en la argumentación judicial y general. Al estructurar y delimitar la discrecionalidad judicial a través de argumentos escrutables por el público, estos elementos y criterios sirven

47. Entre otras versiones, es referente Waldron, 2006.
48. Sigo a continuación a Borowski, 2019: 87-88.

para encontrar una vía media entre el principio democrático y el de la supremacía constitucional (con la corte como su guardián).

Ciertamente, todos estos puntos son de la mayor relevancia a través de sus implicaciones y consecuencias y aquí sólo se ha propuesto una mención. Sólo cabe recordar una alternativa que se implica en el último punto del profesor Martin Borowski. Desde la teoría de los principios cada vez se acepta más la posibilidad de otorgar una importancia condicionada a la presunción de legitimidad o autoridad del legislativo (o «un peso abstracto variable» en el principio democrático), que se podría determinar según la calidad de la deliberación democrática (Borowski, 2019: 95; Oliver-Lalana, 2019: 223-224). Para ilustrar, criterios para predicar tal calidad incluirían: procurar un grado adecuado de racionalidad (técnica) con respecto a la materia regulada, la efectiva inclusión de los afectados y de mayor diversidad política posible, o respetar un debido plazo para la deliberación formal e informal.

Sin embargo, aun con ese tipo de consideraciones, seguiría siendo posible un sentido más radical de la objeción democrática: sostener que el control de constitucionalidad es ilegítimo en principio. Es decir, aun habría un déficit de legitimidad democrática en aquel control realizado bajo parámetros argumentativos públicos y escrutables que limiten la discrecionalidad, o aquellos parámetros que faculten una dimensión deliberativa o cíclica sobre las decisiones. Considerando la intención integradora entre teoría de los principios y concepciones de la democracia, ¿llegaría la concepción procedimental de la democracia a implicar esta postura que hemos apuntado como «radical»?

2.3. Balance preliminar

He tratado presentar el desarrollo de la teoría alexiana de los principios, enfatizando su diversidad interna y su refinamiento: por una parte, a través del enfoque en el razonamiento jurídico (con la distinción de Sieckmann entre *argumentos normativos* y *aserciones normativas* enfatizando la distinción entre ponderación y subsunción más allá de la tipología normativa); por otra parte, a través del desarrollo de los principios formales para dar cuenta de la dimensión autoritativa del derecho, así como con el principio democrático, relacionado tanto con la certeza como con la «objeción democrática» al control de constitucionalidad.

3. HACIA UNA INTEGRACIÓN

Llegados a este punto, hemos presentado breves bosquejos de las concepciones epistémicas y procedimentales de la democracia, así como de la teoría alexiana de los principios. Esta sección tiene el propósito de advertir la posibilidad de iniciar un ejercicio integrador entre ambas. Me delimitare a enunciar, sin pretensión de exhaustividad, algunos puntos de implicación entre ambas.

Debe añadirse que, en el marco de discusiones sobre la objeción democrática al control de constitucionalidad, Robert Alexy ha presentado un argumento a favor de una democracia deliberativa con ánimo conciliatorio entre un «elemento volitivo» y un «elemento argumentativo», estableciendo que «la única forma de conciliar al control de constitucionalidad con la democracia es afirmar que también el control constitucional participa en una representación del pueblo» (Alexy, 2005: 578), aun cuando esta representación sea «puramente argumentativa» (Alexy, 2005: 579)[49]. Aunque este argumento tiene un sentido valioso, deja pendiente una importante labor integradora más allá de él, sobre todo recordando las tensiones que apuntábamos que tampoco se logra contener por la fórmula habermasiana de la co-originalidad entre la autonomía pública y privada.

Así, buscando favorecer la viabilidad de un ejercicio integrador desde la teoría de los principios hacia las concepciones de la democracia, primero defenderé algunos elementos ante lo que considero como un obstáculo teórico central que llamaré «objeción desde las diversas pragmáticas discursivas» en las instituciones del derecho. Después, mencionaré generalmente y con propósitos ilustrativos algunos resultados actuales de la teoría de los principios con potencial para compaginarse con preguntas abiertas en las concepciones distintas (ocasionalmente, contrapuestas) de la democracia.

3.1. La objeción desde las diversas pragmáticas discursivas

De inmediato se alza una objeción. La teoría de los principios se plantea principalmente como teoría del razonamiento judicial. ¿No sería ilegítimo usar una teoría (mayormente) acotada a lo judicial para observar la amplitud de lo parlamentario-democrático y político[50]? Sólo puedo apuntar algunos motivos por los cuales me parece que son tenues las razones en contra de extender la aplicación de la teoría de los principios al debate y procedimiento político-parlamentario. Como lo entiendo, la cuestión pone de relieve lo que podríamos identificar como «pragmática del discurso» a través de las instituciones del Estado y de su diversidad de compromisos y límites (o, por brevedad, pragmática institucional). Al respecto, recogeré un mínimo de tres rubros. En los dos primeros llamaré la atención sobre las pragmáticas institucionales típicas, respectivamente: la pretensión de corrección en sede judicial y el pluralismo en el razonamiento parlamentario. Después, recogeré consideraciones desde modelos recientes que las matizan, especialmente a la luz de la teoría de los principios.

49. Esta representación argumentativa es un ideal que ha de temperarse desde las condiciones empíricas. Contribuyendo a esto desde una crítica a la forma de deliberación de las cortes, véase Bello Hutt, 2018.

50. La obra de Robert Alexy enfrenta una objeción emparentada desde sus inicios. La central tesis del caso especial sostiene que la argumentación jurídica es un caso especial del razonamiento práctico general, estructurándose sobre su racionalidad y añadiendo una dimensión de institucionalidad. Tras 40 años de debate, una línea de objeción señala que esto resulta inadecuado por las ubicuas limitaciones de los procedimientos judiciales. Alexy defiende su tesis también en contribuciones muy recientes (2018b), sirviendo como impulso a ulteriores desarrollos. Véase un balance en Pavlakos, 1998.

3.1.1. Pretensión de corrección en sede judicial

La razón más evidente podría ser que el razonamiento político-parlamentario es diverso al razonamiento judicial. Ya desde el diseño institucional, los órganos judiciales resuelven cuestiones concretas y, especialmente al efectuar revisión, en sentido binario («¿la decisión impugnada es correcta o no?»). Con reserva de la estructura concreta del poder judicial en un ordenamiento jurídico, se puede afirmar en términos generales que los órganos jurisdiccionales de primera instancia resuelven la aplicación e individuación del derecho vigente y que es sobre todo ante los tribunales constitucionales donde resulta evidente un tipo distinto de desacuerdos. Estos no versan sobre los hechos ni propiamente sobre las disposiciones de derecho aplicable, sino que son «desacuerdos teóricos[51]» al tratar los «fundamentos» del derecho para identificar qué normas (en qué disposiciones) son aplicables, qué estándares nos permiten conocerlas e interpretarlas y, sobre todo, cuándo deben revisarse los límites del derecho vigente (revisando un precedente, un acto administrativo definitivo, o juzgando la constitucionalidad de la legislación).

Así, en los tribunales de revisión y sobre todo en la jurisdicción constitucional, se ventilan desacuerdos teóricos y además hay una estructura binaria en las decisiones. Resuelven sobre una decisión anterior de otra autoridad y lo hacen respondiendo en forma afirmativa o negativa. La decisión *a quo* es correcta o incorrecta, confirmada o revocada, conforme o no con el derecho vigente. Como apuntó Ulfrid Neumann (2004: 40-41; 53-54), para predicar todo ello de una decisión anterior es necesario sostener algún tipo de pretensión a la verdad. Hace falta conocer (o, al menos, afirmar que se conoce) lo que en verdad dice el derecho para ocupar una posición apta de identificar si una decisión se ajusta al contenido del derecho.

Por lo anterior, podríamos hablar de una *situación pragmática institucional* en los compromisos diversos que surgen desde el contexto mismo de la deliberación o fundamentación y decisión. Esto incide en las decisiones en las instituciones judiciales y exige en la porción representativa de casos una pretensión de corrección en sentido fuerte, aproximándose a la «tesis de la única respuesta correcta»[52].

3.1.2. Pluralismo en el razonamiento parlamentario

En contraste, podría sostenerse que no hay una estructura binaria evidente al seno del debate parlamentario. Antes encontramos ideales políticos de *pluralismo razonable*. Sus

51. Véase en Dworkin, 1986: 4 y ss.

52. Neumann, 2004, reformula la tesis dworkiniana de la «única respuesta correcta» en términos de «ideal regulativo» y no «ontológico». Sobre el tema, véase también Schulz, 2007; Siedenburg, 2019. Relacionadamente, ya Alexy, 1988: 63, delimita la pretensión de corrección, estableciendo que se debe distinguir entre una corrección absoluta y relativa. La segunda se podría identificar con conceptos como «warranted assertibility», «plausibility», «justifiability», y «reasonableness». Borowski, *ms,* relaciona estas pretensiones más acotadas al desarrollo de controles limitados de constitucionalidad.

fundamentos normativos observan situaciones fácticas y jurídicas. Desde lo fáctico, debe haber representación del pluralismo social. Con ello, se podría preguntar con razón: ¿Qué podría ser más contradictorio hacia tal pluralismo político y social que la pretensión de corrección? (Sobre todo en el sentido de la «única solución correcta».) En todo caso, este pluralismo de nuestras sociedades nunca se entiende irrestricto. Su simbiosis con la materia constitucional se presupone[53]. Más allá de ello, desde lo normativo y en virtud de la indeterminación de las normas constitucionales (y morales)[54], hay una tensión relevante entre el pluralismo en lo político y la pretensión de corrección en el sentido más fuerte de la única respuesta correcta.

Por ilustrar, ante decisiones económicas acaso se podría prescindir de una pretensión de la única solución correcta: determinada propuesta respecto a la legislación sobre ingresos y egresos, siendo constitucional, también representa los intereses de un amplio sector social y con ello es tanto legítima como legal. En virtud de ser parte de ese *pluralismo razonable*, pasa a segundo plano la cuestión sobre su corrección óptima.

Sin embargo, este tipo de razonamiento no contradice la pretensión de corrección, sino que la presupone. Esto, aun al ocurrir bajo delimitaciones en el ámbito y la *fuerza* de la pretensión de corrección. Respecto al ámbito: se erige una pretensión de corrección sobre el conocimiento del contenido de la constitución y otras normas aplicables, y una correcta interpretación de los intereses sociales representados. Cabe mencionar también el rol de la inclusión de procedimientos desde la ciencia y otras disciplinas para aumentar la racionalidad de la legislación por una parte[55], así como la idea del «debido proceso legislativo» por otra parte. Respecto a la fuerza: ciertamente, persiste una delimitación al admitir un carácter abierto tanto en la discusión como en la pretensión de corrección. Se admite que habrá otras interpretaciones que, aunque sean distintas y contradictorias con la propia, pueden ser razonables por igual. Así, todas ellas responden a distintas posturas o incluso «doctrinas» admisibles en la práctica constitucional.

3.1.3. Matices recientes sobre tales pragmáticas institucionales desde la teoría de los principios

La distinción señalada entre los modos de razonamiento en sede judicial y en sede parlamentaria adquiere matices sobre todo ante distintos diseños institucionales y su innovación. La teoría alexiana de los principios también abona en este sentido. Se ha reconocido que la pretensión de corrección puede entenderse en un sentido más restringido o tenue que en el sentido más fuerte de la «única respuesta correcta». Desde la

53. Quizás *sólo* se presupone, en términos del «teorema de Böckenförde», «el Estado constitucional se anima por presupuestos que no puede garantizar con sus propias fuerzas.»
54. Con indeterminación de las normas morales, me refiero a las bien conocidas cargas del juicio de Rawls (para su discusión, véase sobre todo Nussbaum, 2011), y al espacio de lo discursivamente posible (a diferencia de lo discursivamente necesario o imposible) en Alexy, 1988: 60.
55. Al respecto, véase Atienza, 1997; 2019.

argumentación general cabría, por ejemplo, delimitarse a sostener que las pretensiones propias se apoyan en argumentos sólidos, aunque derrotables[56].

Esto se refleja al modelar relaciones institucionales más complejas. En este sentido, existen distintos niveles de escrutinio y se habla de un control limitado de la constitucionalidad[57]. En él, mientras que la decisión bajo revisión no sea «evidentemente incorrecta», también puede englobar un resultado que no sea completamente correcto. Esto respondería a límites dados por una serie de decisiones y presunciones a favor de la autoridad, principalmente del parlamento democráticamente legitimado en términos de la teoría de los principios formales[58].

En un sentido comparable se aboca la propuesta de ver las relaciones argumentativas del control de constitucionalidad como parte de un ciclo institucional encaminado a la discusión de los argumentos de las cortes por parte de los públicos en general[59].

Considerando estos tres puntos – la pretensión de corrección en sede judicial, el pluralismo en el razonamiento parlamentario, y sobre todo a la luz de los matices recientes respecto tales pragmáticas institucionales desde la teoría de los principios – parece dable extender la aplicación de la teoría de los principios a las consideraciones estructurales sobre el debate y procedimiento político-parlamentario. Como nota al margen, tomando en cuenta algunos de los problemas pendientes en cuanto a la tipología normativa y los modelos para ponderar principios formales que hemos enunciado, un acercamiento entre la teoría alexiana de los principios y las concepciones de la democracia se podría facilitar al distinguir principalmente entre ponderación y subsunción (en lugar del «teorema de la exclusión» entre reglas y principios). Es decir, planteándose con cierta similitud a la reformulación de Sieckmann en torno a la distinción entre *argumentos normativos* y *aserciones normativas*.

3.2. Teoría de los principios y preguntas abiertas en las concepciones de la democracia

Me gustaría ilustrar, aunque sea tentativamente, el sentido en que la teoría alexiana de los principios ofrece un punto de explicación común respecto a cuestiones abiertas y que inciden en la tensión entre concepciones de la democracia que hemos apuntado.

56. Sieckmann, 2007: 36, planteó distintos órdenes de fuerza que puede asumir la pretensión de corrección. *Primero* (1), la verdad o exclusividad (ser la única respuesta correcta). *Segundo* (2), la plausibilidad o inderrotabilidad, en el sentido de que no se pueda demostrar la falsedad del juicio. *Tercero* (3), estar apoyado por algún argumento, aun si este lo conociéramos como derrotable. En respuesta, Alexy, 2007: 349 parece reconocer que basta ésta última, pues es suficiente que se actualice una pretensión de poseer razones sólidas (*claim to have sound reasons*) sin poseer razones que garanticen la corrección pretendida.
57. Véase Neumann, 2004: 55-6; Borowski, *ms*.
58. Véase Borowski, *ms*.
59. «Una decisión judicial es un pronunciamiento importante sobre todo sujeto, pero no es necesariamente el pronunciamiento de la última palabra. En cuanto la palabra judicial no sea la última palabra, la objeción contramayoritaria pierde fuerza» (trad. libre de Friedman, 1993: 644). Palu, 2017: 368 estima esta perspectiva afín a una teoría de los principios (formales).

Nuevamente cabe recordar que las concepciones procedimentales y epistémicas se han caracterizado como distintos acentos o «facetas» de la democracia deliberativa[60]. Así, a su vez, la democracia deliberativa incluye una pluralidad de concepciones, entre las cuales hemos destacado el esfuerzo integrativo de Habermas. Con todo, innegablemente hay ocasiones – ya sea el caso normal o la excepción – en las cuales la política y el derecho se encuentran en una encrucijada que contrapone lo procedimental a lo epistémico como se apuntaba.

Las siguientes consideraciones se recogen con fines ilustrativos sobre cómo la teoría de los principios incorpora rasgos de ambas concepciones, o al menos demuestra afinidades electivas. Esto, sobre todo respecto al rol formal y estructurante de la legitimación procedimiental por una parte, y al rol de los estándares de derechos humanos y *certeza* que hacen contrapesos a un ejercicio irrestricto de discrecionalidad por otra parte.

Un primer punto viene dado, sobre todo, por la relevancia de la certeza al fundamentar la presunción a favor de la autoridad del procedimiento democrático (es decir, el principio formal de la democracia).

Propongo un escenario hipotético. Imaginemos que poseemos un medio capaz de hacernos conocer a ciencia cierta el balance presupuestario óptimo posible. Recordemos que de ese balance presupuestario depende el ejercicio de medidas positivas para la protección de derechos fundamentales. Si adoptamos ese balance óptimo, tendríamos la certeza de cumplir cabalmente con la protección de derechos fundamentales (en el ámbito supuesto). Sin embargo, estaríamos dejando de lado la representación de la voluntad. Supongamos además que una mayoría considerable estimase ilegítima tal decisión óptima, prefiriendo en su lugar y de forma autónoma un balance subóptimo pero más o menos cercano (es más, sin nuestra tecnología hipotética, este balance subóptimo hubiera aprobado fácilmente un *test* como razonable). Finalmente, ese balance subóptimo resulta ser más beneficioso a corto plazo para un sector mayoritario de la población. ¿Qué es lo que se debe hacer? Ese interés en el balance subóptimo parece indebido pues, independientemente de su mayor o menor grado, supedita intereses y necesidades básicas a otro tipo más mediato de intereses. Al conocer «a ciencia cierta» el arreglo óptimo para proteger derechos fundamentales, se evapora el *pluralismo razonable* y se condensa una obligación constitucional.

Este alambicado escenario de certezas plenas dista mucho de la realidad. Sin embargo, pone de relieve algo parecido a una *relación inversa* en la que parecen converger los resultados actuales de la teoría de los principios en cuanto sistematización teórica sobre los derechos fundamentales. Me refiero a la relación entre certeza tanto empírica como normativa por una parte y democracia por la otra.

En el marco de una teoría general de la discrecionalidad, este punto se formula concisamente por Klatt y Schmidt (2012: 94):

> «En cuanto mandatos de optimización, los derechos fundamentales requieren de su realización a la mayor extensión posible, y por lo tanto *prima facie* exigen negar al legislativo

60. Recabo el símil de las «facetas» de Landemore, 2017: 289-290.

cualquier discreción epistémica. Desde la perspectiva del sujeto de derechos, habría de evitarse toda discreción epistémica».

Donde hay certeza, hay un margen cada vez más acotado para la discreción. Por el contrario, donde hay escasa certeza, hay un mayor margen para la decisión y una mayor necesidad de deliberación. En este sentido, el procedimiento democrático (al menos en la medida que busque efectivamente incluir a todos los afectados), lleva una presunción de valor epistémico o deliberativo. Así, notablemente, la *ley epistémica* de la ponderación ciertamente desaconseja el control de constitucionalidad donde es necesario deliberar[61].

¿Llegaría esto a implicar que, no sólo la discreción epistémica, sino incluso el elemento volitivo de la democracia sólo resulta legítimo ante la ausencia de certeza? Esta pregunta toca a los puntos de oposición entre el valor instrumental o intrínseco de la democracia (aunque esta oposición tampoco sea conceptualmente necesaria ni ocurra en una mayoría de casos)[62]. Todo ello proporcionaría pautas para matizar la atención hacia los estándares de corrección independientes de los procedimientos (en términos de las concepciones epistémicas de la democracia), a la luz de la certeza y de la efectiva representatividad procedimental.

En un menor nivel de abstracción, cabe apuntar un abanico de posibilidades en la pragmática institucional. La teoría de los principios actualmente se muestra apta para justificar también un control limitado de constitucionalidad. Sobre este último punto, y como duda abierta, debemos mencionar las innovaciones respecto a los distintos niveles de escrutinio en el control de constitucionalidad. Bajo esta óptica, un control limitado de constitucionalidad bien puede empatar con propuestas como el de un control procedimental (o semiprocedimental) de la constitucionalidad[63]. Suspendiendo por el momento la discusión más puntual sobre tales modelos, una pregunta clave sería: ¿las concepciones procedimentales de la democracia se opondrían asimismo al control limitado o (semi-)procedimental? O bien, ¿se llegaría con este tipo de mecanismos a un punto de síntesis entre ambas concepciones? A mi parecer, incluso hay herramientas conceptuales encaminadas a preservar los matices opuestos de ambas concepciones de la democracia: lo que se volvería decisivo sería la perspectiva del caso concreto y su debida

61. «El control judicial de las leyes, bajo esta lógica, posee muy bajo valor epistémico» (Gama, 2019: 227).

62. Sobre su complementariedad, Anderson, 2009. Sobre los casos de oposición, podríamos recordar que la autonomía pública parece operar en un sentido muy distinto a la autonomía privada. Según la autonomía privada, nuestra dignidad nos merece ser tomadores de decisiones *personalísimas* y que merecen igual respeto más allá de si sean «óptimas», por ejemplo: sobre nuestras relaciones afectivas, amistosas y, en buena parte sobre la determinación de nuestro plan de vida en general. Esto no ocurre en la «autonomía pública». Al involucrar a terceros y a la sociedad, el umbral para el escrutinio de los actos de autoridad se eleva hasta hablar de una obligación de fundamentar óptimamente (desde lo fáctico y lo jurídico) las decisiones.

63. Sobre control procedimental y semiprocedimental, Bar-Siman-Tov, 2012; y de forma más sustantiva sobre la calidad deliberativa, Oliver-Lalana, 2019. Propuestas recientes (véase el útil balance en Giuffré, 2018; *cfr.* Gama, 2019: esp. 302 y ss) observan una nueva concepción, *dialógica* o *deliberativa*, del constitucionalismo iniciada con diseños institucionales como la cláusula *notwithstanding* de Canadá y que se incorpora paradigmáticamente en escrutinios limitados en el control de constitucionalidad y la falta de última palabra judicial. El prospecto de ello *qua* nueva concepción de constitucionalismo aquí será suspendido, acotándonos a apuntar la difusión de tal tipo de matices en el diseño institucional.

deliberación en términos de los criterios de la teoría de los principios actual. Así, como en la concepción de la democracia deliberativa de Habermas, podríamos mantener una intención de integrar rasgos co-originales de autonomía pública y privada. A diferencia de ella, esta integración estaría orientada al ámbito contextual del razonamiento jurídico y sin tener que rechazar conceptualmente la función de la ponderación en nuestra difundida «*cultura de la justificación*»[64].

Ciertamente, esto sólo puede ser el tema de investigaciones más pormenorizadas. Desde los propósitos más acotados de este escrito, sólo he pretendido apuntar la posibilidad de alzar este tipo de preguntas comparando o integrando a la teoría de los principios actual y las concepciones de la democracia a la luz de innovaciones institucionales.

4. SÍNTESIS Y COMENTARIOS FINALES

Primero, hicimos un mapeo de la tensión entre las concepciones epistémicas y procedimentales de la democracia. Después, hicimos un balance breve sobre la teoría alexiana de los principios. Se enfatizó su desarrollo a través del «teorema de exclusión» en la distinción entre reglas y principios, se anotaron las objeciones a los principios en cuanto mandatos de optimización, así como el modelo de Sieckmann sobre *argumentos normativos* y *aserciones normativas*, el desarrollo reciente de los principios formales, y el rol de la certeza. Por último, tomamos cuenta de algunos puntos donde la teoría de los principios abona al entendimiento de las concepciones de la democracia. Para ello, anotamos cómo la pragmática de las decisiones en las diversas instituciones puede analizarse en términos de pretensión de corrección, aunque bajo diverso alcance y fuerza, así como en términos de ponderación.

Por último, anotamos cómo el énfasis en la certeza revela una relación inversa donde los derechos humanos pedirían el menor ejercicio de discrecionalidad (democrática, judicial o cualquiera) posible, aunque en la medida que el poder legislativo se acerque a una deliberación inclusiva, le pertenecerá una presunción epistémica, de deliberación.

Aunque cabe insistir sobre el carácter exploratorio y preliminar de las cuestiones aquí recogidas, con ellas se postula que parece posible y deseable tender un puente conceptual entre la teoría de los principios y la persistente tensión entre las concepciones procedimentales y epistémicas de la democracia en teorías recientes.

64. Esta suele contrastarse con una «cultura de la autoridad». Orbita en torno a la posibilidad de cada individuo para controvertir cada decisión autoritativa, exigiendo justificaciones sustantivas. Así, las teorías de los principios y de la ponderación (en sentido amplio) ofrecen elementos valiosos para esta función pública y escrutadora de la argumentación. Véase Kumm, 2010, Klatt 2019. *Cfr*. el reciente «modelo priorizante» (*prioritizing model*) de Cristina Lafont (2020: 207 y ss) contemplando focalmente al *judicial review* y considerando al análisis de proporcionalidad por su condensación de *razones públicas* en temas desafiantes (esp. en la pág. 213), y su acoplamiento con la discusión en la esfera pública.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B., (1991). *We the People, Volume 1: Foundations*. Cambridge: Belknap / Harvard University Press.

Albert, H., (1985 [1968]). *Treatise on Critical Reason*. Princeton University Press. doi: 10.1515/9781400854929

Alexy, R., (1988). «Problems of Discourse Theory», *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 20 (58), 43-65.

Alexy, R., (2002a). «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (66), 13-64.

Alexy, R., (2002b). «Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit», en R. Alexy, W. Erbguth, y P. Kunig, (eds.), *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im* Öffentlichen *Recht*, Berlin: De Gruyter, 7-30. doi: 10.1515/9783110898743.7

Alexy, R., (2005). «Balancing, Constitutional Review, and Representation», *International Journal of Constitutional Law*, 3 (4), 572-581. doi: 10.1093/icon/moi040

Alexy, R., (2007). «Thirteen Replies», en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart, 333-366. doi: 10.5040/9781472563989.ch-016

Alexy, R., (2014). «Principios formales», *Doxa*, 37, 15-29. doi: 10.14198/DOXA2014.37.01

Alexy, R., (2018a [1985]). *Theorie der Grundrechte,* 8ª. ed. Frankfurt: Suhrkamp.

Alexy, R., (2018b). «The Special Case Thesis and the Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, 31 (3), 254-259. doi: 10.1111/raju.12215

Alexy, R., (2019 [1978]). *Theorie der juristischen Argumentation.* 9ª. ed. Frankfurt: Suhrkamp.

Anderson, E., (2009). «Democracy: Instrumental vs. Non-Instrumental Value», en T. Christiano y E. Christman (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Malden: Blackwell, 213-227. doi: 10.1002/9781444310399.ch12

Arango, R., (2011). «Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales», en L. Clérico, J.-R. Sieckmann y D. Oliver-Lalana (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy,* Granada: Comares, 73-90.

Aristóteles, (1985). Ética *nicomáquea y Ética eudemia*, Madrid: Gredos.

Atienza, M., (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Tecnos.

Atienza, M., (2019). «Legislation and Argumentation: Towards a Model for the Analysis of Legislative Reasoning», en A. D. Oliver-Lalana (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Cham: Springer, 175-206. doi: 10.1007/978-3-030-12068-9_8

Atienza, M. y Ruíz Manero, J., (1991). «Sobre principios y reglas», *Doxa*, 10, 101-120. doi: 10.14198/DOXA1991.10.04

Badenhop, J. (2010). *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention,* Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845225869

Bagnoli, C., (2020). «Constructivism in Metaethics», en E. N. Zalta, (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020). Recuperado el 14 de enero de 2021, de https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/constructivism-metaethics/

Barberis, M. G., (2006). *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre el pluralismo* ético. México: Fontamara.

Barberis, M., (2016). «Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y ponderación libertad-seguridad», *Doxa*, 39, 265-288. doi: 10.14198/DOXA2016.39.14

Bar-Siman-Tov, I., (2012). «Semiprocedural judicial review», *Legisprudence*, 6 (3): 271-300. doi: 10.5235/17521467.6.3.271

Bächtiger, A., Dryzek, J. S., Mansbridge, J., y Warren, M. E. (eds.), (2018). *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press. doi: 10.1093/oxfordhb/9780198747369.001.0001

Bäcker, C., (2012). *Begründen und Entscheiden: Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, 2ª. ed., Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845236544

Bäcker, C., (2014). «Reglas, principios y derrotabilidad», *Doxa*, 37, 31-44. doi: 10.14198/DOXA2014.37.02

Bello Hutt, D., (2018). «Measuring popular and judicial deliberation: A critical comparison», *International Journal of Constitutional Law*, 16 (4), 1121-1147. doi: 10.1093/icon/moy085

Bello Hutt, D., (2019). «Political representation as a regulative ideal. A comment on the democratic objection to constitutional review», *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 38, 39-54. doi: 10.4000/revus.5146

Bernal Pulido, C., (2003). «Estructura y límites de la ponderación», *Doxa*, 26, 225-238. doi: 10.14198/DOXA2003.26.12

Bohman, J., (1998). «The Coming of Age of Deliberative Democracy», *Journal of Political Philosophy*, 6 (4), 400-425. doi: 10.1111/1467-9760.00061

Borowski, M., (2011). «Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy's Three Main Works» *Jurisprudence*, 2 (2), 575-595. doi: 10.5235/204033211798716899

Borowski, M. (2015). «Robert Alexy's reconstruction of formal principles», en J. A. de Oliveira, Stanley L. Paulson, y A. T. G. Trivisonno (eds.), *Alexy's Theory of Law: Proceedings of the Special Workshop «Alexy's Theory of Law» held at the 26th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Belo Horizonte, 2013* (ARSP Beiheft 144), Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 95-109.

Borowski, M., (2016). «La ponderación en la estructura jerárquica del derecho», en M. Elósegui Itxaso (ed.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 71-100.

Borowski, M., (2019). «La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad», *Ciencia Jurídica*, 8 (16), 81-98. doi: 10.15174/cj.v8i16.314

Borowski, M., (*ms*). «Limited Review in Balancing Fundamental Rights», *Draft paper* recuperado el 14 de enero de 2021 de: https://www.icjp.pt/sites/default/files/cursos/documentacao/borowski_-_limited_review_.pdf

Campos Zamora, F. J., (2018). «Menos Habermas y más *Realpolitik*: ¿Qué tan eficaces son los procesos participativos en la toma de decisiones?», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* 25, 21-38.

Cohen, J., (1986). «An Epistemic Conception of Democracy», *Ethics*, 97, 26-38. doi: 10.1086/292815

Dahl, R. A., (1971). *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven/London: Yale University Press.

Dworkin, R. M., (1967). «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review*, 35 (1), 14-46. doi: 10.2307/1598947

Dworkin, R., (1986). *Law's Empire*. Cambridge/London: Harvard University Press.

Erman, E., (2009). «What is Wrong with Agonistic Pluralism? Reflections on Conflict in Democratic Theory», *Philosophy & Social Criticism*, 35 (9), 1039-1062. doi: 10.1177/0191453709343385

Estlund, D., (1997). «The Epistemic Dimension of Democratic Authority», *The Modern Schoolman*, 74 (4), 259-276. doi: 10.5840/schoolman199774424

De Fazio, F., (2018). «La teoría de los principios. Un estado de la cuestión», *Lecciones y Ensayos*, 100, 43-68.

Forst, R., (2013). *Toleration in Conflict: Past and Present,* Cambridge: Cambridge University Press. doi: 10.1017/CBO9781139051200

Friedman, B., (1993). «Dialogue and judicial review», *Michigan Law Review*, 91 (4), 577-682.

Gallie, W. B., (1956). «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 167-198.

Gama, L., (2019). *Derecho, democracia y jueces*. Madrid: Marcial Pons.

Giuffré, C. I., (2018). «Democracia deliberativa y surgimiento del constitucionalismo dialógico», *Revista* Ética *y Discurso*, 1 (3), 35-60.

Günther, K., (1993). «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis"», *Ratio Juris*, 6 (2), 143-156. doi: 10.1111/j.1467-9337.1993.tb00143.x

Günther, K., (2016). «III: Zur Rekonstruktion des Rechts (1): Das System der Rechte», en P. Koller y C. Hiebaum (eds.), *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*, (Klassiker Auslegen 62) Berlín: De Gruyter, 51-67. doi: 10.1515/9783110434743-005

Habermas, J., (2019 [1992]). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 7a. ed., Frankfurt: Suhrkamp.

Höffe, O., (2002 [1990]). *Categorical Principles of Law: A Counterpoint to Modernity*, Pennsylvania: Pennsylvania State University Press.

Kähler, L., (2019). «What Constitutes the Concept of Law? Potentialism as a Position Beyond Positivism and Natural Law Theory», en A. F. L. De Paula y A. Santacoloma (eds.) *Law and Morals*, (ARSP Beiheft 158) Stuttgart: Franz Steiner, 195-217.

Kelsen, H., (1929). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: Mohr Verlag.

Kennedy, D. (2011). «A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law», en R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia, & S. Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford / Portland, Oregon: Hart Publishing, 185-220. doi: 10.5040/9781472560995.ch-011

Klatt, M., (2015). «Balancing Competences: How Institutional Cosmopolitanism can Manage Jurisdictional Conflicts», *Global Constitutionalism*, 4 (2), 195-226. doi: 10.1017/S2045381715000039

Klatt, M., (2019). «Proportionality and Justification», en E. Herlin-Karnell, M. Klatt, y H. Morales Zúñiga (eds.), *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*, New York: Oxford University Press, 159-196. doi: 10.1093/oso/9780190889050.003.0008

Klatt, M. (2020). «La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema», *Doxa,* 43, 219-252. doi: 10.14198/DOXA2020.43.09

Klatt, M., y Schmidt, J., (2012). «Epistemic discretion in constitutional law», *International Journal of Constitutional Law*, 10 (1), 69-105. 10.1093/icon/mor056

Kleinlein, T. (2012). «Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law», en A. von Bogdandy e I. Venzke (eds.), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance*, Heidelberg: Springer, 251-292. doi: 10.1007/978-3-642-29587-4_8

Koller, P., (2006). «The Concept of Law and Its Conceptions», *Ratio Juris*, 19 (2), 180-196. doi: 10.1111/j.1467-9337.2006.00323.x

Kumm, M., (2010). «The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review», *Law & Ethics of Human Rights*, 4 (2), 141-175. doi: 10.2202/1938-2545.1047

Kremm, D. R., (2018). *Practical Cognitivism: An Essay on Normative Judgment*, tesis doctoral en Harvard University, recuperado el 14 de enero de 2021 de: http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:39947186

Lafont, C., (2020). *Democracy without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press. doi: 10.1093/oso/9780198848189.001.0001

Landemore, H., (2017). «Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy», *Social Epistemology*, 31 (3), 277-295, doi: 10.1080/02691728.2017.1317868

Lassman, P., (2011). *Pluralism*. Malden: Polity.

Lozada, A. (2018). «Activismo judicial y derechos sociales: Un enfoque postpositivista», *Doxa*, 41, 211-226. doi: 10.14198/DOXA2018.41.11

Mackie, J. L., (1977). *Ethics: Inventing Right and Wrong*. New York: Penguin.

Margalit, A., y Raz, J. (1990). «National Self-Determination», *The Journal of Philosophy*, 87 (9): 439-461. doi: 10.2307/2026968

Mejía Quintana, O., (2014). «Hacia un modelo alternativo de adjudicación constitucional y del rol político-jurídico de los tribunales constitucionales. La teoría del derecho de Jürgen Habermas», en J.E. Douglas Price y D.J. Duquelsky Gómez (eds.) *Primer Congreso Iberoamericano. XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 279-314.

Möllers, C., (2013). *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press.

Mouffe, C., (1999). «Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?», *Social Research*, 66 (3): 745-758.

Mouffe, C., (2005). *On the Political,* New York: Routledge.

Müller-Doohm, S. y Zucca, D., (2019). «Kommunikatives Handeln als gesellschaftliche Einheit: Thesen und Antithesen», en L. Corchia, S. Müller-Doohm y W. Outhwaite, (eds.), *Habermas global: Wirkungsgeschichte eines Werks*, Frankfurt: Suhrkamp, 19-109.

Neria Govea, M. de J., (2018). «El poder constituyente permanente en México y el problema de los límites de la reforma constitucional», *Estudios Constitucionales*, 16 (1), 67-98. doi: 10.4067/S0718-52002018000100067

Neumann, U., (2004). *Wahrheit im Recht: zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform,* Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783748902447-1

Nino, C. S., (1988). «Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas», *Doxa*, 5, 87-106. doi: 10.14198/DOXA1988.5.05

Nussbaum, M. C., (2011). «Perfectionist Liberalism and Political Liberalism», *Philosophy & Public Affairs*, 39 (1), 3-45. doi: 10.1111/j.1088-4963.2011.01200.x

Oliver-Lalana, A. D., (2019). «Legislative Deliberation and Judicial Review: Between Respect and Disrespect for Elected Lawmakers», en A. D. Oliver-Lalana (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Cham: Springer, 207-241. doi: 10.1007/978-3-030-12068-9_9

Özmen, E., (2016). «Democracy within Pluralism: Hans Kelsen on Civil Society and Civic Friendship», en I. Bryan, P. Langford, y J. Mcgarry (eds.), *The Reconstruction of the Juridico-Political: Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber,* Oxon/New York: Routledge, 44-57.

Palombella, G., (2006). «El abuso del derecho, del poder y del *rule of law*», *Doxa*, 29, 33-57. doi: 10.14198/DOXA2006.29.02

Palombella, G., (2019). «"Formats" of Law and their Intertwining», en J. Klabbers y G. Palombella, (eds.), *The Challenge of Inter-legality,* Cambridge: Cambridge University Press. doi: 10.1017/9781108609654.002

Palu, G. A. A., (2017). «Grundrechte, Demokratie und Formelle Prinzipien», *Ius Gentium*, 8 (2), 362-407.

Palu, G. A. A., (2019). *Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen: Eine Untersuchung formeller Prinzipien vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie*. Baden-Baden: Nomos. doi: 10.5771/9783845297248

Pavlakos, G., (1998). «The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law», *Ratio Juris*, 11 (2), 126-154. doi: 10.1111/1467-9337.00081

Pirker, B., (2013). *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Groningen: Europa Law Publishing.

Portocarrero Quispe, J. A., (2016a). *La ponderación y la autoridad en el derecho: el rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Portocarrero Quispe, J. A., (2016b). «El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy: del in dubio pro libertate al in dubio pro legislatore», en J. A. Portocarrero Quispe (ed.), *Ponderación y discrecionalidad: Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 221-260. doi: 10.2307/j.ctv1503jxh.7

Portocarrero Quispe, J. A., (2017). «Ponderación», *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad,* 12, 210-223. doi: 10.20318/eunomia.2017.3653

Poscher, R., (2016). «Teoría de un fantasma: la búsqueda infructuosa de la teoría de los principios por su objeto», en M. Elósegui Itxaso (ed.), *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 111-142.

Putnam, H. y Habermas, J., (2008). *Normas y valores*, Madrid: Trotta.

Rawls, J., (1971). *A Theory of Justice,* Cambridge: Harvard University Press.

Rawls, J. (2005 [1993]). *Political Liberalism: Expanded Edition*, New York: Columbia University Press.

Reick, R., (2016). *Freiheit und Pluralismus: Isaiah Berlins zentrale Ideen als Material für die heutige Philosophie,* Karlsruhe: KIT Scientific Publishing. doi: 10.5445/KSP/1000051978

Saffon, M. P. y Urbinati, N., (2013). «Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty», *Political Theory*, 41 (3), 441-481. doi: 10.1177/0090591713476872

Sardo, A., (2013). «Teorías de la ponderación. Análisis crítico», en F. Morales y P. Grández Castro (eds.), *La argumentación jurídica en el estado constitucional.* Lima: Palestra.

Scheuerman, W. E., (2017). «Recent Frankfurt Critical Theory: Down on Law?», *Constellations*, 24 (1), 113-125. doi: 10.1111/1467-8675.12218

Schulz, L., (2007). «Wahrheit im Recht. Neues zur Pragmatik der einzig richtigen Entscheidung», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 353-361.

Schumpeter, J. A., (1942). *Capitalism, Socialism, and Democracy*, New York: Harper & Row.

Schwartzberg, M., (2015). «Epistemic Democracy and Its Challenges», *Annual Review of Political Science*, 18, 187-203. doi: 10.1146/annurev-polisci-110113-121908

Sieckmann, J. R., (1990). *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos.

Sieckmann, J. R., (2007). «Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy», en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart, 189-206. doi: 10.5040/9781472563989.ch-009

Sieckmann, J. R., (2012). *The Logic of Autonomy: Law, Morality and Autonomous Reasoning*, Oxford/Portland: Hart. doi: 10.5040/9781472566256

Sieckmann, J. R., (2013). «Zur Prinzipientheorie Robert Alexys. Gemeinsamkeiten und Differenzen», en M. Klatt (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 271-295.

Sieckmann, J. R., (2019). «Legislation as Balancing», en A. D. Oliver-Lalana (ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Cham: Springer, 133-152. doi: 10.1007/978-3-030-12068-9_6

Siedenburg, P., (2019). «Sprachliche Präsentation und institutionelle Struktur juristischer Entscheidungen», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 105 (2), 143-170. doi: 10.25162/arsp-2019-0008

Spaak, T., (2020). «Relativism in the Philosophy of Law», en M. Kusch (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Relativism*, Oxon / New York: Routledge, 272-279. doi: 10.4324/9781351052306-30

Tschentscher, A., (1997). «The Function of Procedural Justice in Theories of Justice», en K. F. Röhl y S. Machura (eds.), *Procedural Justice*. Ashgate/Dartmouth, 105-120. doi: 10.4324/9780429444524-5

Urbinati, N., (2000). «Representation as Advocacy», *Political Theory,* 28 (6): 758-786. doi: 10.1177/0090591700028006003

Wagrandl, U., (2020). «Kelsen was no relativist: Reading Hans Kelsen in the Light of Isaiah Berlin's Value Pluralism», en M. Jestaedt, R. Poscher y J. Kammerhofer (eds.), *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand*. Stuttgart: Franz Steiner, 373-392.

Waldron, J., (2006). «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, 115 (6), 1346-1406.

Wang, P. H., (2017). «Formal Principles as Second-Order Reasons», en M. borowski, S. L. Paulson y J. R. Sieckmann (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie: Robert Alexys System*, Tübingen: Mohr Siebeck, 429-448.

Wohlrapp, H. R., (2014). *The Concept of Argument: A Philosophical Foundation,* Dordrecht: Springer. doi: 10.1007/978-94-017-8762-8

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Equilibrio reflexivo y justificación: ¿intuicionismo o coherentismo? (en el 50º aniversario de la publicación de *A Theory of Justice*)*

Reflective Equilibrium and Justification: Intuitionism or Coherentism? (On the 50th Anniversary of the Publication of *A Theory of Justice*)

Emilio José Rojas Molina

Autor:
Emilio José Rojas Molina
Universidad de Salamanca, España
erojas@usal.es

Recibido: 3-8-2020
Aceptado: 14-12-2020

Citar como:
Rojas Molina, Emilio José, (2021). Equilibrio reflexivo y justificación: ¿intuicionismo o coherentismo? (en el 50º aniversario de la publicación de *A Theory of Justice*) Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 409-441. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.16

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Emilio José Rojas Molina

Resumen

Este trabajo examina la concepción de la justificación en la que se inscribe el método al que Rawls apela para justificar sus principios de justicia, una de las cuestiones metodológicas que más reparos ha generado. En este sentido, se propone explicar por qué el equilibrio reflexivo supone una explicación ampliamente coherentista de la justificación, así como de qué modo la visión que ofrece de esta trata de evitar cualquier elemento de naturaleza fundacionalista. Puesto que, en cuanto teoría de la justificación, el fundacionalismo es el enfoque que más abiertamente parece oponerse al coherentismo, pero algunas de las críticas que se han formulado del equilibrio reflexivo han tratado de presentarlo como una forma encubierta de intuicionismo –la versión más importante de fundacionalismo moral–, el trabajo intenta poner de manifiesto algunas de las diferencias más relevantes que cabe trazar entre esos dos modos de concebir la justificación. Tomando esto como base, pretende evidenciar por qué los intentos de presentar la justicia como equidad como participando de esa clase de fundacionalismo son poco razonables, pero, sobre todo, ofrecer algunas respuestas a propósito de ese tipo de reproches, subrayando las cuestiones en las que debe ponerse el foco a la hora de evaluarlos.

Palabras clave: Rawls; método de justificación; equilibrio reflexivo; coherentismo; fundacionalismo; intuicionismo.

* Me gustaría agradecer los valiosos comentarios y sugerencias que sobre el borrador de este trabajo me trasladaron Miguel Ángel Rodilla y J. A. Ramos Pascua. Quisiera también señalar que en este artículo reviso y reelaboro parte de lo expuesto en el capítulo V de mi tesis doctoral, *Método y justificación en la teoría de la justicia de Rawls* (Universidad de Salamanca, 2018), que próximamente publicará la editorial Tirant lo Blanch, tras haber sido sometida a un profundo proceso de revisión.

Abstract

This paper examines the conception of justification that the method to which Rawls appeals to justify his principles of justice falls within, one of the methodological questions that more objections has generated. In this sense, it sets out to explain why reflective equilibrium supposes a broadly coherentist account of justification, as well as how the vision that it offers of this seeks to avoid any element of a foundationalist nature. Since foundationalism is the approach to justification that it seems to oppose coherentism most straightly, but some of the criticisms of reflective equilibrium have attempted to present it as a disguised form of intuitionism –the most important version of moral foundationalism–, the paper tries to highlight some of the most significant differences that can be drawn between these two ways of seeing justification. Taking this as a basis, it aims to show why attempts to present justice as fairness as participating in that kind of foundationalism are unreasonable, but, above all, to offer some answers regarding these objections, emphasizing the questions that must be put the focus when evaluating them.

Keywords: Rawls; method of justification; reflective equilibrium; coherentism; foundationalism; intuitionism.

I

Se cumplen 50 años de la publicación de *A Theory of Justice* (1971), obra de John Rawls, que ha llegado a ser considerada por muchos como la más importante en el ámbito de la filosofía moral desde *The Methods of Ethics* (1907) de Henry Sidgwick. Con la teoría de la justicia que allí expone –a saber: *la justicia como equidad*– Rawls pretende elucidar la cuestión de cuál es la concepción de la justicia más adecuada para una sociedad democrática. Para dar respuesta a esa cuestión, Rawls no solo trata de articular un conjunto definido de principios de justicia, e intenta explorar sus consecuencias institucionales, sino que también construye un procedimiento de decisión para defenderlos frente a concepciones rivales. Básicamente, Rawls diseña una situación de elección puramente hipotética, a la que denomina la «posición original», en la que individuos racionales, guiados por consideraciones de interés propio, pero sometidos a condiciones de desinformación muy severas a propósito de cualesquiera datos particulares son convocados a deliberar y ponerse de acuerdo sobre los principios de justicia. Pero, al mismo tiempo, para comprobar la idoneidad de ese procedimiento, somete el propio diseño de la posición original, que ya de inicio tiene entre sus propósitos expresar las condiciones a las que sería razonable sujetar la elección de los principios, a un test muy concreto, el de la coherencia en «equilibrio reflexivo» que los principios elegidos en ella mostrarían con respecto a las convicciones morales que con mayor firmeza sostenemos, nuestros «juicios considerados». De hecho, Rawls concibe el constructo de la posición original como un recurso expositivo que nos permite reunir en un mismo esquema de razonamiento, además de los elementos fundamentales de una sociedad democrática y moderna, nuestras

convicciones más abstractas y formales y nuestros juicios más particulares y concretos[1], y recurrir a lo convincente que, al menos de entrada, resultan unos para comprobar lo plausible que son otras y viceversa, todo ello con el propósito justamente de servirnos de la credibilidad que se deriva de la reunión de todos ellos en la elección de los principios de justicia apropiados. Según Rawls, a través de la posición original todas nuestras convicciones consideradas, independientemente de si estas son más o menos generales, pueden ser puestas en relación las unas con las otras e influirse mutuamente con el fin de que puedan llegar finalmente a encajar coherentemente.

Sin duda el interés que la obra de Rawls ha despertado se debe tanto a las conclusiones que pretende alcanzar como al razonamiento del que se sirve para establecerlas. Pero, siendo esto así, no es menos cierto que, si los principios que Rawls propone han sido objeto de enorme discusión entre los comentaristas, más controvertida y cuestionada ha sido todavía si cabe la defensa que él proporciona a tales principios, y con ella la propia forma en la que trata de defender sus conclusiones más amplias acerca de la justicia. En este sentido, puede afirmarse que, a pesar de que ofrece sobradas pruebas de su enorme consistencia y sofisticación, lo cierto es que, con respecto a la cuestión del método, la justicia como equidad no ha dejado de suscitar interrogantes y cosechar reparos de la más variada procedencia, pendientes todavía en muchos de los casos de obtener una adecuada respuesta, que explican la necesidad de seguir examinando el procedimiento de justificación asumido por Rawls. Ahora bien, a diferencia de lo que, por lo general, ha sucedido con la mayoría de discusiones que sus principios de justicia han planteado, en las que los términos del debate están más o menos claros, en el caso de las numerosas cuestiones metodológicas que la obra de Rawls ha suscitado –a propósito, por ejemplo, de la relación entre el procedimiento de decisión al que él recurre, la posición original, y el método de justificación de su teoría, la coherencia en equilibrio reflexivo, o de la clase de problema para resolver el cual la justificación es igualmente un procedimiento–, tras muchas de las controversias únicamente subyace una lectura inadecuada de los planteamientos de Rawls. Precisamente el cincuenta aniversario de la publicación de *A Theory of Justice*, la obra con la que Rawls cambió para muchos el modo de entender la filosofía moral y política, parece un buen momento para volver

1. Según Rawls, las personas tienen juicios considerados de justicia «en todos los niveles de generalidad»: no solo poseen convicciones generales como las que se refieren a las restricciones que deben satisfacer las razones en favor de los principios de justicia, sino también convicciones bastante más concretas acerca de algunos comportamientos individuales, o sobre la justicia que cabe atribuir a instituciones y políticas sociales muy determinadas, por ejemplo, la servidumbre o la discriminación por razón de raza, sexo o religión (*cfr.* 1975: 289; y 1978: 59). Como ha expuesto Marcus G. Singer al aseverar que la «importante cuestión metodológica de que nuestros principios y en consecuencia nuestra teoría de la justicia deben corresponderse con nuestros juicios considerados en equilibrio reflexivo» es una «visión [...] válida tanto en principio como en detalle» (2002: 67), no hay duda de que «no ha sido [...] suficientemente apreciado, por aquellos que no piensan así, que los juicios considerados –semejantes a los hechos– contra los cuales testamos nuestros principios –teoría– no son juicios necesariamente particulares solo, ni son necesariamente más concretos y particulares que los principios ideados para explicarlos. Aunque tales 'hechos' pueden ser juicios particulares sobre casos particulares, también pueden ser abstractos y generales» (*ibid.*).

sobre una de esas cuestiones a propósito del método de justificación seguido por él para justificar su concepción de la justicia que han generado ese tipo de controversia: la referida a la concepción de la justificación con la que hemos de asociar el equilibrio reflexivo. Al fin y al cabo, aunque la teoría de la justicia elaborada por Rawls ha trazado una senda propia en el seno de la filosofía moral y política por la que, ciertamente, merece la pena transitar, solo recientemente estamos empezando a asimilar sus frutos. Ronald Dworkin lo ha expuesto perfectamente: «Tras todos los libros, todas las notas a pie de página, todas las magníficas discusiones, no hemos hecho más que comenzar a comprender lo mucho que tenemos que aprender de ese hombre» (Dworkin, 2006: 261).

II

Rawls sostiene que la justificación de una concepción política de la justicia se basa en lo congruente que, tomada en su conjunto, esta resulta con nuestros juicios considerados en equilibrio reflexivo, y, en particular, el modo en el que los organiza dentro de una visión coherente –en la cual todos los elementos que la componen se apoyan además mutuamente–, que, en efecto, es aceptable para nosotros tras la debida reflexión. De acuerdo con esto, ninguna clase específica de juicio considerado, ningún nivel particular de generalidad de los que tales juicios son susceptibles –ni nuestras convicciones más abstractas y formales ni nuestros juicios más particulares y concretos, ni por supuesto tampoco ninguno de los que se refieren a los niveles intermedios que a tales efectos cabe señalar en nuestro razonamiento práctico– trata de explicar por sí solo la justificación de la concepción de la justicia en la que todos encuentran expresión y son apropiadamente cohonestados, por lo que no cabe atribuir a ninguno de ellos un lugar especial, o de algún modo privilegiado, en dicha justificación. Expuesto de forma muy sumaria, esa es básicamente la concepción de la justificación que Rawls asocia al equilibrio reflexivo (*cfr.* 1971: 21 y 577-579 [1999b: 19 y 506-507]; 1989: 23-25, nota 9, p. 24, incluida; 1993: nota 8, pp. 8-9; y 2001: nota 21, p. 26, y 30-32). No obstante, y pese a la brevedad, dos cosas particularmente importantes en lo que a dicha concepción se refiere han de ser necesariamente colegidas. Primera, que el equilibrio reflexivo supone una explicación ampliamente coherentista de la justificación[2], y, segunda, que precisamente por eso la visión que ofrece de esta ante todo trata de evitar en ella cualquier elemento de naturaleza fundacionalista.

A pesar de ser bastante evidente, según eso, el modo en el que Rawls concibe la justificación, y de ofrecer el equilibrio reflexivo justamente uno de los ejemplos más claros de lo que el coherentismo moral supone como método (*cfr.* Daniels, 2020),

2. Una de las primeras caracterizaciones de la metodología de Rawls como siendo la propia de una «teoría de la coherencia» en el ámbito de la «justificación ética», y una, además, a la que «Rawls da una formulación inusualmente clara y elegante (y para mí –dice su autor– convincente)», puede encontrarse en Feinberg, 1972: 213-214.

entre las críticas que se han formulado de dicho procedimiento no han faltado las que, a propósito justamente de esta cuestión, tratan de presentarlo como una forma encubierta de intuicionismo, la versión más importante del fundacionalismo moral que Rawls pretende evitar. Eso, y el hecho de que sea precisamente el fundacionalismo, entendido aquí como una teoría de la justificación, el que más directamente parece oponerse al coherentismo como explicación de aquella, sugieren la necesidad de comenzar examinando los aspectos más relevantes de ambas teorías. En este sentido, aunque, como posteriormente explicaré, Rawls concibe la justificación como un problema práctico y no epistemológico –uno de los puntos más claros que ponen de manifiesto lo lejos que él está de posiciones como las de G. E. Moore, C. D. Broad o W. D. Ross–, habré de tomar prestados algunos conceptos e ideas propios de la epistemología, pues es justamente en la teoría del conocimiento donde más profusamente ha recibido atención la cuestión relativa a la naturaleza de la justificación, y en particular los dos enfoques sobre ella que aquí nos conciernen, el fundacionalismo y el coherentismo. En todo caso, tales elementos, para la exposición de los cuales me apoyo en buena medida en el magnífico ensayo de David O. Brink *Moral Realism and The Foundations of Ethics* (1989), deben ser vistos únicamente como «afirmaciones muy abstractas» relacionadas con «los rasgos estructurales» de ambos (Brink, 1989: 104)[3]. Proceder de ese modo nos permitirá comprender más claramente por qué los intentos de presentar la justicia como equidad como una teoría fundacionalista son poco razonables.

III

Desde que Aristóteles señalara la necesidad de que las creencias que intervienen en la justificación de otras estuvieran ellas a su vez también justificadas (*cfr. Analíticos Segundos*, 72a36-73a20, pp. 318-321 de la trad. cast.), fundacionalismo y coherentismo pueden considerarse las teorías de la justificación históricamente más influyentes (*cfr.* Brink, 1989: 101 y 104); de hecho, tanto el fundacionalismo como el coherentismo han pretendido ser cada uno de ellos «la explicación correcta de la justificación» (*ibid.*: 100)[4]. En términos generales, esa exigencia de ofrecer igual justificación para las creencias que justifican supone que nuestra creencia *p* naturalmente podría estar basada en creencias tales como *q* y *r*, pero impone que, para que *q* y *r* puedan justificar *p* «de manera inferencial», ellas a su vez deben estar justificadas a través de otras creencias igualmente susceptibles de justificación, y así sucesivamente (*cfr. ibid.*: 104-105). Ahora bien, ese «requerimiento epistemológico», completamente «plausible», ha pretendido ser

3. Sobre el modo en el que el fundacionalismo y el coherentismo conciben «la estructura de nuestras justificaciones», véase también Steup y Neta, 2020.

4. Para una comparación de esos dos enfoques acerca de la naturaleza de la justificación que trata de poner de manifiesto el contraste tan señalado que existe entre ambos, véase Dancy, 1985: caps. 4 a 9. Para la tesis de que «la tradicional dicotomía entre coherentismo y fundacionalismo es engañosa», véase, sin embargo, Hansson, 2007.

atendido de varias maneras, entre ellas las dos a las que fundacionalismo y coherentismo responden, esto es, entendiendo que la justificación debe ser siempre «lineal», pero no toda ella puede ser «inferencial» (fundacionalismo)[5], o, por el contrario, que, si bien siempre ha de ser «inferencial», no en todos los casos puede ser una justificación «lineal» (coherentismo) (*cfr. ibid.*: 105, 116 y 291-292). Invirtiendo el orden que seguramente sería de esperar por razones de tipo histórico, comenzaré por la caracterización más genérica del coherentismo (moral). Eso nos permitirá contraponer mejor, con el propósito más arriba expuesto, lo que el fundacionalismo (moral) supone.

El *coherentismo moral* puede ser visto como la consecuencia de aplicar a la justificación de las creencias morales la teoría coherentista de la justificación (*ibid.*: 103), la cual, conviene siquiera apuntarlo, pese a la estrecha relación que mantiene con ella, no se solapa sin más con «la teoría de la verdad como coherencia», que afirma que «una proposición es verdadera si y sólo si es un miembro de un conjunto coherente» (Dancy, 1985: 135, *cfr.* 135-138)[6]. En cuanto método, el coherentismo confía en la «interacción entre teoría y juicios particulares» (Brink, 1989: 65), y, según lo anterior, existen pocas dudas de que «puede aplicarse a la justificación de nuestras creencias morales» (*ibid.*: 101), tan pocas que, como ya apunté, uno de los casos más evidentes de teoría coherentista de la justificación en el ámbito de la filosofía moral que suelen citarse es precisamente el método del equilibrio reflexivo de Rawls (*cfr.* Brink, 1987: 73 y 76; y 1989: 133)[7]. De hecho, es bastante evidente la posibilidad de entender que «cualquier creencia moral que sea parte del equilibrio reflexivo está justificada de acuerdo con una teoría coherentista de la justificación en la ética» (Brink, 1989: 131). Pero, más allá de esto, en lo que quiero insistir aquí es en que, si con arreglo a «una teoría coherentista de la justificación» se afirma que «una creencia está justificada en la medida en que el conjunto de creencias al que pertenece es coherente» (Dancy, 1985: 138, *cfr.* 138-143), esto es, si forma parte de «un sistema de creencias explicativamente coherente» (Brink, 1989: 17), ninguna de las cuales puede ser justificada, además, de manera no inferencial[8], desde el punto de vista más concreto del «coherentismo moral»

5. Como explica Dancy, «la pretensión de que hay dos formas de justificación, inferencial y no-inferencial, es el núcleo de cualquier forma de [...] [fundacionalismo] en la teoría de la justificación» (1985: 74).
6. Sobre «la teoría coherentista de la verdad», véase Young, 2018. Un examen crítico de la «relación entre coherencia y verdad» puede encontrarse en Olsson, 2002, y Thagard, 2007, que defienden la existencia «en el mejor de los casos [de] una muy débil conexión entre la coherencia y la (probabilidad) de verdad» y la «coherencia explicativa» como «conducente al menos a la verdad aproximada» respectivamente. Para «la teoría coherentista de la justificación epistémica», véase igualmente Olsson, 2017. Respecto de la distinción más específica entre el coherentismo como «método de investigación» que atribuye a la coherencia «un papel vital e indispensable como criterio de la verdad» y el coherentismo como «teoría sobre la estructura o naturaleza de la justificación», véase Stern, 2004.
7. Como ha expuesto Dancy, «algunos de los que discuten la justificación moral, e incluso algunos de los que se llaman a sí mismos coherentistas toman como su modelo de coherentismo la noción de John Rawls del equilibrio reflexivo» (Dancy, 2004: 153).
8. Aunque la «noción de coherencia» como «propiedad» referida a un «conjunto de creencias» parecería explicarse por sí sola, y todos los coherentistas están de acuerdo en que la «consistencia» ha de ser un elemento consustancial a la misma, añadiendo muchos a esa condición la «compleción», no son pocos los que, para explicar

lo que se asevera es que «la creencia moral de uno *p* está justificada en la medida en que *p* es parte de un sistema coherente de creencias, tanto morales como no morales, y la coherencia de *p* explica al menos parcialmente por qué uno sostiene *p*» (*ibid.*: 103; *cfr.* Brink, 1987: 73-74). Ciertamente, el coherentismo moral, comenzando por el de Rawls, asume que las personas tienen creencias morales en los diversos niveles de generalidad de los que estas son susceptibles, pero también, y esto es lo realmente característico del mismo, que esas creencias dependen únicamente las unas de las otras, e incluso que hay creencias no morales[9], referidas, por ejemplo, a aspectos concretos de la teoría social y psicológica, con las cuales, según esta teoría, aquellas han de estar igualmente relacionadas en su empeño por conformar un conjunto lo más coherente posible de creencias (*cfr.* Brink, 1987: 86; y 1989: 104). Aunque sobre esto último, esto es, cómo en un coherentismo como el de Rawls la justificación que la coherencia puede ofrecernos a propósito de la concepción moral está vinculada no solo a la que esta muestra con respecto a «creencias morales consideradas», sino también a otras creencias de naturaleza distinta a la moral (*cfr.* Brink, 1987: 86 y 90), tendremos oportunidad de volver posteriormente a propósito de la interpretación que Norman Daniels hace del equilibrio reflexivo.

De acuerdo con esta clase de coherentismo, la justificación de una creencia moral se explica, pues, por su coherencia, en los términos apropiados, con el resto de creencias, incluyendo también las de carácter no moral, que aceptamos o podríamos llegar a aceptar (*cfr.* Brink, 1989: 9), naturalmente, se supone que a través del procedimiento de reflexión adecuado. Es cierto que en nuestra praxis cotidiana suele producirse una «justificación contextualista», esto es, «una justificación parcial o incompleta» que no satisface por completo la condición de que las creencias que justifican estén ellas mismas justificadas. Así, en los «contextos normales de justificación», las personas damos por buenas, creemos que están verdaderamente justificadas, un buen número de creencias, normalmente «creencias de fondo» que no cuestionamos y que tenemos por indubitadas de un modo tal que nos parece incluso innecesario tratar de justificarlas. Eso es razonable, pues, de lo contrario, sería imposible avanzar justificaciones concretas para la multitud de temas específicos con los que nos topamos. En tales casos, la justificación aparece como más o menos lineal, un tipo de justificación

el «modo particular» en el que ese conjunto habría de mantenerse «unido y mutuamente ajustado», recurren también a nociones como las de «implicación» (una creencia implica otra si y solo si, dada aquella, esta otra *debe* ser cierta) y «explicación mutua» (cada una de las creencias que forman parte de un conjunto de creencias se explica por las demás creencias). Sin embargo, si nos atenemos a las controversias que ya en el terreno de la propia epistemología suscitan los análisis de la coherencia que se plantean en términos de implicación e incluso las dudas que suscita la idea de compleción, y a que la disputa, en cambio, parece ser bastante menor en torno a «lo coherente como lo mutuamente explicativo», cabría entender que la mayoría de las teorías de la justificación como coherencia al menos convendrán en afirmar que «un conjunto [de creencias] es coherente en la medida en que sus miembros son mutuamente explicativos y consistentes» (*cfr.* Dancy, 1985: 132-135).

9. Como ha explicado Brink, «desde su artículo, 'Outline for a Decision Procedure in Ethics', John Rawls ha defendido una epistemología moral coherentista según la cual las teorías morales y políticas se justifican sobre la base de su coherencia con nuestras otras creencias, tanto morales como no morales» (*cfr.* Brink, 1987: 71).

bastante «natural» a los ojos de cualquiera, y que, de hecho, es la mantenida por el fundacionalismo. Pero esa posibilidad, la de omitir la justificación de algunas de las creencias que intervienen en la «justificación contextualista», suele circunscribirse, como digo, a «determinadas creencias de fondo» sobre cuya justificación estamos tan convencidos que creemos superfluo tratar de justificarlas (*cfr. ibid.*: 123-124). Y lo que es más importante, a medida que tratamos de explicar por qué no solo las creencias a las que apelamos en un contexto concreto, sino también «esas creencias que formaban el fondo de la justificación contextualista» están ellas mismas justificadas, «la justificación debe hacerse cada vez más un asunto de apoyo mutuo y cada vez menos un asunto de apoyo lineal» (*ibid.*: 124).

Porque, si pretendemos respetar la «restricción epistemológica» antes citada de modo que las «creencias de fondo» sobre las que construimos nuestras justificaciones contextualistas puedan ellas mismas ser también justificadas, para el coherentista una conclusión emerge: «la justificación sistemática de cualquier creencia solo puede ser explicada como una función de su relación con la totalidad de las otras creencias que uno sostiene o podría sostener» (*ibid.*), entre ellas «creencias de segundo-orden de varias clases» (*ibid.*: 125), y que, en este caso, al estar relacionadas con la moralidad, «incluyen también creencias sobre la fiabilidad de determinadas clases de creencias morales» (*ibid.*:132). En sentido amplio, puede decirse que «el coherentismo satisface esta demanda de justificación sistemática afirmando que la creencia *p* de uno está completa o sistemáticamente justificada cuando *p* es parte de un sistema de creencias máximamente coherente y la coherencia de *p* explica al menos parcialmente por qué uno sostiene *p*» (*ibid.*: 124). Según eso, para la justificación de una creencia no basta, por tanto, con señalar algo así como su «antecedente probatorio inmediato»: se requiere «conectar» los diversos «eslabones» en una «cadena probatoria», pero no necesariamente de una manera lineal. Así, como explica Brink, «no es suficiente que alguien sea capaz de citar *q* en apoyo de *p*, que sea capaz de citar *r* en apoyo de *q*, que sea capaz de citar *s* en apoyo de *r*, y así sucesivamente. Debe ser capaz de conectar *s* y los otros con *p*» (*ibid.*: 293). Porque, si el hacer solo «varios discretos movimientos inferenciales» hace que la justificación resulte «demasiado fragmentaria» (*cfr. ibid.*: 293), no es menos cierto que puede igualmente descartarse por «falaz» el argumento relacionado con el «regreso de justificaciones» al que supuestamente conduce pensar que toda justificación es inferencial, que es la explicación sobre la que el fundacionalismo pretende cimentar su aceptabilidad y a través de la cual se pretende justamente demostrar que la justificación no puede ser solo inferencial si se quiere evitar un «regreso infinito» como ese, soporte, además, para el escepticismo (*cfr.* Dancy, 1985: 73ss. y 150ss.)[10]. La teoría coherentista

10. El problema del «regreso de justificaciones» toma la siguiente forma: «Si yo realizo una afirmación, tú tienes derecho a preguntarme cómo sé que mi afirmación es verdadera. En respuesta, yo tendré que ofrecer algunas de las otras cosas que creo como fundamento o evidencia en apoyo de mi afirmación. Pero entonces, tú puedes preguntar si tengo fundamentos para estas creencias, ya que de lo contrario parece que simplemente las estoy asumiendo. Aunque en ese caso, si ofrezco fundamentos para estos fundamentos, después tu pregunta puede reiterarse, llevando a un regreso aparentemente infinito de justificaciones. Este es el conocido rompecabezas

de la justificación trata de expresar el «apoyo múltiple» de cualquier convicción (*cfr.* Brink, 1989: 294), de describir «cómo *s* y *r*, por ejemplo, pueden ambos apoyar *q*» (*ibid.*), es eso lo que el coherentismo pretende poner de manifiesto cuando, tal y como la concepción de la justificación de Rawls intenta ilustrar, «hace la justificación de las creencias una cuestión de su apoyo *mutuo*» (*ibid.*). En este sentido, «la metáfora de la red de creencias es a menudo menos equívoca para el coherentismo que la metáfora de un único círculo de creencias organizadas en una única fila» (*ibid.*).

Al igual que el coherentismo, también el *fundacionalismo moral* puede verse como la traslación a la ética de una concepción epistemológica más amplia, en su caso el resultado de aplicar la teoría fundacionalista de la justificación a las creencias morales. Esta clase de fundacionalismo podría resumirse en la afirmación de que «la creencia moral *p* de uno está justificada solo en caso de que *p* sea (a) fundacional o (b) esté basada en la clase apropiada de inferencia de creencias fundacionales» (*ibid.*: 102; *cfr.* Brink, 1987: 74). De acuerdo con eso, los fundacionalistas dividen «nuestras creencias» en «dos grupos»: el de las creencias que pueden respaldar a otras pero no necesitan ellas mismas ningún tipo de apoyo, nuestros auténticos «fundamentos epistemológicos»; y el de las creencias que sí necesitan del sostén de otras, las cuales solo pueden ser vistas como «la superestructura construida sobre esos fundamentos» (Dancy, 1985: 71)[11]. Pero, más allá de esa «distinción [estructural] entre fundamentos y superestructura, entre creencias básicas y creencias no básicas» (*ibid.*), propia del fundacionalismo más clásico, lo primero que hay que decir es lo siguiente. La mayoría de fundacionalistas morales han sido intuicionistas. Ahora bien, existe entre ellos una diferencia importante. Para los intuicionistas el empeño por evitar la falacia naturalista está plenamente vigente y obliga a pensar que, en lo que a su «justificación inferencial» se refiere, una creencia moral siempre supone otra de idéntico carácter, aunque normalmente más general. En cambio, los fundacionalistas –tendremos oportunidad de comprobarlo en el ejemplo que ofrece la teoría de Brandt– no asumen que deban existir ineluctablemente «creencias morales fundacionales», esto es, creencias morales justificadas de modo no inferencial o que se justifiquen por sí solas, ni siquiera que estas sean realmente necesarias. Según ellos, cabe la posibilidad de que las creencias morales justificadas estén todas ellas fuera de esa categoría de creencias fundacionales, dentro de la cual solo haya tal vez creencias de naturaleza no moral (*cfr.* Brink, 1989: 101, nota 3, p. 102, y 105-106)[12].

---

epistemológico que constituye el problema del regreso de justificaciones» (Stern, 2004: 297). Sobre las diferentes clases de argumentos de «regreso infinito» que pueden plantearse como forma de objeción a una teoría, véase Ross, 2018.

11. Para «la teoría fundacionalista de la justificación epistémica», véase también Hasan y Fumerton, 2018.
12. Es cierto que en autores como Price (1787) o Reid (1788) el intuicionismo surge de combinar el «realismo moral» con las tesis del fundacionalismo, pero muchos de los filósofos contemporáneos que asumen ese fundacionalismo, por ejemplo, Baier (1958) o Brandt (1979), rechazan el realismo moral, y con este mucho de lo que el intuicionismo supone en el plano epistemológico (Brink, 1989: 100).

De acuerdo con eso –y, aunque no puedo entrar aquí en ello, sin olvidar que existen varias clases de fundacionalismo, «concepciones *subjetivas* y *objetivas*», así como «*fuertes* y *débiles*», según la naturaleza y carácter que se atribuya a las creencias fundacionales (*cfr. ibid.*: 108-109)–, podría decirse que «el intuicionismo es esa versión del fundacionalismo moral que sostiene que la creencia moral de uno *p* está justificada solo en caso de que *p* sea (a) fundacional o (b) esté basada en la clase apropiada de inferencia de creencias *morales* fundacionales» (*ibid.*: 102). Por tanto, para los intuicionistas las creencias morales están justificadas, bien por ser ellas mismas creencias fundacionales, bien por derivarse de estas. Esto último, el que una creencia moral se infiera de otra no plantea obviamente ninguna clase de problemas no ya en el intuicionismo, sino en ninguna otra teoría de la justificación, comenzando por el coherentismo. Sin embargo, lo primero, el modo en el que esta forma de fundacionalismo interpreta el carácter fundacional de las creencias morales en las que, según esta doctrina, concluiría el proceso de justificación, eso es ya otra historia (*cfr. ibid.*: 102-103). Como es bien sabido, con arreglo al carácter, desde luego de por sí ya controvertido, de lo que supone que una creencia sea fundacional, en el intuicionismo moral la justificación de esas creencias no deriva de otras, a lo que se añade que, de acuerdo con la clase de epistemología fundacionalista concreta que incorpora, «nuestro conocimiento moral se basa en última instancia en verdades morales auto-evidentes» (*ibid.*: 3 y 8).

No voy a entrar aquí a exponer las objeciones que habitualmente se dirigen al intuicionismo, relacionadas normalmente con las especiales facultades para la «percepción de hechos y propiedades morales» que atribuye a los sujetos cognoscentes o con las dificultades que esta teoría suele tener para explicar razonablemente y sin incurrir en contradicción la existencia de desacuerdos morales (*cfr. ibid.*: 107-113). Como ha explicado Brink, en contra de lo que pudiera parecer, no son esos los reparos más importantes que pueden ponerse a esa doctrina. Si de algo adolece el intuicionismo es de los «defectos inherentes a cualquier forma de fundacionalismo»[13], los cuales, para no extendernos más de lo estrictamente necesario, podrían resumirse en algo que resulta bastante obvio: ninguna forma de fundacionalismo puede satisfacer la exigencia de que las creencias por medio de las cuales se justifican otras resulten ellas mismas estar justificadas[14], sencillamente porque, en último término, toda versión del mismo se erige sobre creencias fundacionales que se justifican por sí solas –lo que por definición supone que son justificadas de manera no inferencial– y, en el caso del intuicionismo, merece la pena volver a recordarlo, vienen referidas, además, a verdades morales auto-evidentes (*cfr. ibid.*: 100, 113 y 116-117). Naturalmente esta objeción presupone el carácter necesariamente inferencial de cualquier justificación, que es lo que el coherentismo en puridad también asume (*cfr. ibid.*: 114 y 119), y, en opinión de Brink, es

13. Para una exposición de las carencias que poseen las formas más básicas de fundacionalismo, véase Dancy, 1985: caps. 4 y 5; y para una explicación de las razones para evitar cualquier clase de fundacionalismo, derivadas en su caso de consideraciones relacionadas con la teoría del significado, véase *ibid.*: caps. 6 y 7.
14. Rorty se ha referido a eso como «el sinsentido general de que la justificación última descanse sobre lo injustificable» (1979: 361).

en buena medida posible demostrar. ¿Cómo? Según él, analizando el modo en el que nuestras «creencias de primer-orden» –por cuanto aquí interesa, piénsese en nuestras «creencias morales», verbigracia, sobre lo injusto de la esclavitud– se relacionan con nuestras «creencias de segundo-orden» –en este caso, las que más nos importan serían, como digo, «creencias de segundo-orden sobre la moralidad»– acerca, por ejemplo, de qué clase de creencias son aquellas, en qué condiciones se formularon, o por qué deben tenerse por correctas, y, por tanto, poniendo de manifiesto el papel que estas últimas cumplen en la justificación y que evidencia que «ninguna creencia puede ser auto-justificante» (*cfr. ibid.*: 117-120, 124-125, 127-128, 131 y 143)[15]. Quiere decirse con eso que «las creencias justificadas deben estar inferencialmente conectadas, entre otras cosas, con creencias de segundo-orden que estén ellas mismas bien respaldadas» (*ibid.*: 124), esto es, «no meramente [...] sostenidas sino razonable o justificablemente sostenidas» del mismo modo (*ibid.*, *cfr.* 297).

Nada de eso, creo que es bastante obvio, puede considerarse realmente una prueba en sentido estricto de que el coherentismo sea la teoría correcta de la justificación, aunque tampoco es ese el objetivo de esta explicación. Pero, en la medida en que esta teoría da la adecuada cabida a las creencias de segundo-orden necesariamente implicadas en ella, que, además de resultar «esenciales para la justificación»[16], son las que, al poner de manifiesto el carácter forzosamente inferencial de la justificación, cuestionan directamente cualquier forma de fundacionalismo, eso desde luego es, como poco, suficiente para explicar cualquier empeño, como, por ejemplo, el demostrado por Rawls, por

15. En contra de la idea defendida por Brink de que cualquier justificación debe ser inferencial se ha manifestado G. F. Gaus, quien se ha valido del ya citado «argumento del regreso», habitualmente esgrimido por los fundacionalistas, para afirmar que, si bien este no evidencia lo que ellos pretenden (que el fundacionalismo es la teoría correcta, que el coherentismo debe ser rechazado o que ninguna clase de círculo puede justificar nada), sí que «demuestra [...] que toda justificación no puede ser puramente inferencial» (1996: 74). Para Gaus, no solo es indudable que «no todas las creencias pueden ser justificadas puramente de manera inferencial» (*ibid.*: 76), sino que es igualmente claro que «las teorías de la coherencia plausibles realmente están comprometidas con alguna noción de creencia auto-justificada» (*ibid.*: 85). Y tan así sería esto, debido básicamente, según él, a que estas teorías conferirían a las creencias que poseemos, y en virtud únicamente de que las poseemos, un cierto «grado de auto-justificación», que, en su opinión, «lejos de suponer que *toda* justificación es puramente inferencial, las teorías de la coherencia plausibles mantienen que *ninguna* de nuestras creencias presentes es justificada de forma puramente inferencial» (*ibid.*: 88). De hecho, a juicio de Gaus, «sorprendentemente el problema con las teorías de la coherencia es que admiten demasiadas creencias auto-justificadas, en otras palabras, todas las creencias presentes» (*ibid.*: 89), por lo que cabría entender que «el intento de prescindir de cualesquiera fundamentos» paradójicamente acarrea como consecuencia «atribuir un grado de auto-justificación a todas las creencias» (*ibid.* 109). Con todo ello, esto es lo cierto, Gaus, no obstante, no pretende negar que «las consideraciones de coherencia» sean relevantes para la justificación, pero sí desmentir que la «coherencia» pueda ser «explicada únicamente en términos de pura justificación inferencial» (*cfr. ibid.*: 93). En esencia, él asume que ese tipo de consideraciones poseen un claro carácter justificatorio, pero les niega el carácter de «ingredientes básicos» que el coherentismo les atribuye (*ibid.*: 108). Para el argumento sobre el que se sostiene esta crítica de Gaus al coherentismo de Brink a propósito del carácter inferencial de la justificación, véase de modo general el cap. 6 y la sección primera del cap. 7 de su *Justificatory Liberalism* (1996).

16. Sin esas creencias «nuestro sistema de creencias sería insuficientemente coherente y explicativamente débil» (Brink, 1989: 127).

trasladarlo al ámbito de la reflexión moral y política (*cfr. ibid.*: 119 y 125). Por otro lado, es igualmente evidente que el coherentismo sí puede satisfacer la condición de que las creencias que justifican estén ellas mismas justificadas (*cfr. ibid.*: 121 y 122), o, por lo menos, aceptando una interpretación «más modesta» de esa exigencia, sean «*justificables*» (*cfr. ibid.*: 292). Como antes expuse, aunque el coherentismo afirma que toda justificación debe ser necesariamente inferencial, no sostiene que deba ser también lineal, todo lo contrario: «permite a las cadenas justificatorias volver sobre sí mismas» (*ibid.*: 123), evitando incurrir así en «el caso límite de razonamiento circular» al que el fundacionalismo, por paradójico que inicialmente pudiera parecer, conduce en última instancia (*cfr. ibid.*: 116-117). Pero, como decía, no es mi propósito aquí resolver la disputa entre fundacionalistas y coherentistas[17], ni siquiera ofrecer un análisis pormenorizado de estas dos teorías de la justificación. Si he establecido un somero contraste entre ellas es con el fin de contextualizar adecuadamente lo sorprendentes que resultan las críticas al equilibrio reflexivo que lo presentan como una forma de intuicionismo, la versión más poderosa de fundacionalismo, en este caso, moral, siendo aquel uno de los ejemplos más claros de lo que supone el coherentismo moral como método.

Porque, en efecto, si el intuicionismo es el mejor exponente del fundacionalismo moral, y el equilibrio reflexivo uno de los mejores ejemplos de coherentismo en cuanto aplicado a la justificación moral, ¿cómo es posible interpretar que el equilibrio reflexivo no es más que una forma de intuicionismo y, por tanto, de fundacionalismo? Autores como R. M. Hare o Richard B. Brandt parecen poseer su propia respuesta. Eso sí, como lo expuesto creo que contribuirá a evidenciar, en ambos casos, además de los rasgos más específicamente relacionados con lo que este método supone, que ellos a menudo parecen empeñados en ignorar y que son los que, en lo que sigue, constituirán en buena medida el foco de la discusión, las posiciones que uno y otro sostienen, aunque particularmente la de Brandt, parecen construidas sobre el más absoluto desprecio de las diferencias que, como he procurado señalar, existen entre ambas teorías de la justificación solo ya para empezar en el plano de su estructura lógica, por no entrar en cuestiones más específicas de metaética y epistemología moral. En cada una de esas dos teorías la lógica de la justificación es completamente distinta, toda lineal pero no inferencial en el fundacionalismo, toda inferencial pero no lineal en el coherentismo[18].

17. Para el impacto que el trabajo más reciente en la «teoría de la probabilidad» ha tenido sobre el debate fundacionalismo/coherentismo, o, si se prefiere, el uso que algunos filósofos han querido hacer de esa teoría para resolver este debate, véase Huemer, 2011.

18. Desde ese punto de vista, si prescindimos del aspecto referido a la linealidad y nos atenemos al elemento inferencial, puede afirmarse que «el núcleo de la distinción entre fundacionalismo y coherentismo es que los fundacionalistas suponen que ha de haber dos formas completamente distintas de justificar algo, una apropiada para lo que ellos denominan como 'creencias básicas' y otra apropiada para el resto; los coherentistas, por el contrario, suponen que toda la justificación es del mismo tipo» (Dancy, 2004: 153).

IV

Efectivamente, para Hare no hay duda de que, por mucho que él no se catalogue así, Rawls es un intuicionista completamente al uso[19], con la particularidad de que su intuicionismo sería «una forma de subjetivismo disfrazado» (Hare, 1973: 146). De hecho, para Hare, la afirmación de Rawls de que «para los propósitos de este libro, las opiniones del lector y el autor son las únicas que cuentan» (Rawls, 1971: 50 [1999b: 44]) revela que su apelación a nuestros juicios considerados en equilibrio reflexivo se traduce en «una clase de subjetivismo, en el sentido más estrecho y pasado de moda» (Hare, 1973: 145)[20]. A su juicio, lo que Rawls está proponiendo al sugerir que su teoría sea testada teniendo en cuenta las convicciones que presume compartidas por otros individuos es poco menos que los principios de justicia sean comprobados mediante la mera opinión, por reflexiva que esta sea, de determinadas personas, con lo que el «subjetivismo» no podría entrar más de lleno en ella, máxime si tenemos en cuenta que de ese modo está haciendo depender la corrección de la teoría únicamente de que esta se compadezca con tales opiniones (*ibid.*: 145-146)[21]. No es que el de Rawls sea el típico «intuicionismo pluralista», pues su teoría es mucho más sistemática, menos todavía un «intuicionismo monista», dado que en aquella la apelación, lejos de ser a «una gran intuición», es a «montones de ellas» (*ibid.*: 146, *cfr.* 155), por ejemplo, en la elección de las condiciones a las que sujeta la decisión en la posición original (*cfr. ibid.*: 149), sino sencillamente que, en la justicia como equidad, «la estructura teórica se ajusta en todos los puntos para encajar con las intuiciones de Rawls» (*ibid.*: 147), y otro tanto podría decirse, según Hare, de «sus consecuencias normativas» (*ibid.*). En este sentido, para Hare, «la apelación constante de Rawls a la intuición en vez de a la argumentación, y el que él ajuste su teoría para que se adapte a sus preconcepciones anti-utilitarias, le han privado del valor que podría haber tenido» (*ibid.*: 155).

Más interesante es a mi juicio la crítica de Brandt, que combina de un modo muy singular y, hasta cierto punto paradójico, la acusación de intuicionismo con la crítica al coherentismo como método de justificación. Brandt, defensor del «utilitarismo de

19. La primera «acusación» a Rawls de ser un intuicionista es quizás la que A. Mardiros formula en la crítica que él hace de «Outline» (*cfr.* Rawls, 1951). En ella, además de poner en cuestión la analogía que Rawls traza con la lógica inductiva y tachar de circular el procedimiento esbozado, Mardiros define lo que allí se expone como «un intento de rehabilitar el intuicionismo en la ética» (Mardiros, 1952: 223), y sentencia que, por lo que a dicho artículo se refiere, «su tesis central carece de valor, siendo meramente una forma complicada de decir: La virtud es lo que es intuido que es la virtud por el hombre virtuoso» (*ibid.*: 225).
20. Como es bien sabido, los juicios considerados tienen una interpretación mucho más amplia y no tan limitada como la sugerida por Hare a partir de ese pasaje contenido en *Theory* (*cfr.* Rawls, 1950; 1951; y 1971 [1999b]), por lo que, si hemos de tomar eso como poniendo de manifiesto el subjetivismo de Rawls, mal vamos.
21. Prueba nuevamente de que el elemento del subjetivismo no está presente en la teoría de la justicia de Rawls es que, con arreglo a la metodología que esta adopta, no solo las construcciones teóricas, como Hare da a entender, pueden tener que ser repensadas si no se compadecen con las opiniones, como él las denomina, que se presumen compartidas, sino que también estas últimas pueden tener que ser revisadas a la luz de aquellas y mucho más.

reglas» (*cfr.* 1979; y 1992: esp. caps. 7 y 8)[22], sostiene que la visión de Rawls adolece de los mismos defectos que el intuicionismo (Brandt, 1979: 3). En lo que es sin duda un lugar común en la literatura secundaria acerca de Rawls –al menos entre quienes se muestran críticos con la tradición intuicionista–, Brandt señala la alusión de aquel a nuestros juicios considerados como los hechos en relación con los cuales habrían de comprobarse los principios de justicia (*cfr.* Rawls, 1971: 51) como un ejemplo claro de apelación a nuestras intuiciones en cuanto método para valorar los principios morales. En este sentido, también la teoría de Rawls respondería indubitadamente al procedimiento clásico en esa tradición de tomar como base determinadas «creencias normativas» previamente aceptadas sobre cuestiones concretas, y a continuación, incorporando al proceso el conocimiento derivado de la ciencia o la observación, pasar a inferir de aquellas la clase de «generalizaciones normativas» que serían los principios de justicia, con el agravante en su caso de pretender no suscribir esa visión (*cfr.* Brandt, 1979: 16-17). Para Brandt, no hay duda, pues, de que los juicios considerados a los que Rawls se refiere no son más que intuiciones, proposiciones normativas en las que creemos de manera sincera y con las que nos sentimos en algún grado comprometidos, que para nosotros gozan, por tanto, de un determinado «nivel de crédito inicial» (*cfr. ibid.*: 17-18).

A ojos de Brandt, lo peculiar de la visión de Rawls y otras semejantes a la suya es que el método que ofrecen es más complicado de lo que solía serlo en ese tipo de enfoques, donde normalmente las convicciones sobre cuestiones concretas gozaban por lo general de completa prioridad y cualquier principio general incompatible con alguna de ellas cesaba de inmediato en su pretensión de validez. En ese nuevo intuicionismo representado por Rawls, «las intuiciones sobre casos específicos pueden exigir un rechazo o modificación motivados por la reflexión sobre su relación lógica con otras intuiciones» (*ibid.*: 18), las cuales pueden ser, además, también generales. Y lo que, según Brandt, resulta más novedoso, puesto que lo que se pretende preservar es la mayor «cantidad total de crédito inicial» rechazando, corrigiendo o añadiendo cuanto sea necesario para ello (*ibid.*), un principio general puede también llevarnos a rechazar un juicio particular si el primero nos parece lo bastante convincente como para no estar dispuestos a modificarlo aun existiendo ese conflicto (*cfr. ibid.*: 18-19). Eso sí, para Brandt, contra lo que pudiera parecer, las modificaciones a las que conduce el equilibrio reflexivo están antes orientadas a «mantener el statu quo moral» que a una «revisión seria» de nuestras convicciones (1992: 61). Más allá de la interpretación concreta que hace de las relaciones entre algunos de los elementos en torno a los cuales se articula la teoría de la justicia, lo más curioso es que Brandt denomina a la teoría rawlsiana de la justificación, que recuérdese no es para él sino una forma renovada de intuicionismo, «una teoría coherentista de la justificación en ética» (1979: 19). Pero,

22. Sobre las dificultades que existen para reconciliar la «metaética de Brandt», la metodología que este considera apropiada por lo que a la justificación en el ámbito de la ética se refiere, con su «utilitarismo de reglas», la ética normativa que él señala como la teoría moral correcta, véase Daniels, 1983: 783-785.

al margen de esto, sobre lo cual, no obstante, enseguida vuelvo, lo cierto es que, a su entender, la noción de equilibrio reflexivo que Rawls introduce trata de articular un «sistema de intuiciones», por más que sea justamente en ese sentido, esto es, como incorporando la influencia de los argumentos y la reflexión filosóficos en lo que se refiere a la búsqueda del mayor crédito posible para esas «creencias normativas» en su conjunto, que son sobre las que se aceptan en su caso los principios de justicia (*ibid.*).

La cuestión para Brandt, sin embargo, sigue siendo cómo justificar que los principios de justicia deban comprobarse por medio de nuestros juicios considerados en este caso, o estos últimos testados atendiendo a su coherencia con el conjunto entero de convicciones normativas a las que conferimos el mayor crédito inicial a ese respecto. Las razones para apoyar una visión como esta, ligada a un procedimiento que persigue, según él, «maximizar la suma inicial de crédito» de nuestras intuiciones, entendidas estas como juicios considerados, y que confiere «preferencia al conjunto de creencias normativas que encontramos más fácil de aceptar en su totalidad» (*ibid.*: 20), deberían ir más allá de la mera consistencia entre las diversas clases de juicios que afirmamos como una exigencia mínima de racionalidad. Tal y como él lo ve, el problema es que, al igual que ocurre con las tradicionales teorías coherentistas sobre la justificación de las creencias en el ámbito de la epistemología, tampoco en el caso de la ética cabe pensar que solo porque un sistema de creencias sea más coherente que otro está mejor justificado: para poder afirmar eso se requiere que «algunas de esas creencias sean inicialmente creíbles –y no meramente inicialmente creídas– *por alguna otra razón que su coherencia*» (*ibid.*; *cfr.* 1992: 68, énfasis añadido)[23]. En el caso de las creencias factuales, una razón para entender eso es que estas reflejan «los hechos de la observación», pero, por lo que a las creencias normativas se refiere, ausente una explicación de ese tipo, que es la que podría convertir el «crédito inicial» en «credibilidad», cómo entender, se pregunta Brandt, que el crédito inicialmente dado a esas creencias se corresponde necesariamente con la credibilidad real de las mismas. A su juicio, «el hecho de que una persona tenga una firme convicción normativa no le da a esa creencia un estatus mejor que el de una ficción. ¿Es de suponer que un conjunto coherente de ficciones es mejor que otro?» (1979: 20).

23. Según ha expuesto Brink, «hay al menos dos formas diferentes de considerar esta objeción. Primero, la demanda de que algunas creencias morales sean inicialmente creíbles puede ser la demanda de que algunas creencias morales estén justificadas de manera no inferencial. Esta forma de interpretar la [...] objeción la hace no tanto acusar al coherentismo de intuicionismo como insistir en que el intuicionismo *en vez del* coherentismo es cierto. No repetiré los argumentos contra el fundacionalismo en este punto [...]. Segundo, la demanda de que algunas creencias morales sean inicialmente creíbles puede ser la demanda de que algunas creencias morales sean inicialmente creíbles antes del equilibrio reflexivo, es decir, antes del punto final del coherentismo. Esta demanda parece razonable, y una teoría de la coherencia de la justificación en ética puede satisfacer una interpretación razonable de ella. Las creencias morales consideradas son inicialmente creíbles; hemos visto razón para considerar la clase de creencias morales consideradas como generalmente, o al menos significativamente, fiable. Por eso, aunque la justificación sistemática de cualquier creencia moral es alcanzada solo en el punto final del coherentismo, la fiabilidad de las creencias morales consideradas puede ser contextualmente establecida antes del equilibrio reflexivo» (Brink, 1989: 135).

Otro de los problemas de ese *intuicionismo de la coherencia* que parece interpretar la justificación «en términos solamente de *coherencia* entre compromisos éticos» (*cfr.* Brandt, 1992: 68), explica Brandt, es que, dado que confiere tanta relevancia a las convicciones que poseemos, no queda claro si realmente deberíamos proceder a comprobarlas, ni tampoco qué clase de «conexiones lógicas» son las que necesariamente deberían existir entre ellas, con lo que parecería ponerse en duda el significado más concreto del test que pretenden ser la clase de convicciones normativas como las que nuestras intuiciones suponen (1979: 21). Para Brandt, además de las expuestas, existen otras razones relacionadas con «la génesis de nuestras creencias morales» que desaconsejarían la apelación a las intuiciones en el ámbito de la ética, fundamentalmente derivadas de nuestra pertenencia a una tradición cultural determinada. Puesto que, según él, ese intuicionismo que imputa a Rawls no permite sortear los problemas que de ahí se derivan en forma de unos prejuicios morales concretos, el suyo no podría ser tenido más que por «un test interno de coherencia» de estos (*ibid.*: 22, *cfr.* 236). No obstante, no será necesario insistir aquí en ello. En este caso lo que quiero subrayar es que a juicio de Brandt todas esas cuestiones, en conjunto, excluirían la apelación a nuestras intuiciones por lo que a la crítica, comprobación o justificación de cualesquiera clase de principios morales sustantivos se refiere, incluso cuando de juicios considerados en equilibrio reflexivo se trate (*cfr. ibid.*: 163), y que, con arreglo a ese mismo parecer, es incorrecto pensar que «nuestro pensamiento moral se limita a hacer nuestras intuiciones coherentes» (*ibid.*: 185), o es «meramente una cuestión de encontrar una posición moral máximamente coherente con supuestas 'intuiciones morales'» (*ibid.*: 186).

Eso sí, que Brandt no conceda a las creencias éticas la misma clase de valor probatorio con respecto a los principios éticos que confiere a las observaciones en relación con las teorías científicas no significa que no les otorgue ninguna trascendencia cuando se trata de creencias en equilibrio reflexivo. Según él, si en su empeño por distanciarse del intuicionismo, Rawls, pese a entender que una teoría debe compadecerse con sus datos, no considera los juicios considerados como «pruebas de alguna realidad moral independiente», y no les confiere, por tanto, ninguna clase de valor «probatorio» en favor de los principios, no al menos de ese modo entendido, lo lógico, más allá de sus propias explicaciones, es preguntarse qué clase de «fuerza» les otorga realmente (*cfr.* Brandt, 1990: 259-261 y 265), o lo que es lo mismo, qué «concepción de la fuerza de los juicios considerados» asume él en último término. Para Brandt la respuesta es clara. La relevancia de una correspondencia entre los principios que resultan de la decisión en la posición original y esa clase de intuiciones residiría en lo convincente que para sus destinatarios habría de resultar un esquema moral articulado de ese modo en la medida en que les ofrece «un sistema coherente de creencias morales» (*ibid.*: 272)[24].

En el equilibrio reflexivo ese ajuste demuestra que el resultado de la elección en la posición original encaja perfectamente con nuestras convicciones, todas ellas siempre

24. Brandt asume ahí el mismo reduccionismo de Hare antes expuesto a propósito de cuáles son las opiniones que cuentan para los propósitos de *Theory*.

susceptibles de revisión (*cfr.* Rawls, 1971: 20-21 y 48-49 [1999b: 18 y 42-43]; 1975: 288-289; y 1989: 23-24), en «un todo coherente», y esto, según Brandt, es sin duda «más convincente» de lo que, por sí solos considerados, serían cualesquiera de los elementos en torno a los cuales se articula la concepción de la justicia (Brandt, 1990: 272). Sin embargo, al cifrarse en eso «la fuerza epistemológica del equilibrio reflexivo amplio», parece asumirse que «un conjunto coherente de creencias puede ser más convincente que otro conjunto aunque no haya nada que pueda confirmarlo o refutarlo» (*ibid.*: 272-273), con lo que se trataría de una premisa que puede resultar completamente decepcionante si describe todo lo que el equilibrio reflexivo amplio puede aportar (*ibid.*: 273)[25]. Brandt acepta que no se deben ignorar sin más los juicios considerados, desde luego los señala como elementos que proporcionan «razones para una reflexión más profunda», pero no que «el acuerdo con ellos» sea lo «decisivo» por lo que a una teoría normativa respecta (*ibid.*: 277). En la «teoría alternativa» a la de Rawls que él fórmula, y en la que por razones obvias no puedo entrar aquí[26], mucho

25. Una aclaración sobre esa expresión. Aunque, según Rawls, para resultar aceptable, una concepción política de la justicia debe encajar con nuestras convicciones consideradas en equilibrio reflexivo, él traza una distinción entre dos clases de equilibrio reflexivo, esto es, entre un equilibrio reflexivo «amplio» y uno «simplemente estrecho». Cuando lo que se nos propone y aceptamos a resultas de este método es solo la concepción de la justicia que, salvo por pequeñas diferencias, se ajusta más o menos a nuestros actuales juicios y que, por tanto, menor número de modificaciones introduce en ellos, estamos ante un *equilibrio reflexivo estrecho*. En él nuestros principios, convicciones generales y juicios particulares están en consonancia unos con otros, pero hemos buscado la concepción que menos revisiones impone para lograr la coherencia y no hemos tenido en cuenta otras concepciones de la justicia ni tampoco las razones que podrían servirles de apoyo. Ese proceso de reconstrucción racional de nuestras convicciones morales previas, con la pretensión de señalar los principios con los que concuerdan –que también las explican y racionalizan–, parecería atribuir al método el propósito de describir nuestra concepción de la justicia tal y como más o menos es ahora mismo, eliminando algunas pequeñas incoherencias. Por el contrario, si la concepción que aceptamos es el resultado de haber examinado críticamente todas las concepciones de la justicia –o siquiera las más importantes desde el punto de vista de nuestra tradición moral y política– a las que resulta factible acomodar nuestros juicios, así como la solidez de los argumentos que pueden ofrecerse en favor de cada una de ellas, contrastándolos cuidadosamente, habremos alcanzado un *equilibrio reflexivo amplio*. En este caso, nuestros principios, convicciones generales y juicios particulares acerca de la justicia también son coherentes entre sí, pero el equilibrio reflexivo es amplio, dado el alcance de la reflexión y los no pocos cambios en nuestras convicciones –provocados por razones suministradas por diferentes planteamientos morales y políticos– que posiblemente ha exigido su consecución. Ese procedimiento de deliberación reflexiva, a la luz del cual nuestra concepción de la justicia puede resultar modificada, articularía un método de justificación que nos permite elucidar a través de la argumentación y la crítica cuál es la concepción de la justicia más razonable para nosotros. Naturalmente, para Rawls, el concepto importante, y, por tanto, el método a tener en cuenta, es el de un equilibrio reflexivo amplio: esa contraposición entre dos clases de equilibrio reflexivo, en realidad, no es más que un recurso empleado por él para clarificar la noción de equilibrio reflexivo que verdaderamente interesa a la teoría de la justicia (*cfr.* Rawls, 1971: 49-50 [1999b: 43]; 1975: 288-289; 1989: 24; 1993: nota 8, pp. 8-9; y 2001: 30-31).

26. Richard B. Brandt ha defendido como alternativa a la visión de Rawls un naturalismo, muy distinto al tradicional y que se sirve de la psicología para establecer conclusiones morales, con arreglo al cual «los sistemas morales pueden ser criticados apelando a los hechos y la lógica» (*cfr.* Brandt, 1979: 10, 13, 185, 186, 236, 244 y 245; y 1990: 260). Norman Daniels ha denominado a esa idea de que la justificación de las creencias morales debe tomar como base únicamente tales premisas, los hechos y la lógica, la «restricción empiricista» (*cfr.* Daniels, 1983: 773; y 1996: 86). Para la crítica de Daniels a «la metaética de Brandt», véase Daniels, 1983: 773-774, 778-779; y 1996: 5, 81-82, 86-87 y 97-99.

menos depende de esa clase de correspondencia (*ibid.*: 278). Por una sencilla razón, es bastante menos la confianza que se tiene no solo en esa clase de intuiciones (*cfr. ibid.*: 277), sino también en la clase de coherencia que el equilibrio reflexivo expresa como método para determinar la corrección de una teoría moral (*cfr.* Brandt, 1992: 1). Pero esa, como digo, es otra cuestión.

V

Críticas como las expuestas se articulan básicamente en torno a dos ideas. Por un lado, identifican los juicios considerados con el tipo de creencias fundacionales que pretenden ser las intuiciones morales en una doctrina moral intuicionista, hasta tal punto que, a su entender, la dependencia que el equilibrio reflexivo exhibe con respecto a esos juicios es la mejor prueba de que la clase de coherentismo que articula es en realidad una forma de intuicionismo. Pero, por otro, señalan que los juicios considerados no pueden ofrecer una base lo bastante fiable para la justificación, a lo que añaden que esta no puede ser entendida únicamente en términos de coherencia entre esa clase de juicios, por diversos que estos sean en su nivel de generalidad. Reunidas, ambas premisas causan cierta perplejidad porque, aunque de entrada parecen querer atribuir al coherentismo de Rawls los rasgos propios del intuicionismo para después poner en cuestión las bases sobre las que se asienta, esto es, criticar su intuicionismo, en algunos casos, adecuadamente interpretadas, más bien parecen criticar a Rawls por no ser lo bastante adecuadamente fundacionalista al recurrir él a fundamentos tan epistemológicamente endebles, al menos si se los compara con otro tipo de evidencias, como nuestras convicciones morales. No obstante, más allá de matices, lo cierto es que, en conjunto, ese tipo de reparos articularían lo que podríamos denominar la «objeción intuicionista», la cual, como hemos tenido oportunidad de comprobar, pese a lo implausible que a mi juicio resulta, no ha ahorrado en munición filosófica –comenzando por el artefacto que supone ignorar la lógica completamente diferente que subyace en las explicaciones de la justificación fundacionalistas y coherentistas– en su afán por presentar el procedimiento del equilibrio reflexivo como un método intuicionista.

Que Rawls concibe la justificación de una concepción de la justicia de un modo completamente distinto a como lo hace el intuicionismo, ciertamente, es algo que él mismo se ha encargado de explicar (*cfr.* 1980: 305-307, 340-341, 350-351 y 354-355). Rawls vincula la justificación de una concepción de la justicia a lo «razonable» que esta resulta para las personas en virtud del modo en el que ellas se conciben a sí mismas e interpretan las relaciones entre individuos así considerados. En concreto, relaciona la razonabilidad de una concepción política de la justicia con las nociones de persona y cooperación social que articulan la comprensión que de sí mismos tienen los ciudadanos de la sociedad democrática a los que dicha concepción se dirige. Para justificar una concepción de la justicia, explica Rawls, se requiere que personas que, como ciudadanos, se ven a sí mismas y a sus relaciones sociales de una determinada manera, pero que además

poseen determinados juicios acerca de la justicia, puedan ponerse de acuerdo en torno a ella tomando justamente como base las concepciones y convicciones de ese tipo que serían aceptables para ellas tras someterlas al mayor escrutinio crítico y el debido proceso de reflexión. Dejando a un lado otras cuestiones relacionadas, de ese modo Rawls concibe la justificación de una concepción de la justicia como un «problema práctico», y no como una «cuestión epistemológica», que es justamente como lo interpreta, por ejemplo, el intuicionismo racional cuando, en su afirmación de la noción de «verdad moral», sostiene que los principios han de concebirse como «verdaderos» y suponer una «aproximación» a determinados «hechos morales».

Con arreglo a la lectura que Rawls hace de ella, para justificar una concepción de la justicia, no es necesario conocer un «orden de objetos y relaciones previo e independiente» de la concepción que de sí mismos poseen los miembros de las sociedades democráticas, puesto que la justificación de los principios de justicia no descansa en que estos se correspondan con un orden de semejante naturaleza, sea este «natural», se trate de uno «divino», del que haya de tenerse una «visión clara y sin distorsión» a tal fin y que deba ser conocido por medio de una determinada capacidad de «percepción». Por el contrario, la justificación de una concepción de la justicia está ligada a su congruencia con la autocomprensión que de sí mismas tienen las personas en un régimen democrático, y a que estas concluyan que es la concepción «más razonable» para ellas, dadas la historia y tradiciones públicas de su sociedad. Por tanto, cuando ese es el caso, aquellos a quienes esa concepción de la justicia se dirige afirman su validez porque, además de conectarse con principios de justicia factibles, los ideales de persona y cooperación social sobre los que semejante concepción se articula si, por un lado, son los que ellos en realidad poseen, mostrándose así coherentes con el tipo de personas que tras la debida reflexión quieren ser, por el otro, son los que mejor se compadecen con sus convicciones consideradas. Con esto no solo se está dando a entender que se trata de la concepción más razonable para quienes conciben su persona tal como esa concepción justamente sugiere, sino que también se está señalando que esa concepción, tomada «en su conjunto», confiere mayor coherencia a sus convicciones consideradas de lo que pueden hacerlo otras alternativas. Consiguientemente, aunque no todo el mundo está de acuerdo con la idea de que la justificación, en este caso de una concepción política, deba ser tenida por una cuestión práctica, que Rawls no la concibe como un problema epistemológico –que es como suele interpretarla el intuicionismo– no admite duda[27].

Sin embargo, incluso antes que todo eso, lo único que en este caso ha de tenerse en cuenta –Norman Daniels lo ha explicado perfectamente– es que, si nos atenemos a lo que el intuicionismo moral por lo general ha supuesto[28], y pensamos sobre todo

27. Respecto de la interpretación que Rawls hace de la justificación, véase igualmente Scanlon, 2003.

28. Brink lo expone así: «La filosofía moral durante los primeros treinta años de este siglo estuvo dominada por una posición conocida como *intuicionismo*. Intuicionistas como Sidgwick, Moore, Broad, y Ross. Aunque los intuicionistas diferían bastante sobre cuestiones normativas, mostraban un acuerdo notable sobre cuestiones metaéticas. En particular, la mayoría de intuicionistas aceptaban tres afirmaciones metaéticas: un compromiso realista o cognitivista con la existencia de hechos morales y verdades morales cuya existencia y naturaleza

en el carácter fundacionalista que este tipo de teorías suele tener, semejante «acusación» debe tenerse por una objeción completamente «infundada» (Daniels, 1979a: 264). En su conocido artículo «Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics» (1979), y a partir de este en otros que habrían de seguirle, Daniels ha expuesto las razones por las cuales, ateniéndonos simplemente a lo expuesto por Rawls en *Theory*, el equilibrio reflexivo no es ni «una forma disfrazada» de intuicionismo moral (Daniels, 1979a: 257) ni mucho menos algo así como «un refrito» del mismo (*ibid.*: 264)[29]. En sus escritos, Daniels trata de ofrecer su propia versión de lo que supone el método del equilibrio reflexivo, naturalmente amplio, poniendo la teoría de la justicia de Rawls como el mejor ejemplo de ello. Pero, más allá de la descripción concreta que él ofrece de la estructura de este procedimiento y del modo más específico en el que él interpreta cómo habría de entenderse la coherencia entre los elementos que forman parte del mismo (*cfr.* Daniels, 1979a: 257ss.; 1979b: 282ss.; 1980a: 91ss.; 1980b: 25s.; y 1996: 82ss.), lo cierto es que sus reflexiones sintetizan adecuadamente algunos de los aspectos en los que resultaría adecuado insistir para comprender que ese tipo de reparos acerca del intuicionismo de Rawls carecen de sentido.

Así, basándonos en lo expuesto por Daniels, habríamos de decir que, en la justicia como equidad, los principios de justicia no son «meras generalizaciones» o «reformulaciones» de los juicios considerados (*cfr.* Daniels, 1979a: 259; y 1980a: 92), y que, por supuesto, la razón para aceptarlos no es que «sistematizan» un conjunto de juicios morales determinados, si se quiere –para seguir a los críticos en los términos–, un tipo concreto de intuiciones, a las que se señale como gozando de «prioridad epistemológica» a tales efectos (Daniels, 1979a: 264 y 265; y 1996: 83 y 84). Aunque a veces Rawls se haya referido a los juicios considerados como intuiciones, sobre todo en sus primeros escritos, es evidente la diferencia que existe entre la noción de los juicios considerados en equilibrio reflexivo a la que la justicia como equidad apela y la visión habitual de las intuiciones morales que forma parte de la tradición intuicionista[30]. No se trata de que los intuicionistas asuman sin más ciertas intuiciones ignorando la posibilidad de que

son independientes de nuestro pensamiento moral, una epistemología fundacionalista según la cual nuestro conocimiento moral está basado en última instancia en verdades morales auto-evidentes, y una metafísica radicalmente no reduccionista de los hechos y propiedades morales, conocida como no-naturalismo, de acuerdo con la cual los hechos y propiedades morales son metafísicamente independientes de, por ejemplo, los hechos y propiedades naturales y son así sui generis» (Brink, 1989: 2-3). Sobre los «rasgos» del intuicionismo ético, véase también Dancy, 2014: 796-797.

29. Ya M. B. E. Smith, intuicionista declarado, en su empeño por clarificar la relación de Rawls con el intuicionismo, en un artículo publicado a finales de lo setenta, argumentaba que, conforme al modo en el que, al menos, él interpreta esta doctrina, «la teoría de Rawls y el intuicionismo difieren tan profundamente que sería fútil intentar cualquier pequeño arbitraje entre ellos» (1977: 169, *cfr.* 165-170).

30. Para una explicación de cómo la vieja lectura de las intuiciones que las vinculaba con la «facultad» del mismo nombre –y de la que, según ese mismo modelo, resultaban las «verdades éticas» que serían aquellas– ha dado paso en la filosofía contemporánea a la interpretación que, cuando apela a nuestras convicciones, simplemente ve en ellas las «creencias éticas iniciales» de las que cualquier teoría ética debe partir –pero a las que en el empeño por ofrecerles un marco coherente de explicación puede igualmente criticar, revisar o reemplazar–, véase Williams, 1985: 93-95.

estas puedan contener «errores de juicio», o de que no intenten resolver algunas de las «irregularidades» que pueden plantearse entre los juicios y los principios, pues todas las formas mínimamente «sofisticadas» de intuicionismo especifican las condiciones que consideran adecuadas para evitar ambos problemas y aceptan un cierto grado de revisabilidad tanto en los juicios como en los principios con ese objeto. No obstante, estas dos formas de revisión, las únicas claramente permitidas por ese «intuicionismo sofisticado», pese a lo dicho a propósito de los principios, están fundamentalmente relacionadas con la especie de criba que supone seleccionar, de entre todos los «juicios morales iniciales», los que finalmente han de ser tenidos por «juicios morales considerados» (*cfr.* Daniels, 1979a: 266; y 1996: 83). Esto no carece de interés, y, de hecho, es el primer paso en la construcción de cualquier método que quiera partir de esa clase de convicciones[31]. Sin embargo, en Rawls el procedimiento del equilibrio reflexivo permite revisiones de los juicios considerados mucho más importantes, y que pueden venir, además, motivadas por razones que van mucho más allá de la «simple coherencia» entre los juicios y los principios y traer su causa de las diversas concepciones y teorías, y más ampliamente de los presupuestos sociales y psicológicos, que asume la concepción de la justicia que se articula de acuerdo con él (*cfr.* Daniels, 1979a: 257 y 266-267; y 1996: 84)[32]. Además, hay otra razón por la cual, incluso asumiendo que el grado de revisabilidad de las creencias morales no fuese ese punto de separación que se postula entre intuicionismo y coherentismo, el coherentismo de Rawls no podría ser tenido por intuicionista. Aunque se aceptara, como no ha de hacerse, que los juicios considerados pretenden ser el tipo de «creencias morales fundacionales» que son las intuiciones morales del intuicionismo, para que pudieran serlo, aún habrían de ser creencias que se justifican por sí solas, lo que no ocurre en la teoría de Rawls. En esta, dichas convicciones se justifican por su coherencia con otras creencias, y, más ampliamente, concepciones y teorías, tanto morales como no morales, por lo que es evidente que los juicios considerados no son esa clase de creencias fundacionales, esto es, justificadas de modo no inferencial o por sí mismas, que el intuicionismo moral incorpora (*cfr.* Brink, 1989: 134)[33].

31. Desde luego, en la formulación del método del equilibrio reflexivo, la concepción de los juicios considerados limita por sí sola la clase de convicciones a tener en cuenta, excluyendo no pocas de ellas (*cfr.* Rawls, 1971: 19-20 y 47-48 [1999b: 17-18 y 42]; y también 1950: 30-60 y 65-66; y 1951: 2-7).

32. «Un equilibrio reflexivo amplio no solo pone en equilibrio convicciones consideradas específicas con principios morales abstractos sino que coloca a ambos en un todo consistente con teorías morales y sociales y con otras teorías científicas sobre la naturaleza de la naturaleza humana. Al racionalizar y, en algunos casos, criticar, juicios considerados específicos apelamos no solo a principios morales abstractos sino también a teorías morales enteras, teorías empíricas y teoréticas a la vez sobre la(s) función(es) de la moralidad en la sociedad, sobre la estructura social, las bases de la solidaridad en la sociedad, teorías sobre la estratificación social, la clase, y el género, teorías sobre la ideología, la naturaleza humana y cosas por estilo. La cuestión es colocar nuestras convicciones consideradas, prescindiendo de algunas, en un encaje coherente con tales principios morales generales y con esas teorías sociales de fondo y así sucesivamente. Lo que buscamos es un equilibrio consistente y coherente al cual, tras la reflexión, asentiríamos» (Nielsen, 1993: 318).

33. Como ha señalado Brink, «podemos denominar a estos juicios morales considerados intuiciones, si queremos, como muchos han hecho, y podemos incluso llamar al método del equilibrio reflexivo o dialéctico que

Por lo que a la justificación más específicamente considerada se refiere, a pesar de su importante función metodológica y de las evidentes pretensiones epistémicas que los rodean, en la justicia como equidad los «juicios considerados» no gozan en ningún nivel de generalidad de esa posición de privilegio o prioridad epistemológicos, mucho menos del alcance y modo de acceder a ellas, que, como señalábamos, suele por regla general concederse a las «intuiciones» en las teorías intuicionistas (*cfr.* Daniels, 1979a: 257 y 265; y 1996: 4). Hemos insistido reiteradamente en que no hay ninguna clase de juicio considerado en ningún nivel de generalidad que sea inmune a la revisión, y que pueda ser considerado, por tanto, como «*fuertemente fundacional*» (Daniels, 1980a: 104; y 1983: nota 1, p. 72). En lo que no lo hemos hecho tanto, empero, es en algo que acabo de apuntar en el párrafo anterior: que la modificación o enmienda que puede producirse en ellos puede ser también consecuencia de consideraciones que tienen que ver no solo con otros juicios o con los principios, sino también con las construcciones teóricas que coadyuvan a diseñar el marco de deliberación en torno a la concepción de la justicia, y en especial de las ideas fundamentales sobre las que se formula, las cuales, pensemos, por ejemplo, en la de persona, tampoco escapan a la posibilidad de ser revisadas ellas mismas a la luz de su coherencia con esas mismas teorías que nos parecen plausibles y con los propios juicios considerados (*cfr.* Brink, 1987: 85-86 y 90). Por eso puede afirmarse que la aceptabilidad de los juicios y, en especial, de los principios también depende de la de esas construcciones teóricas (*cfr.* Daniels, 1979a: 267; 1980a: 105; 1980b: 29 y 30; y 1996: 2 y 6). En el equilibrio reflexivo, la justificación de los principios no se funda simplemente en su correspondencia con los juicios considerados, sino que ha de tenerse en cuenta también el importante papel que en este sentido cumple igualmente la apelación a la idea del contrato para la derivación de esos principios, así como los argumentos que nos llevan a aceptar la posición original como mecanismo de selección entre las diversas concepciones de la justicia. Estos últimos están a su vez conectados con las concepciones de persona y sociedad y con la teoría social y la psicología moral que se aceptan como adecuadas y a la luz de las cuales se deciden justamente también los principios y se comprueba su viabilidad (*cfr.* Daniels, 1979a: 260-261; 1980a: 91, 93ss. y 103-105; y 1996: 1-2, 6, 7-8, 10, nota 5, pp. 99-100, y 145).

En consonancia con esa ampliación del «círculo justificatorio», esto es, del espectro de consideraciones tanto morales como no morales que habrían de ser tenidas en cuenta (*cfr.* Daniels, 1980a: 103 y 105; y 1996: 1), y en un sentido que va, por tanto, más allá de la mera consistencia entre juicios y principios, o de las revisiones de cualquiera de estos a las que dicha coherencia obliga, ha de entenderse que el procedimiento adoptado por Rawls no establece ninguna prelación entre los diversos elementos en juego. No solo no señala ningún nivel concreto de generalidad en los juicios como destinado a

resulta intuicionista, si queremos. Pero no deberíamos confundir este método con el intuicionismo racional. El equilibrio reflexivo no asume que sus preceptos reguladores sean innatos, y niega que sean auto-evidentes. Por el contrario, representan los puntos de partida de una investigación dialéctica, y están justificados por su encaje dialéctico con otros compromisos» (2014: 677).

soportar por sí solo «todo el peso de la justificación», sino que tampoco establece un orden de prioridad determinado a tales efectos no ya entre las convicciones abstractas y los juicios particulares, o entre cualquiera de esos extremos de nuestro pensamiento práctico y los principios de justicia, sino ni siquiera entre todos estos y las concepciones, los presupuestos sociales y psicológicos o las teorías e ideas «de fondo» sobre los cuales habría de alcanzarse el equilibrio reflexivo en torno a la concepción de la justicia. Esta se acepta de ese modo a partir del conjunto entero de tales elementos, ninguno de los cuales posee un estatus epistemológico privilegiado (*cfr.* Daniels, 1979a: nota 5, p. 259, y 267; y Brink, 1987: 86)[34]. Y es que el equilibrio reflexivo revela la «complejidad estructural» de las teorías morales que asumen este método, mucho mayor que la descrita por la visión tradicional de esas otras teorías que cifran su estructura en un conjunto de principios que explican o están detrás de una serie de juicios morales y donde la cuestión de la justificación parece resolverse simplemente concediendo un estatus epistemológico privilegiado a alguno de esos dos niveles, normalmente el de los juicios o intuiciones, de los que constaría la teoría en cuestión (*cfr.* Daniels, 1979a: 256-257 y 261-262; 1980a: 104; y 1980b: 21). En todo caso, queda claro que, puesto que ninguna prioridad epistemológica especial se concede a los juicios morales considerados en ninguno de sus niveles[35], ninguna clase de fundacionalismo, y, por tanto, tampoco de intuicionismo moral, forma parte del equilibrio reflexivo amplio (*cfr.* Daniels, 1979a: 265; 1983: nota 1, p. 772; y 1996: 83)[36]. Esa es la razón por la cual también desde este punto de vista ha de excluirse que las objeciones fundacionalistas anteriormente mencionadas puedan poner en cuestión el coherentismo en la

34. Como ha explicado Nielsen, refiriéndose también a las teorías de fondo de distinta índole, morales, sociales, científicas, empíricas, etcétera, a las que cabría igualmente ver como formando parte de un equilibrio reflexivo, «no hay aquí fundamentos morales, ninguna epistemología moral fundacionalista subyacente [...]. No hay nada en el equilibrio reflexivo amplio que sea básico o fundacional. Por el contrario, tejemos y destejemos la tela de nuestras creencias hasta que conseguimos, por un tiempo, aunque solo por un tiempo, el conjunto más consistente y coherente que mejor cuadra con todo lo que razonablemente creemos que sabemos y con lo que, pensándolo bien, estamos más firmemente comprometidos» (Nielsen, 1993: 318, *cfr.* 319). «Sería además el caso, donde realizáramos este método –añade Nielsen–, que tanto los juicios considerados como las teorías, si hubiéramos por un momento obtenido el equilibrio reflexivo, se corresponderían con lo que sabemos del mundo, las mejores ciencias humanas disponibles y teorías sociales, la mejor explicación que tenemos del papel de la moralidad en sociedad y nuestro mejor conocimiento natural-científico» (*ibid.*: 322).

35. DePaul ha articulado una defensa de la clase de coherentismo que el equilibrio reflexivo representaría, descartando que conceda a nuestras convicciones morales «un estatus epistemológico privilegiado» en el sentido de alguna clase de «estatus fundacional», y explicando que esas convicciones cumplen, por el contrario, la «función puramente metodológica» de ser «un punto de partida para la construcción teórica», en el cumplimiento de la cual no solo no están solas sino que, al igual que sucede con las construcciones teóricas con las que concurren, pueden ser revisadas e incluso abandonadas. Véase DePaul, 1988: en esp. 69, 72, 74 y 83-86.

36. Para la idea de que, por lo que a la justificación moral se refiere, la doctrina del equilibrio reflexivo, en lugar de «un modelo coherentista», representaría una suerte de «fundacionalismo modesto» en virtud de la función que, en su «especial papel justificatorio», tanto los juicios considerados como los presupuestos compartidos cumplirían dentro de este método a modo de «fundamentos modestos» que son, con todo, «creencias fundacionales», véase Ebertz, 1993: en esp. 193, 198 y 200-214. Una réplica a esta conceptualización, a mi juicio, claramente equivocada del equilibrio reflexivo puede encontrarse en Long, 2004: 136-137.

justificación que el equilibrio reflexivo amplio expresa (*cfr.* Daniels, 1979a: 273; 1980a: 104; y 1996: 1, 3, 10, 153 y 168).

Por otro lado, la objeción de que «los juicios considerados no son lo bastante fundacionales», así la sintetiza Daniels (1979a: 268), derivada de interpretar que la justificación necesariamente exige que los elementos en torno a los cuales se articula el procedimiento que pretende determinarla gocen no de lo que se califica como un mero crédito inicial, sino de una auténtica credibilidad plena *ab initio*, resulta cuando menos curiosa, realizada, como es el caso, en el marco de una crítica al supuesto intuicionismo de Rawls, la cual, según eso, podría tenerse por afirmando –antes se señaló– que la suya no es una teoría tan apropiadamente fundacionalista como debiera. En este sentido, la objeción de que los juicios considerados a partir de los cuales trata de formularse la teoría de la justicia no tienen el tipo de credibilidad que confieren «los hechos de la observación» a las *creencias factuales* sobre las que se construyen las teorías empíricas parece pasar por alto que las *creencias normativas* no tratan de dar cuenta de hecho moral alguno, si es que tal cosa existe[37]. Pese a la analogía que, de acuerdo con esa crítica, cabe establecer entre ambas clases de datos, es evidente que los juicios no pueden gozar del sostén que los «informes relativos a la observación» de los fenómenos proporcionan en el ámbito de las ciencias empíricas. Pero eso no es algo que pueda reprocharse sensatamente a los juicios considerados (*cfr.* Daniels, 1979a: 269-271). Por mucho que se pretenda insistir en esa analogía en cuestión a propósito del método, eso no suprime aquellos aspectos en los cuales la *corrección deóntica de las proposiciones normativas* también se diferencia de la *validez veritativa de las proposiciones asertóricas*, para empezar justamente la falta de referencia en el mundo objetivo de las pretensiones de validez morales característica de las pretensiones de verdad (*cfr.* Habermas, 1991: 134ss.; y 1999: 273ss.). La credibilidad o fiabilibidad de nuestras convicciones morales no puede medirse de la misma forma que la de nuestras creencias acerca de hechos (*cfr.* Daniels, 1979a: 271-272 y 273).

En relación con esa distinción entre creencias, hay dos cosas que resulta apropiado apuntar para no llevar a error. En primer lugar, nada de lo expuesto supone que, por lo que a la justificación se refiere, «creencias morales», por un lado, y «creencias observacionales», por otro, deban ser interpretadas de acuerdo con el coherentismo moral en un caso y conforme a una teoría coherentista sobre cuestiones no morales en el otro, y no conformen, por tanto, sino «diferentes sistemas de creencias» totalmente aislados el uno del otro. Por una razón, las personas poseemos creencias de ambas clases, morales y no morales, y, si bien el coherentismo cuando se aplica a la justificación de creencias morales supone la exigencia de la mayor coherencia posible

37. La idea de que existen «hechos morales» es propia del «realismo moral», cuyos representantes han sido tradicionalmente precisamente filósofos intuicionistas como Price, Reid o Sidgwick. Para una más que interesante definición y defensa del realismo moral frente a varias de las formas tradicionales de antirealismo, comenzando por el constructivismo ético, que lo presenta, además, como compatible con el coherentismo, véase Brink, 1989: 7-9, 11ss., 100ss. y en general caps. 2 a 5. No obstante, una crítica del realismo moral de Brink puede verse también en Weber, 2010: 48-54.

entre todas nuestras creencias, estas no solo han de ser las morales, sino el conjunto de ellas, incluyendo, por consiguiente, también las no morales, relacionadas aquí con los hechos que la observación pone de manifiesto (*cfr.* Brink, 1989: 136). Y, en segundo lugar, por mucha simpatía que nos genere un método como el de Rawls, sería poco sensato ignorar que las creencias morales, por «consideradas» que estas sean, no pueden realmente tener exactamente «el *mismo grado* de credibilidad que tienen las creencias observacionales». Esto último no porque la credibilidad de las creencias observacionales no esté estrechamente vinculada a ciertas teorías, sino porque las teorías a través de las cuales podemos afirmar la credibilidad de las creencias morales no gozan *por completo* del mismo nivel de fiabilidad y no han sido igual de contrastadas que aquellas otras que intervienen en la confirmación de las creencias vinculadas a la observación de fenómenos (*cfr. ibid.*: 138)[38].

Dicho eso, en virtud de lo antes expuesto, cabe entender que lo que esa clase de fundacionalismo reprocha al coherentismo no es más que lo que aquel niega y este último afirma (*cfr.* Daniels, 1979a: 273): que la justificación moral no es una cuestión de la correspondencia de los enunciados morales con una realidad determinada, sino de la coherencia que se elucida a través de la reflexión y la crítica entre todas esas proposiciones normativas y entre estas y nuestra propia concepción de nosotros mismos[39]. Pero, en cualquier caso, por cuanto aquí interesa, en lo que quiero insistir es en que, además de lo ya señalado a propósito de los hechos morales, otros dos elementos confirman las dificultades para conceder relevancia a esa objeción en los términos expuestos.

En primer lugar, puede que el equilibrio reflexivo no tome como puntos de partida datos dotados de la credibilidad inicial que se confiere a «los informes concernientes a la observación no moral», pero desde luego distingue los «juicios morales inicialmente dignos de crédito», que son a los que señala como juicios considerados, de los que son «juicios morales solo inicialmente creídos»; de hecho, este no solo es el primer paso en dicho procedimiento, como ya se advirtió, sino que también señala una de las razones por las que el equilibrio reflexivo puede llegar a poseer el carácter amplio que en él se persigue (*cfr.* Daniels, 1979a: 272). Como ha explicado Brink, la exigencia planteada por Richard Brandt de que los juicios considerados sean «inicialmente creíbles» puede, desde luego, interpretarse como queriendo decir «inicialmente creíbles antes del equilibrio reflexivo», una demanda que, incluso así entendida, puede, naturalmente, ser

38. Para una explicación de cómo ya desde un punto de vista epistemológico coherentismo y empirismo resultan compatibles en la medida en que todas las proposiciones, incluidas las referidas a los datos de la experiencia o la percepción, se justifican de la misma manera, esto es, por su contribución a la coherencia del sistema de creencias a través del cual interpretamos el mundo, véase Dancy, 1985: 143-149.

39. En relación con ese último punto, es decir, el modo en el que «los ideales de la persona juegan un papel especialmente importante en la justificación de las teorías morales» (Brink, 1987: 82 y 83), Brink sostiene que «una teoría coherentista de la justificación en ética del estilo de la que Rawls mismo ha defendido le permite a uno reconocer la importancia de los ideales de la persona en la teoría moral» (*ibid.*: 73 y 90). En otros pasajes, Brink se refiere a «la importancia de las teorías de la persona dentro de una epistemología moral coherentista» (*ibid.*: 76), o a «la importancia de las teorías de la persona, en particular, de los ideales de la persona, en justificar teorías morales» (*ibid.*: 86-87).

tenida por razonable y que el método defendido por Rawls también permite en buena medida satisfacer a poco que se interprete correctamente. Las convicciones consideradas que el método del equilibrio reflexivo toma como punto de partida pueden considerarse como dignas de un crédito inicial –por más que su «justificación sistemática», antes se apuntó, sea «alcanzada solo en el punto final del coherentismo (el equilibrio reflexivo)»– porque expresan la clase de juicios que, por lo menos de entrada, pueden entenderse como correctos con arreglo a lo que, a la luz, por ejemplo, de diversas teorías cognitivas, psicológicas y morales, sabemos sobre cuáles son las condiciones que garantizan la fiabilidad justamente cognitiva, psicológica y moral de los juicios morales. Pero, si dejamos a un lado su contenido concreto, antes de determinar qué juicios son los que finalmente forman parte de un conjunto completamente coherente, ¿en qué otra cosa puede consistir la credibilidad inicial de un juicio que establecemos apelando a esas teorías sino en responder a las características que se esperan de la clase de juicio a la que pertenece? (*cfr.* Brink, 1989: 134-136). En todo caso, lo que eso significa es que los juicios considerados tienen una determinada «credibilidad inicial», no que de entrada posean ya una «credibilidad inicial máxima» (*ibid.*: 138).

En segundo lugar, los reparos a los que se apela para construir la objeción vinculada a los supuestos problemas de credibilidad de los juicios no toman en cuenta que tampoco en el ámbito de las ciencias empíricas son los hechos por sí solos los únicos elementos tenidos en consideración a la hora de evaluar la validez de una teoría, pues la relevancia de estos viene intermediada por todo un conjunto de construcciones teóricas y creencias ampliamente aceptadas, susceptibles además de ser revisadas también todas ellas, que explican por qué las proposiciones fácticas que los recogen merecen inicialmente crédito, y que pueden ser vistas ellas mismas como formando parte de «un equilibrio reflexivo amplio no moral» (*cfr. ibid.*: 272 y 273)[40]. Y es que, según Daniels, no solo en la ética, sino que tampoco en la ciencia nos limitamos a «'comprobar' nuestras teorías mediante un conjunto relativamente fijo de datos predeterminado» (1979a: 273), puesto que también en este ámbito «continuamente estudiamos de nuevo y volvemos a evaluar tanto la plausibilidad como la relevancia de estos datos con las teorías que nos inclinamos a aceptar» (*ibid.*). Es por eso por lo que cabe afirmar que, cuando se sostiene que «las informaciones referidas a la observación son merecedoras de crédito con independencia de tales argumentos de coherencia» (*ibid.*), la crítica que se centra en la presunta falta de una auténtica credibilidad inicial de los juicios considerados se muestra en toda su dimensión como lo que realmente es: la «objeción

40. Brink lo ha señalado: «Es interesante que Brandt contraste los casos moral y científico, porque estos parecen estar a la par en este aspecto [...]. Las teorías científicas son testadas mediante su coherencia con, entre otras cosas, creencias observacionales [...]. La fiabilidad de estas creencias observacionales se explica por teorías científicas [...] cuya credibilidad es más o menos independiente de la particular situación de test y los principios científicos que están siendo testados. Las creencias observacionales, aunque revisables, tienen credibilidad inicial. Aunque la justificación sistemática de cualquier creencia observacional particular se alcanza solo en el punto final del coherentismo [...], la credibilidad de las creencias observacionales puede establecerse apelando a determinadas teorías científicas antes de una determinación de qué creencias perceptuales son parte de un sistema de creencias máximamente coherente» (Brink, 1989: 135-136).

fundacionalista» (*cfr. ibid.*) de quien, como ya tuvimos oportunidad de señalar, cree que en las cuestiones morales solo puede haber justificación si esta descansa en lo único que es verdaderamente relevante, las creencias fácticas que traen su causa de las evidencias que se derivan de la observación y los principios de la lógica.

En «Reflective Equilibrium and Foundationalism» (1986), un ensayo cuyo principal propósito es justamente aclarar la clase de relación que cabría establecer entre ambas nociones, Michael R. DePaul ha ofrecido una aproximación distinta a la de Daniels a esa crítica que algunos plantean a propósito del supuesto fundacionalismo de Rawls. En ese escrito, DePaul explica que, tal y como parece quedar planteada, la discusión que articulan las críticas de unos y la defensa de otro mezcla las «cuestiones metodológicas» con otras de marcado carácter epistemológico, como son, en efecto, las relacionadas con el fundacionalismo, con el resultado de que si, por un lado, la discusión de las primeras se ve enturbiada por no diferenciarlas de las segundas, por el otro, al no prestársele la atención que estas últimas, las «cuestiones epistemológicas», merecen en cuanto tales, la clase de relación que cabría establecer entre equilibrio reflexivo y fundacionalismo queda todavía más ensombrecida. A partir de lo anterior, DePaul examina las cuestiones de naturaleza epistemológica que serían relevantes para aclarar esa relación (comenzando por la de las diversas formas de fundacionalismo que existirían atendiendo a la «estructura», por ejemplo, «histórica», «psicológica», «epistémica» o «metodológicamente fundacional» de nuestras creencias) y analiza las razones por las que algunos, empezando por Daniels, han entendido que, al contrario de lo que sucede con el equilibrio reflexivo amplio, el equilibrio reflexivo estrecho es susceptible de ser tenido por una visión «fundacionalista» tanto «epistémica» como «metodológicamente»[41]. Todo ello le permite establecer una conclusión bastante clara que, en mi opinión, si bien puede también entenderse como una defensa del método de Rawls, es muy diferente de la de Daniels, a saber, que no existe ninguna «conexión necesaria» entre adoptar, en cualquiera de sus formas, el equilibrio reflexivo como método y la «estructura fundacional» o no de nuestras creencias. Según DePaul, hay versiones del fundacionalismo cuya presencia en la estructura de nuestras creencias es fácilmente compatible con el equilibrio reflexivo estrecho, por ejemplo, el «psicológico», y otras que lo son bastante menos, verbigracia, el «histórico». Del mismo modo, añade DePaul, existen ciertas formas de fundacionalismo, por ejemplo, el «metodológico», que, si nos atenemos a lo que nuestras convicciones suponen en este método, no encajarán bien con el equilibrio reflexivo amplio y otras, verbigracia, el «epistémico», que, contrariamente a lo que quizá pudiera parecer, sí pueden llegar a hacerlo. Por tanto, para DePaul, si algo puede decirse es que, así como ni siquiera el equilibrio reflexivo estrecho tiene por qué necesariamente suponer fundacionalismo, por su parte, el equilibrio reflexivo amplio puede llegar a ser perfectamente compatible con esa doctrina, todo

41. Respecto de la diferencia entre un «equilibrio reflexivo amplio» y uno «simplemente estrecho», véase *supra* nota 25.

dependerá, viene a decir él, de a qué clase de fundacionalismo nos estemos refiriendo (*cfr.* DePaul, 1986: 60-68).

Como ha expuesto David O. Brink, puede que el intuicionismo, «de lejos la versión más influyente de fundacionalismo moral» (Brink, 1989: 103), no mereciera una crítica tan feroz como la que a menudo ha recibido (*cfr. ibid.*: 8). Pero no es esta, en todo caso, la cuestión que nos ocupa, máxime cuando a tenor de lo expuesto, y aun sin obviar la posibilidad de análisis como el de DePaul, es evidente que no es esa la teoría moral a la que el equilibrio reflexivo responde[42]. En cambio, lo que sí parece bastante cierto es que «cualquier forma de fundacionalismo» se enfrenta a «objeciones» demasiado «serias» como para tenerlo por la teoría correcta de la justificación[43]. Todas ellas pueden resumirse, empero, en lo difícil que, en lo concerniente al menos a la moralidad, resulta concebir que puedan existir algo así como «creencias fundacionales genuinas», esto es, creencias a las que quepa ver como «justificadas de manera no inferencial» (*ibid.*: 100). Y son justamente esos «problemas generales» a los que se enfrenta cualquier «epistemología fundacionalista» los que, si bien a juicio de algunos nos obligan a defender una «epistemología moral coherentista» (*cfr.* Brink, 1989: 8-9), para mí, que únicamente he tomado prestadas ciertas categorías procedentes del ámbito de la epistemología a fin de aclarar la cuestión que aquí examino, desde luego explican la necesidad de explorar, tal y como Rawls se ha empeñado en hacer, las posibilidades, demostradas igualmente por él, bastantes ciertas del coherentismo como explicación de la justificación en el dominio de la reflexión moral, y más específicamente política.

No obstante, antes de concluir, y aun de forma brevísima, quisiera siquiera citar otro aspecto relacionado con la concepción de la justificación que suele de igual forma asociarse a la noción de un equilibrio reflexivo. Me refiero obviamente a «la visión [igualmente] holística» de la justificación que esa noción también expresa (*cfr.* Daniels, 1979b: 284), o, como –prescindiendo de otro tipo de consideraciones– Brink la denomina, al «tipo de epistemología holística que una teoría coherentista de la justificación [...] [como la de Rawls] representa» (Brink, 1987: 86)[44]. En nada puede sorprender esa asociación de una teoría coherentista de la justificación con el holismo, puesto que, si nos atenemos a lo expuesto, por ejemplo, por Dancy, «el coherentismo es *la* teoría holista» (1985: 143). Así, tiene, pues, todo el sentido que Raz sostenga que

42. Por lo que a la relación de Rawls con el intuicionismo se refiere, para el argumento de que los «elementos intuicionistas» de su teoría están, aun en otro sentido, muy presentes en la parte que él denomina «teoría no ideal» y, más concretamente, en que esta última «no proporciona ningún método para ponderar los distintos principios de justicia, y los 'deberes naturales' que estos imponen, en determinados contextos de conflicto», véase Feinberg, 1975: 108 y 116-124.

43. Sobre los problemas de «las formas más crudas» de fundacionalismo, véase *supra* nota 13. Para un examen de «las limitaciones del fundacionalismo en la teoría política», que toma como ejemplo la «explicación fundacionalista de las estructuras políticas» que Hobbes ofrecería, pero en el que también se explica por qué «el contrato no es en sí mismo completamente fundacional» en ninguna teoría contractualista, véase Ripstein, 1987: en esp. pp. 115-120, 123-129 y 132-137.

44. Para el argumento de que «la justificación debe ser holística», véase Rorty, 1979: 10, 180-181 y 318ss.; y 1991: 10, 26 y 193-194.

«el procedimiento de Rawls no es uno fundacionalista sino uno holista» (Raz, 1991: 111), o que Irwin defienda que Rawls «acepta el holismo en vez del fundacionalismo en epistemología moral y método» (Irwin, 2009: 897), que diga que el filósofo de Baltimore asume una «actitud holista hacia la justificación» (*ibid.*: 898), si se prefiere, una «justificación holista» (*ibid.*), e incluso que se refiera al «método holístico preferido de Rawls» (*ibid.*: 956). Pero, ateniéndonos, como digo, a lo explicado por Dancy, más sentido tiene todavía si cabe que Nielsen afirme que «el equilibrio reflexivo amplio es una explicación holística anti-fundacionalista de la moralidad» (1993: 317), añadiendo que, con el recurso a dicha noción, no estamos sino «usando un modelo coherentista» de justificación (*ibid.*)[45].

VI

Respecto de la cuestión en este trabajo tratada, debería, por tanto, quedar claro lo siguiente. La concepción de la justificación que el equilibrio reflexivo supone ha sido cuestionada no solo atendiendo a los elementos más específicos sobre los cuales se articula, sino también como una forma de coherentismo, esto es, como adoleciendo de los defectos más generales que puedan imputarse a este tipo de explicación de la justificación. En ambos casos, las críticas que hasta ahora se han realizado se revelan, sin embargo, completamente forzadas. Tanto desde el punto de vista de la teoría de la justificación, de la que fundacionalismo y coherentismo son los exponentes más importantes, como desde la perspectiva de los aspectos específicamente relacionados con lo que el equilibrio reflexivo supone como método los planteamientos de ese tenor hasta la fecha formulados comparten todos el mismo error: ignorar cuáles son en cada

45. Una defensa reciente del holismo en la filosofía política puede encontrarse en la obra de Ronald Dworkin. En su caso, por lo que a los «valores integrados no-instrumentales de la ética», como los de la «amistad» o la «modestia», se refiere, Dworkin ha defendido la necesidad de «entenderlos holística e interpretativamente, cada uno a la luz de los otros, organizados no en jerarquía sino al modo de *una cúpula geodésica*» (2006: 160, énfasis añadido). Con ello no ha tratado en último término sino de sentar las bases para plantear un enfoque del método apropiado para la filosofía política, como él mismo señala, en cierto modo «similar» al equilibrio reflexivo, aunque distinto a este en un extremo fundamental. A diferencia del procedimiento de Rawls, y dada justamente la clase de concepción política que él defiende, anclada, como es bien sabido, en unas «bases éticas» muy concretas, para Dworkin la búsqueda de ese equilibrio no puede limitarse a los elementos directamente relacionados con los fundamentos constitucionales, sino que ha de extenderse igualmente a los que se derivan de las doctrinas comprehensivas, y, por tanto, también a «la moralidad personal y la ética» (*ibid.*: 161). Para los argumentos más generales de Dworkin a propósito de la «unidad de los valores», de cómo estos resultan estar «interconectados y son mutuamente apoyantes», de la «integración» y «coherencia», por tanto, entre nuestros «valores éticos, morales, políticos», esto es, de cómo la ética, la moral y la moralidad política convergen entre sí dibujando una «red de valores» o «convicciones» en la cual todos ellos «dependen los unos de los otros», pero también las diferencias que en ese sentido él mismo traza con respecto al método de Rawls, además de las referencias contenidas en *Justice in Robes* (2006), véase sobre todo 2011: 1-2, 6-7, 10-11, 14, 15-16, 18-19, 100, 101, 107-109, 117-119, 162-163, 184-194, 202ss., 240, 242, 255-264, 271-272, 328, 400 y 419. Para sus consideraciones más concretas acerca del «holismo de los valores», véase 2006: 106; y 2011: 120-121, 134-135, 153-156, 184 y 193.

uno de los casos los verdaderos elementos por los cuales se definen tanto esas teorías de la justificación, incluyendo aquí su ámbito mismo de aplicación, como el propio equilibrio reflexivo en cuanto ejemplo de coherentismo moral.

En lo ya expuesto he señalado las diferencias que, en efecto, existen entre las explicaciones de la justificación fundacionalistas y las coherentistas, así como las que cabe establecer entre la noción de los juicios considerados en equilibrio reflexivo y la visión habitual de las intuiciones morales dentro de la tradición moral intuicionista. Además de ello, he dado cuenta de los aspectos en los que, pese a la analogía que desde el punto de vista metodológico cabe establecer entre las creencias normativas y la creencias factuales, la corrección deóntica de las proposiciones normativas se diferencia igualmente de la validez veritativa de las proposiciones asertóricas, e incluso de la aplicabilidad que, a pesar de eso, puede predicarse del coherentismo en el ámbito mismo de las ciencias empíricas, donde el fundacionalismo suele reclamar para sí la exclusividad.

Si mis consideraciones son correctas, tanto las objeciones que pretenden presentar el coherentismo de Rawls como una forma de intuicionismo plagada de los males que serían propios de este tipo de teoría moral como las que, tomando eso como base, además le reprochan poco menos que no ser lo bastante científico van muy desencaminadas. Por lo que a la concepción de la justificación implícita en la idea del equilibrio reflexivo se refiere, una conclusión se impone: que, contrariamente a lo señalado por algunos, expresa una explicación nítidamente coherentista, cuya solvencia y pertinencia resultan además reforzadas en cuanto se repara no ya en las objeciones a las que cualquier forma de fundacionalismo se enfrenta, sino también en que incluso en las ciencias empíricas ha de hacerse necesariamente uso de una metodología significativamente parecida en la que los hechos no son los únicos elementos tenidos en cuenta al evaluar la validez de una teoría.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles: *Analíticos Segundos*, en Id., *Tratados de Lógica (Órganon) II*, trad. cast. de Miguel Candel Sanmartín, Madrid, Editorial Gredos, 1988, pp. 301-440.

Baier, K., 1958: *The Moral Point of View: A Rational Basis of Ethics*, Ithaca, Cornell University Press.

Brandt, R. B., 1979: *A Theory of the Good and the Right*, Oxford, Clarendon Press.

Brandt, R. B., 1990: «The Science of Man and Wide Reflective Equilibrium», *Ethics*, Vol. 100, No. 2 (January), pp. 259-278.

Brandt, R. B., 1992: *Morality, Utilitarianism, and Rights*, New York, Cambridge University Press.

Brink, D. O., 1987: «Rawlsian Constructivism in Moral Theory», *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 17, No. 1 (Mar.), pp. 71-90.

Brink, D. O., 1989: *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press.

Brink, D. O., 2014: «Principles and Intuitions in Ethics: Historical and Contemporary Perspectives», *Ethics*, Vol. 124, No. 4 (July), pp. 665-694.

Corlett, J. A. (ed.), 1991: *Equality and Liberty. Analyzing Rawls and Nozick*, London, Macmillan.

Dancy, J., 1985: *Introducción a la Epistemología Contemporánea*, trad. cast. de J. L. Prades Celma, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.

Dancy, J., 2004: *Ethics Without Principles*, New York, Oxford University Press.

Dancy, J., 2014: «Intuition and Emotion», *Ethics*, Vol. 124, No. 4 (July), pp. 787-812.

Daniels, N., 1979a: «Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics», *The Journal of Philosophy*, Vol. 76, No. 5 (May), pp. 256-282.

Daniels, N., 1979b: «Moral Theory and The Plasticity of Persons», *The Monist*, Vol. 62, No. 3, (1 Jul), pp. 265-286.

Daniels, N., 1980a: «Reflective Equilibrium and Archimedean Points», citado por Corlett (ed.), 1991, pp. 90-109.

Daniels, N., 1980b: «On Some Methods of Ethics and Linguistic», *Philosophical Studies*, Vol. 37, No. 1 (Jan.), pp. 21-36.

Daniels, N., 1983: «Can Cognitive Psychotherapy Reconcile Reason and Desire?», *Ethics*, Vol. 93, No. 4 (Jul.), pp. 772-785.

Daniels, N., 1996: *Justice and Justification. Reflective Equilibrium in Theory and Practic*e, New York, Cambridge University Press.

Daniels, N., 2020: «Reflective Equilibrium», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL= <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/reflective-equilibrium/>.

DePaul, M. R., 1986: «Reflective Equilibrium and Foundationalism», *American Philosophical Quarterly*, Vol. 23, No. 1 (January), pp. 59-69.

DePaul, M. R., 1988: «The Problem of the Criterion and Coherence Methods in Ethics», *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 18, No. 1 (March), pp. 67-86.

Dworkin, R., 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press.

Dworkin, R., 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press.

Ebertz, R., 1993: «Is Reflective Equilibrium a Coherentist Model?», *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 23, No. 2 (June), pp. 193-214.

Feinberg, J., 1972: «Justice, Fairness and Rationality», citado por C. Kukathas (ed.), *John Rawls: Critical Assessments of Leading Political Philosophers. Volume II. Principles of Justice I*, London, Routledge, 2003, pp. 201-224.

Feinberg, J., 1975: «Rawls and Intuitionism», en N. Daniels (ed.), *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls'* A Theory of Justice, Oxford, Blackwell, pp. 108-124.

Gaus, G. F., 1996: *Justificatory Liberalism. An Essay on Epistemology and Political Theory*, New York, Oxford University Press.

Habermas, J., 1991: *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. cast. de José Mardomingo, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

Habermas, J., 1999: *Verdad y Justificación. Ensayos Filosóficos*, trad. cast. de Pere Fabra y Luís Díez, Madrid, Editorial Trotta, 2002.

Hare, R. M., 1973: «Rawls' Theory of Justice –I», *The Philosophical Quarterly*, Vol. 23, No. 91 (Apr.), pp. 144-155.

Hansson, S. O. 2007: «The False Dichotomy between Coherentism and Foundationalism», *The Journal of Philosophy*, Vol. 104, No. 6 (June), pp. 290-300.

Hasan, A. and Fumerton, R., 2018: «Foundationalist Theories of Epistemic Justification», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/justep-foundational/>.

Huemer, M., 2011: «Does Probability Theory Refute Coherentism?», *The Journal of Philosophy*, Vol. 108, No. 1 (January), pp. 35-54.

Irwin, T., 2009: *The Development of Ethics. A Historical and Critical Study. Volume III: From Kant to Rawls*, New York, Oxford University Press.

Long, G., 2004: *Relativism and the Foundations of Liberalism*, Exeter, Imprint Academic.

Mardiros, A. M., 1952: «A Circular Procedure in Ethics», *Philosophical Review*, Vol. 61, No. 2 (April), pp. 223-225.

Nielsen, K., 1993: «Relativism and Wide Reflective Equilibrium», *The Monist*, Vol. 76, No. 3 (July 1), pp. 316-332.

Olsson, E. J., 2002: «What Is the Problem of Coherence and Truth?», *The Journal of Philosophy*, Vol. 99, No. 5 (May), pp. 246-272.

Olsson, E. J., 2017: «Coherentist Theories of Epistemic Justification», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/justep-coherence/>.

Price, R., 1787: *A Review of the Principal Questions in Morals*, corrected and enlarged 3rd. edition, edited by D. D. Raphael, Oxford, Clarendon Press, 1974.

Rawls, J., 1950: *A Study in the Grounds of Ethical Knowledge: Considered with Reference to Judgments on the Moral Worth of Character*, Ph. D. dissertation, Princeton University.

Rawls, J., 1951: «Outline of a Decision Procedure for Ethics», [publicado originalmente en *Philosophical Review*, Vol. 60, No. 2 (April), pp. 177-197] citado por Rawls, 1999a, pp. 1-19.

Rawls, J., 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press.

Rawls, J., 1975: «The Independence of Moral Theory», [publicado originalmente en *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Vol. 48, pp. 5-22] citado por Rawls, 1999a, pp. 286-302.

Rawls, J., 1978: «The Basic Structure as Subject», en A. I. Goldman and J. Kim (eds.), *Values and Morals. Essays in Honor of William Frankena, Charles Stevenson and Richard Brandt*, Dordrecht, Holland, D. Reidel Publishing Company, pp. 47-71.

Rawls, J., 1980: «Kantian Constructivism in Moral Theory», [publicado originalmente en *The Journal of Philosophy*, Vol. 77, No. 9 (September), pp. 515-572] citado por Rawls, 1999a, pp. 303-358.

Rawls, J., 1989: *Justice as Fairness. A Briefer Restatement,* Cambridge, Mass., Harvard University. Manuscrito. Disponible en Rawls, 2010: Series III. Writings, 1942-1998 and undated: Subseries G. *Justice as Fairness, A Restatement,* 1987-1994.

Rawls, J., 1993: *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.

Rawls, J., 1999a: *Collected Papers*, edited by Samuel Freeman, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Rawls, J., 1999b: *A Theory of Justice*, revised edition, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press.

Rawls, J., 2010: Papers of John Rawls, 1942-2003 and undated. HUM 48, Harvard University Archives.

Raz, J., 1991: «The Claims of Reflective Equilibrium», en Corlett (ed.), pp. 110-135.

Reid, Th. (1788): *Essays on the Active Powers of the Human Mind*, en Id., *Thomas Reid's Inquiry and Essays*, edited by Ronald E. Beanblossom and Keith Lehrer, Indianapolis, Hackett Publishing Company, Inc. [reproduced from *The works of Thomas Reid*, ed. William Hamilton, 6th ed. Edinburgh, Maclachlan and Stewart ... 1863], 1983, pp. 297-368.

Ripstein, A., 1987: «Foundationalism in Political Theory», *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 16, No. 2 (Spring), pp. 115-137.

Rorty, R., 1979: *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, Princeton University Press.

Rorty, R., 1991: *Objectivity, Relativism, and Truth. Philosophical Papers Volume 1*, New York, Cambridge University Press.

Ross, C., 2018: «Infinite Regress Arguments», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/infinite-regress/>.

Scanlon, T. M., 2003: «Rawls on Justification», en S. Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, New York, Cambridge University Press, pp. 139-167.

Singer, M. G., 2002: *The Ideal of a Rational Morality. Philosophical Compositions*, Oxford, Clarendon Press.

Smith, M. B. E., 1977: «Rawls and Intuitionism», *Canadian Journal of Philosophy*, Supplementary Volume III, pp. 163-178.

Steup, M. and Neta, R., 2020: «Epistemology», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/epistemology/>.

Stern, R., 2004: «Coherence as a Test for Truth», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 69, No. 2 (September), pp. 296-326.

Thagard, P., 2007: «Coherence, Truth, and the Development of Scientific Knowledge», *Philosophy of Science*, Vol. 74, No. 1 (January), pp. 28-47.

Weber, E. Th. (2010): *Rawls, Dewey and Constructivism. On the Epistemology of Justice*, London, Continuum Studies in Political Philosophy.

Williams, B. (1985): *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Fontana Press/Collins.

Young, J. O. (2018): «The Coherence Theory of Truth», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/truth-coherence/>.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Autonomía moral, autonomía personal y derechos humanos en Carlos Nino*

Moral Autonomy, Personal Autonomy and Human Rights in Carlos Nino

Juan Iosa

Autor:
Juan Iosa
CONICET-CIJS-UNC, US21, Argentina
juanfiosa@gmail.com
https://orcid.org/0000-0001-5590-6043

Recibido: 21-11-2019
Aceptado: 17-4-2020

Citar como:
Iosa, Juan, (2021). Autonomía moral, autonomía personal y derechos humanos en Carlos Nino Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 443-471. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.17

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Juan Iosa

Resumen

Trabajo la relación entre autonomía moral (AM) y autonomía personal (AP), aquí con foco en *Ética y Derechos Humanos* de Carlos Nino. Reconstruyo primero su comprensión, luego la evalúo críticamente. Para él la segunda es una subclase de la primera: la AM referiría a todos los deberes morales, la AP sólo a los autorreferentes. A su vez entiende que la AM es un presupuesto ineludible del discurso moral mientras que la AP es un principio de moralidad social. Pero entonces o bien la AM es un principio de moralidad social o bien la AP es un presupuesto de la práctica del discurso moral. Una tercera opción es concebir la AM como aislando sólo un conjunto de principios válidos entre los que se encontraría el de AP. Muestro la inviabilidad de estas propuestas. Por último presento el modo a mi juicio adecuado de concebir la relación en cuestión.

Palabras clave: autonomía moral; autonomía personal; Carlos Nino; Ética y Derechos Humanos.

Abstract

I work on the relationship between moral autonomy (MA) and personal autonomy (PA), here focusing on Nino`s *Ethics and Human Rights*. First I reconstruct his understanding and then I criticize it. For him the second is a subclass of the first: MA refers to all moral duties, PA only to duties to oneself. In turn, he understands that MA is an unavoidable assumption of moral discourse while PA is a principle of social morality. But then either MA is a

* Presenté una versión previa de este trabajo en el seminario *Nuevas lecturas de la filosofía política de Kant*, organizado por Macarena Marey en Buenos Aires, entre el 10 y el 12 de julio de 2019. Mi agradecimiento a ella y a Facundo García Valverde por sus valiosos comentarios. Gracias también a Julio Montero quien leyó el borrador, me hizo interesantes sugerencias y me evitó importantes errores. Gracias, por último a los miembros de nuestro grupo de investigación *Autonomía y Constitución*, especialmente a Matías Parmigiani, Matías González del Solar, Tomás Céspedes, Carlos Villanueva y Rodrigo Gutiérrez, por su lectura atenta y sus críticas.

principle of social morality or PA is an assumption of moral discourse. A third option is to conceive MA as isolating only one set of valid principles, PA among them. I show the unfeasibility of these proposals. Finally, I present the proper way to conceive the relationship in question.

Keywords: moral autonomy; personal autonomy; Carlos Nino; Ethics and Human Rights.

1. INTRODUCCIÓN

Ética y Derechos Humanos es, a mi parecer, el libro más importante de Carlos Nino, aquel donde plasma sus intuiciones filosófico-políticas más meditadas y donde, en favor de éstas, ofrece los argumentos más elaborados. Es también uno de los primeros libros de teoría política latinoamericana inscriptos en la tradición analítica. Nino estaba entonces abriendo una senda por la que luego muchos hemos transitado. Pese a los 34 años pasados desde su primera edición y a los 29 transcurridos desde la segunda y definitiva, es una obra que vale la pena seguir leyendo, releyendo y discutiendo. Las tesis y argumentos allí vertidos constituyen a mi juicio la base filosófica de su pensamiento y como tales están presentes con idéntico sentido en el resto de sus trabajos de filosofía moral y política, particularmente en *El Constructivismo Ético* y en *La Constitución de la Democracia Deliberativa.* Aquí sin embargo, aun sin dejar de tener en cuenta estas últimas, haré foco en aquella obra seminal.

Mi particular interés por repensar hoy a Nino está vinculado al deseo de profundizar en la comprensión de la relación entre dos conceptos clave para la filosofía práctica contemporánea: las ideas de autonomía moral y autonomía personal. Nino tiene una particular concepción de tal relación, concepción que vale la pena analizar y evaluar por muchas razones. La mía es que considero que este ejercicio teórico, más allá de ayudarnos a entender mejor a Nino, puede aportar a la construcción de una teoría general de la autonomía, un proyecto en el que vengo embarcado hace ya un tiempo y que seguramente tomará sus buenos años más[1]. Además el aporte de Nino, en línea con muchas propuestas actuales, tiene la peculiaridad de derivar o justificar los derechos humanos básicos en estos conceptos. Entender y criticar a Nino nos permitirá entonces profundizar en la delimitación conceptual, la interrelación y la determinación de la potencia normativa de tres conceptos centrales tanto para nuestra autocomprensión como sujetos morales como para la de dos prácticas que de algún modo nos constituyen como tales: la moral y el derecho.

El libro de Nino sostiene dos tesis centrales. Primero que los derechos humanos, su contenido, función y dinámica, derivan de los tres principios morales básicos por él postulados (autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona). Segundo, que estos

1. La idea es dar cuenta de la relación conceptual y normativa entre las ideas de no interferencia, no dominación, autonomía personal, autonomía moral, autonomía política y, hasta ahora, reconocimiento. Pero los conceptos relevantes se siguen sumando.

principios derivan de los presupuestos del discurso moral. La primera tesis, especialmente en tanto refiere a la derivación del contenido de los derechos humanos básicos a partir de la autonomía personal, tiene tanto críticos (Raz, 2015, Beitz, 2009) como defensores (Griffin, 2008) y un texto aparte debe evaluarla en relación al modo específico en que Nino la sostuvo. Aquí pretendo centrarme en la segunda. Seré incluso más específico. Preanalíticamente creo que el principio de autonomía personal es el central y que los demás se pueden o bien derivar o bien reducir a él. No argumentaré al respecto. Sea esto verdad o no, mi tesis y mis argumentos estarán dirigidos exclusivamente a evaluar la relación entre el principio de autonomía personal y los presupuestos del discurso moral tal como Nino los concibe[2]. En cuanto a estos últimos, aquí será de particular importancia el de autonomía de la moral o autonomía moral. Mi tesis, para ser todo lo explícito y preciso posible, es que Nino entiende mal la relación entre autonomía moral y autonomía personal y que, por lo tanto, deriva incorrectamente este principio de aquel presupuesto. El propósito del texto es entonces centralmente crítico. Aporta sobre todo a nuestra comprensión de cómo y por qué razones no debemos concebir la relación entre los conceptos en juego tal como lo hace Nino[3]. Su aspecto constructivo se limitará a presentar el trazo grueso del modo adecuado, genuinamente kantiano, de concebir la relación en cuestión. Una comprensión más fina requiere una relectura de Kant a la que espero poderme dedicar prontamente.

2. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN *ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS*

Como decía al comienzo, Nino pretende derivar los derechos humanos básicos de sus tres principios morales: autonomía personal, inviolabilidad y dignidad de la persona (Nino, 1989: 199)[4]. Es particularmente importante el principio de autonomía personal ya que, a su entender, determina el contenido de tales derechos (222 – 223). A su vez estos principios encuentran justificación racional en las reglas formales presupuestas en la práctica del discurso moral (106). Se trata de poner estos tres elementos en equilibrio reflexivo.

2. Una evaluación en algún sentido semejante a la que pretendo ofrecer aquí pero realizada desde la óptica de la teoría del discurso y con otros problemas en mente, puede encontrarse en Alexy, 2003. Quizás sea este el lugar oportuno para hacer una aclaración, sino una excusa, sobre el contenido del texto. Hasta donde conozco, el tema aquí desarrollado no ha sido explícitamente tratado por los críticos de Nino. Por ello y por una cuestión de espacio las referencias a la literatura sobre nuestro autor son más bien escasas.
3. Si tengo razón, entonces deberán revisarse las teorías que parten de dar por buena la derivación aquí criticada. Rodolfo Vázquez, por ejemplo, presenta una defensa del liberalismo igualitario que encuentra sus fundamentos en la concepción de la autonomía de Nino (Vázquez, 2004: 44). El liberalismo igualitario puede ser una buena teoría de la justicia, pero todo intento de justificarlo sobre las bases de los presupuestos del discurso moral está, a mi juicio, destinado al fracaso.
4. De ahora en adelante cuando cite Ética y Derechos Humanos de Nino, dada la reiteración de las citas, enunciaré sólo las páginas.

> «Debemos abandonar aquellas intuiciones que no pueden justificarse sobre la base de principios plausibles, modificar aquellos principios que no dan cuenta de intuiciones firmes o que no parecen derivar de reglas formales del discurso moral y alterar la reconstrucción de las reglas formales cuando ellas no permiten derivar principios plausibles» (106, 200)[5].

Los próximos apartados están destinados a reconstruir este intento de Nino.

2.1. La autonomía moral en la moral crítica y en el discurso moral

Comienza Nino dando cuenta de las reglas formales implícitas o presupuestas en nuestra práctica del discurso moral. Pero antes ¿por qué son importantes estas reglas constitutivas de un elemento de la moral positiva, ie., el discurso moral? Porque dando cuenta de ellas damos cuenta, entiende Nino, de los criterios de validez de los juicios y reglas de una moral ideal. Ello porque los juicios de una moral positiva comparten con los de una moral ideal la mayoría de sus propiedades esenciales. La única diferencia entre ambos es que los primeros son necesariamente aceptados por la sociedad en cuestión mientras los segundos son necesariamente válidos (94). Ahora bien, todo genuino juicio de moral positiva pretende dar cuenta del contenido de una moral ideal, pretende ser correcto, válido. Pero si un juicio de moral positiva puede satisfacer su pretensión, ie, puede ser válido, esto significa que «el criterio de validez de los juicios morales está implícito en la moral positiva» (95)[6]. Nino fundamenta esta afirmación con el siguiente argumento:

> «Si, cuando asignamos validez a ciertos juicios morales, lo hiciéramos sobre la base de criterios diferentes de los que implícitamente se toman en cuenta en el contexto de una moral vigente, no habría razón para calificar a los juicios que la constituyen de 'morales', ya que no se pretendería con ellos formular juicios que, según nuestro criterio, pudieran ser juicios morales válidos» (95).

En definitiva, pareciera que según Nino los criterios de validez de las reglas y juicios sustantivos de una moral ideal son los mismos que los de nuestra moral positiva y podemos conocer aquéllos apelando a éstos[7].

Hagamos foco entonces en la dimensión discursiva de nuestra moral positiva. El discurso moral es «una actividad que consiste en ofrecer argumentos en favor o en contra

5. Las intuiciones morales a que refiere la cita de Nino se ven reflejadas, a su entender, en las listas de derechos humanos básicos presentes en nuestras constituciones.
6. Nino, utilizando laxamente el lenguaje, habla aquí de validez de los juicios morales. En sentido estricto de los juicios que afirman la existencia de una regla o que describen su contenido se puede predicar verdad, siendo la validez una propiedad de las reglas de un sistema normativo.
7. Sin embargo dos párrafos antes Nino afirma una tesis que parece contradictoria con esta conclusión: «… para determinar las condiciones que debe satisfacer un juicio moral, sea o no válido, puede ser iluminador examinar las propiedades que distinguen el fenómeno social que llamamos 'moral' de otras instituciones -como el derecho…, la religión- que se dan entremezcladas con él en las sociedades que conocemos» (94). Bajo esta idea, los presupuestos formales de validez de la práctica del discurso moral sirven para algo mucho menos ambicioso: determinar el carácter moral de una razón, no su validez.

de ciertas conductas o pretensiones» (103). Esta actividad colectiva, esta práctica social en que consiste el discurso moral

> «…constituye una técnica para convergir en ciertas conductas… sobre la base de la *coincidencia de creencias en razones morales*; esa convergencia en acciones… que se pretende obtener mediante la coincidencia de creencias que la discusión moral tiende a lograr, satisface, evidentemente, las funciones de reducir los conflictos y facilitar la cooperación» (103)[8].

Reducir los conflictos y facilitar la cooperación son las funciones de la práctica del discurso moral[9]. Para satisfacer esas funciones es necesario, a través del discurso moral, lograr convergencia en acciones, actitudes y creencias en razones morales. Esto, a su vez, sólo se puede lograr si el discurso moral está sometido a ciertas reglas que estipulan cuáles son las condiciones para alegar razones. Si éste no fuera el caso, el lograr dicha convergencia sería fruto del azar (103). Vamos entonces a las reglas implícitas en la práctica del discurso moral[10]. Me limitaré aquí a seguir a Nino en su enunciación: autonomía de la moral, publicidad, generalidad, superveniencia, universalidad, carácter último e imparcialidad» (108 – 116).

Estas propiedades, como dije, son formales. En razón de ello, Nino parece entender que permiten excluir a los principios que no las satisfacen pero no permiten decidir entre dos principios opuestos en tanto ambos las satisfagan: no permiten dotar de contenido sustantivo a la moral.

> «…estas propiedades de los principios cuya libre aceptación se procura a través del discurso moral no indican cómo este discurso debe proceder para lograr aquel resultado; ellas pueden servir de base a argumentos negativos en contra de ciertos principios, pero no dan lugar a argumentos positivos que impulsen el discurso moral hacia adelante» (112)[11].

Aun si con matices, parece que Nino respalda la vieja acusación de vacuidad al formalismo kantiano: el seguir una serie de reglas formales como las presupuestas en la práctica del discurso moral puede ser en todo caso condición necesaria pero nunca suficiente para identificar las reglas de una moral crítica. Para ello necesitamos una concepción sustantiva de lo bueno.

Sin embargo, aquí como siempre, los matices son importantes. A su entender, «un procedimiento que no garantice resultados únicos para todos los casos concebibles no lo convierte en un mecanismo inútil» (121). Específicamente Nino considera que el

8. Las cursivas son mías.
9. Por momentos Nino parece afirmar que esas son también las funciones de la moral, ie., de la moral crítica (99). Eso sería curioso pues la no conflictividad y la cooperación podrían conseguirse, es plausible suponer, sobre la base de la convergencia en la creencia en razones morales falsas. Por lo demás la no conflictividad y la cooperación sólo son buenas si la moral crítica dice que lo son. Ésta da cuenta de aquellas, no a la inversa.
10. Son reglas *procesales* ya que establecen «qué movidas son aceptables y cuáles no, siendo las 'movidas' en cuestión la formulación de juicios acerca de la existencia de razones para actuar» (103 -104). Son «rasgos *formales* básicos que necesariamente debe satisfacer todo juicio moral para ser válido» (104).
11. Al respecto Alexy: «Nino constata acertadamente que tales criterios formales no son suficientes para asegurar un consenso en cuestiones morales. Pero en cualquier caso excluyen algo, por lo que resulta del todo razonable formularlos de alguna manera como condiciones o reglas del discurso práctico» (Alexy, 2003: 177).

problema a nivel de los principios generales de moralidad política o social no es tan grave ya que

> «(L)a posibilidad de indeterminaciones externas (que resultan de la imposibilidad de elegir entre principios que constituyen la base de sistemas morales distintos y excluyentes) se ve limitada por el hecho de que los posibles candidatos a constituir los principios básicos de los sistemas morales alternativos no constituyen una legión… hay en realidad unas pocas opciones entre principios básicos de moralidad social: por ejemplo, la opción entre concepciones colectivistas e individualistas acerca de la titularidad de intereses y la opción entre concepciones objetivistas y subjetivistas acerca de la interpretación de esos intereses. De modo que, una vez que hemos mostrado que algunas de las alternativas en juego satisfacen mejor que sus competidoras las condiciones formales implícitamente aceptadas por los participantes del discurso moral, podemos tener cierta confianza de que el argumento podrá ser repetido contra nuevos candidatos» (121-122).

Nino parece creer entonces que, al menos en lo que se refiere al contenido de los principios generales de moralidad política, las reglas formales sí son una guía confiable. Tengamos presentes estos 'matices' pues serán relevantes al momento de criticar a Nino.

Antes de centrarnos en el rasgo o propiedad formal del discurso moral que será objeto principal de este análisis quisiera reconstruir brevemente otros dos rasgos que también tendrán su lugar: la generalidad y la universalidad.

Por 'generalidad' entiende Nino el hecho de que los principios deben establecer soluciones normativas para casos genéricos, no individuales, para usar la conocida terminología de Alchourrón y Bulygin. Los principios usan palabras de clase que enuncian propiedades que pueden instanciarse en una multiplicidad de casos individuales (110).

Por 'universalidad' Nino se refiere a un aspecto que hace a la aceptabilidad de los principios o razones: Si un principio justifica una acción para una persona entonces justifica una acción semejante para cualquier otra persona en la medida en que las referidas acciones no difieran respecto de las propiedades que el mismo principio considera relevantes (110). Esto implica, por un lado, que no hay diferencias de status moralmente relevantes (como se consideraba que las había, por ejemplo, en la edad media, y que podían hacer que lo que estuviera mal para el siervo no lo estuviera para su señor). Por otro, es una negación del particularismo: existen razones universales y sus soluciones normativas se aplican del mismo modo a todos los agentes en tanto sus casos sean similares.

Centrémonos, ahora sí, en el rasgo del discurso moral central para este trabajo: la autonomía de la moral. Al respecto cito *in extenso* a Nino. Pero el párrafo es complejo: refiere diversas tesis como relativas a la autonomía moral. Además es obscuro: la relación entre estas tesis no es ni explícita ni precisa. De modo que requiere análisis. Por ello intervendré el párrafo distinguiéndolas:

> a) Hay un aspecto del discurso moral que es tan fundamental que hace que él sea precisamente un *discurso:* en el discurso moral están excluidos argumentos, formas de persuasión o técnicas de motivación basados en la obediencia dogmática a ciertas autoridades -humanas

> o divinas-, el recurso a amenazas de daños o a ofertas de beneficios, el engaño, el condicionamiento a través de la propaganda…
> b) *El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros.*
> c) Éste es el rasgo de autonomía de la moral, que fue insuperablemente señalado por Kant al sostener que lo que da valor moral a la acción no es el miedo o la inclinación sino el respeto voluntario a la ley, que convierte al agente en su propio legislador.
> d) Este rasgo es lo que distingue más radicalmente a la moral de otras instituciones sociales que satisfacen las mismas funciones, como es el caso del derecho. La moral se caracteriza por operar a través del *consenso.* e) Es inconsistente que alguien diga que la solución x es la que establece la moral ideal aunque no está de acuerdo con ella, cosa que puede en cambio decir coherentemente respecto del derecho (109)[12].

No intentaré aquí evaluar la plausibilidad de cada una de las tesis recién distinguidas ni si se da la mutua implicación que parece presuponer Nino, aunque claro que todo esto es problemático (a modo de muestra, baste señalar que el hecho de que respetemos voluntariamente una ley no nos convierte en sus legisladores. ¿Suponemos acaso que cualquier súbdito obediente, por convicción, de las leyes que dicta su monarca, es por eso legislador?) Sólo al final diré algo sobre el alegado pedigree kantiano de estas ideas: intentaré mostrar que en Ética y Derechos Humanos Nino hace una lectura equivocada de la idea kantiana de autonomía moral y que en el mejor de los casos la suya tiene con la de Kant sólo un parecido de familia. Sí quisiera, antes de acometer mi objetivo principal en este apartado, ie., precisar el concepto de autonomía de la moral en Nino, destacar que la tesis d) no debe ser leída como afirmando una moral por consenso. El discurso, el diálogo moral, tiene por fin, según Nino, convencer al interlocutor de la existencia de razones morales para realizar la acción x. En realidad, más que convencer, lo que el discurso pretende es que el interlocutor se convenza a sí mismo en virtud del peso de las razones que evalúa autónomamente. Si éste se autoconvence, entonces habrá consenso entre los hablantes sobre qué razones para la acción hay y, por lo tanto, se reducirán los conflictos y se facilitará la cooperación, ie., se verán satisfechas las funciones del discurso moral. Pero, tal como veremos, para Nino las razones morales existen con anterioridad e independientemente del logro de cualquier consenso empírico.

Dicho esto, en lo que sigue quiero simplemente precisar qué entiende Nino por autonomía moral. Y creo que la clave está en la tesis b. Las personas son moralmente autónomas cuando actúan en base a principios o razones que han aceptado libremente[13]. Pero en Nino la aceptación de las razones por parte del agente depende de que las *juzgue* válidas. Debemos entonces distinguir tres cuestiones en la idea de autonomía moral como aceptación libre de razones: a) validez o existencia de las razones, b) juicio sobre dicha validez y c) aceptación de las razones juzgadas válidas (si se quiere, y aunque no es

12. Cursivas en el original
13. En un sentido similar, destacando que esta idea de libre argumentación y aceptación de razones es la idea fundamental de toda teoría del discurso racional, Alexy, 2003.

relevante para este análisis, podemos agregar a la aceptación d) la decisión consecuente y la acción que sigue a la decisión).

Comencemos por la idea de validez (o existencia) de las razones morales. Al respecto es importante dejar en claro dos cuestiones. Advirtamos que los 'principios' a los que alude Nino en su enunciación de la idea de autonomía moral no son sino razones para la acción muy generales y abstractas de las que se pueden derivar razones para la acción más específicas (normas). Y se comportan como tales: Los principios y normas de conducta, concebidos como razones para la acción, se aceptan porque se juzgan válidos sobre la base de otras razones que los justifican. De este modo la idea de *juicio* es ineludible dentro de la concepción de autonomía moral que tiene Nino. No hay libre aceptación sin juicio previo sobre las razones relevantes en la situación para tener por valido el principio o la norma alegada.

Puesto en otros términos, no es la *aceptación* de las razones lo que las constituye como tales. Para Nino las razones morales existen con anterioridad a su aceptación por los individuos. Más aún, si un individuo llega, luego de reflexión suficiente, a juzgar, a creer, que hay una razón (final) para realizar la acción x, no le queda sino aceptar que debe hacer x, y, en consecuencia, decidir hacer x. Es pragmáticamente contradictorio creer que, todas las cosas consideradas, debe hacerse x pero no aceptar o no decidirse a hacer x. En consecuencia, el objetivo central de la argumentación al interior del discurso moral es lograr influir, por la fuerza de las razones alegadas (y aquí 'razones' se utiliza en el sentido de razones-premisas, enunciados que forman parte de un argumento cuya conclusión es a su vez un enunciado que afirma un principio según el cual x es valioso o debe hacerse x), en el juicio, ie., las creencias, del interlocutor sobre cuáles son las razones válidas o existentes, sobre qué debe hacerse todas las cosas consideradas[14]. Pues aportando elementos de juicio parece que colaboro en su autodeterminación de las razones que ella o él adopta y, consecuentemente, en su decisión. Todo indica que el elemento epistémico tiene más peso que el volitivo en la concepción de la autonomía moral de Nino.

Sobre el final de este texto diré algo acerca del estatus ontológico de las razones según Nino y sobre su constructivismo ético. Por ahora baste recordar que Nino se concibe a sí mismo como un constructivista epistemológico, no ontológico (389 -90). Considera que a través del diálogo los individuos llegan a aceptar razones morales que existen independientemente de su aceptación: «Los principios morales a los que aludo son tales que *si* existieran, su existencia estaría dada por su validez o *aceptabilidad* y no por su reconocimiento efectivo o aceptación real por ciertos individuos…» (20).

14. Respecto de la distinción entre razón para la acción como hecho y razón como premisa ver Redondo, 1996: 17, 121-122; Iosa, 2017: 143. También es importante distinguir entre un sentido psicológico o subjetivo y un sentido objetivo de 'razonamiento práctico' y de 'razón-premisa'. El primero es el proceso mental de justificación y depende de las razones que acepta el agente. El segundo es el que sirve de criterio de corrección al primero y depende lo que el agente debe aceptar. Para esta discusión sobre la influencia de los argumentos presentados por un agente sobre el juicio de otro, pareciera que el relevante es el primer sentido. Sobre el punto ver Redondo, 1996: 90, 114-115.

Es decir, la práctica del discurso, entiende, es una herramienta de acceso antes que de construcción de los principios morales.

Pasemos ahora al segundo elemento: el agente satisface la condición de autonomía cuando acepta razones que *juzga* válidas. Aquí hemos de insistir en la distinción esbozada arriba entre las ideas de validez como existencia de las razones, por un lado, y de juicio sobre la validez, por otro. Por 'juicio' hemos de entender, primero, *reflexión*, ie., la implicación del agente en un proceso mental de diálogo interno (posiblemente tras un diálogo con otra persona) por el cual pretende conocer si determinadas razones putativas son genuinas razones. Dicho juicio puede terminar en un 'juicio' en un segundo sentido: en virtud de aquél proceso el agente llega a *creer* que existe determinada razón para la acción y puede sinceramente plasmar dicha creencia en un *enunciado* (juicio en un tercer sentido) que considera verdadero. En todo caso el juicio es *sobre* la validez (existencia) de las razones.

Ahora bien, cuando nos implicamos con otra persona en un diálogo moral presuponemos que esa persona adoptará libremente las razones que por sí misma juzgue válidas luego de adecuada reflexión. Pero dado que su juicio, al igual que el nuestro, puede fallar, sólo podemos contar con eso, con que aceptará (y actuará sobre la base de) razones que *juzgue* válidas, no que lo hará sobre razones *válidas* en el sentido de existentes (231).

En consecuencia bien podríamos decir que nuestro juicio, ie., nuestra creencia sobre la validez de x razones sustantivas, excluye a esas razones al momento de la acción. De aquí que una razón-premisa, puede ser declarada *válida* en un segundo sentido, de este polisémico término: un juicio (en el sentido de enunciado alegado, de razón premisa) es válido cuando es una pieza de discurso adecuada como objeto de la reflexión de un agente y, eventualmente, adoptable como creencia en virtud de esa reflexión (como no lo es una amenaza, una orden, etc.). Las condiciones de validez en este sentido son el resto de los presupuestos del discurso moral, incluyendo la generalidad y la universalidad. Las razones como hecho son válidas cuando existen, cuando son sustantivamente correctas. Las razones como premisas son válidas cuando son aceptables como objeto de la reflexión y, eventualmente, de creencia, en el discurso moral.

Tercero, los agentes son moralmente autónomos cuando actúan en base a razones que *aceptan* libremente. Pero si el juicio sobre la validez de las razones excluye la validez (la existencia) misma y si, como afirmé anteriormente, juicio implica aceptación, es claro que validez como existencia por un lado y aceptación de razones por el otro, bien pueden darse por separado. Un sujeto puede actuar en base a razones válidas, existentes, que no acepta (actuar correctamente pero por compulsión o interés, por ejemplo) o puede aceptar razones inválidas, inexistentes.

Volvamos a Nino. A su entender, si el discurso moral «está destinado a obtener una convergencia de acciones y actitudes a través de la libre aceptación de principios últimos y generales…» entonces cuando en él nos implicamos «valoramos positivamente la autonomía que se manifiesta en acciones que están determinadas por la libre elección de principios morales» (230). Así, la regla básica del discurso moral, el acuerdo tácito

que suscribimos cuando jugamos este juego, sostiene que «*es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación juzgue válidos*» (230)[15].

Si es deseable o valioso que la gente actúe en virtud de los principios que libremente acepta por juzgarlos válidos, entonces, afirma Nino, las acciones que satisfacen esta regla son acciones valiosas. Puesto en otros términos, caeríamos en una contradicción pragmática si negáramos que es valioso actuar sobre la base de razones libremente aceptadas. Ello porque cada vez que ingresamos al discurso moral presuponemos ese valor. De lo contrario no gastaríamos energía en acercarle razones a nuestro interlocutor (234; Nino 1992, 34).

Afirma Nino que dicho valor es presupuesto con independencia de que las acciones en cuestión sean correctas, de que estén respaldadas por razones válidas, existentes. Este es el valor de la autenticidad moral: soy auténtico cuando actúo por razones en las que, luego de adecuada reflexión, he llegado a creer y aceptar. Incluso si esas razones no son tales. De aquí que Nino se permita afirmar que aun en las acciones de un nazi convencido puede haber *algún* valor[16]. Para Nino entonces la autonomía moral equivale a la autenticidad moral (234).

Para concluir este punto, Nino aclara que el valor de las acciones de las que se puede predicar que son producto de la autonomía moral del agente es sólo *prima facie.* Que dicho valor puede verse contrarrestado por el disvalor de otros aspectos de la acción de modo que, todas las cosas consideradas, la acción sea mala o incorrecta, incluso abominable (234). Nino no aclara aquí a qué otros aspectos se refiere. Pero todo indica que está pensando en la calificación moral de la acción, ie., si ella es permitida o prohibida por razones morales de fondo, con independencia de si el agente las juzgó o no válidas, si las aceptó o no.

2.2. El principio de autonomía personal como principio moral sustantivo

Luego de avanzar parte del camino hacia el equilibrio reflexivo dando cuenta de las reglas formales presupuestas en el discurso moral, Nino retoma la tarea partiendo ahora del otro extremo, de convicciones morales firmes y compartidas acerca cuáles son los derechos humanos básicos (200). De allí se dirige hacia el centro del camino «tratando de encontrar los principios generales más plausibles que permitan derivar esos derechos respaldados por convicciones firmes» (200). Al medio hay que empalmar ambos

15. Cursivas en el original.
16. Bien cabe negar que la realización de acciones inmorales tenga algún valor moral, siquiera *prima facie*. El ejemplo de Nino en este sentido es sumamente contraintuitivo: no parece haber ningún valor moral en la decisión de Hitler de ejecutar la solución final o en la de Eichmann de organizarla. Por el contrario, el hecho de que lo hayan decidido libre y reflexivamente agrega aún más horror a su acción. En este sentido Raz afirma que «elegir autónomamente lo malo hace la propia vida peor que lo que sería comparativamente una vida no autónoma» (Raz, 1986: 411). La posición de Raz es la correcta y la de Nino equivocada. Espero que más abajo quede claro por qué.

recorridos. Los principios reconstruidos deben poder derivarse de las reglas formales implícitas en el discurso moral. De no lograr esa unión, deberemos desandar el camino para ir «afinando el equilibrio entre percepciones más agudas de las condiciones del discurso moral y formulaciones más precisas de los principios que den mejor cuenta de nuestros sentimientos morales» (201). Nino afirmaba al momento de escribir que no perseguiría allí «esa ímproba tarea» pues «requiere del estímulo de objeciones que no puedo por ahora articular» (201). Justamente este trabajo tiene por objeto proveer ese estímulo, acercar argumentos que permitan, de ser posible, lograr la requerida sintonía fina. O bien demostrar que debe cambiarse el instrumento. Es cierto, 29 años tarde. Después de todo, la cultura es en parte un diálogo con los muertos.

Comienza Nino entonces repasando la lista de derechos básicos habituales en las constituciones liberales y constatando que está integrada por una variada gama de libertades para hacer ciertas cosas: trabajar, practicar una religión, asociarse con otros, elegir prácticas sexuales y hábitos personales que no afecten a terceros, etc. ¿Podrá este conjunto de derechos derivarse de algún principio general? Luego de un rodeo con el cual descarta que el principio de daño sea el relevante, sin mayores argumentos Nino afirma que el principio general que sirve de fundamento a los derechos humanos es el principio de autonomía personal:

> «El principio liberal que está aquí en juego es el que puede denominarse 'principio de autonomía de la persona' y que prescribe que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y los demás individuos no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución» (204- 205).

Tal como lo enuncia el mismo Nino (229) el principio de autonomía personal puede dividirse en dos partes. Por un lado una tesis de filosofía moral que afirma que es valioso que las personas elijan libremente sus planes de vida e ideales de excelencia. Por otro, una tesis de filosofía política acerca del límite de la autoridad legítima del estado: no ha de interferir en las elecciones autorreferentes de las personas. La primera da razón de la segunda. De modo que en ella hemos de hacer pie.

¿Por qué es valioso que las personas elijan libremente sus planes de vida? Una primera posibilidad es por razones conceptuales: es bueno que yo elija mi plan de vida porque lo que es bueno para mi depende de que yo lo elija. Mi elección define lo bueno para mí. Un argumento a favor de semejante concepción subjetivista es que es la única conforme con el valor de la autonomía: si lo bueno para el agente fuera objetivamente determinable pareciera que no se justifica la libertad de elección. Si eligiera mal habría que imponerle lo bueno.

Nino descarta esta posibilidad porque semejante concepción subjetivista del bien descansa en un equivocado enfoque externo de las preferencias, donde éstas se conciben como primitivas, como hechos dados. A su juicio debe adoptarse el enfoque interno,

desde el cual el sujeto concibe sus preferencias como basadas en razones[17]. Nino descarta el enfoque externo sobre la base de una serie de argumentos. Dado que acuerdo con Nino en que existen valores objetivos con los cuales evaluar las preferencias, y que no es necesario para el argumento general aquí analizado indagar mayormente sobre el punto, daré por supuesto que el enfoque interno es el adecuado[18]. Parto de concordar con Nino en que *si* la autonomía personal se define no como la mera elección de acciones autorreferentes y planes de vida sino como su adopción sobre la base de la aceptación libre, luego de adecuada reflexión, de las razones que las sostienen, entonces la autonomía personal es incompatible, por razones conceptuales, con el enfoque externo de las preferencias. Y que éste es el concepto de autonomía personal que maneja Nino quedará demostrado cuando lo subsumamos en el de autonomía moral.

Vamos a ello. Preguntémonos, siguiendo a nuestro autor, qué sucede si afirmamos, de conformidad con el enfoque interno, que el valor de las preferencias y de su satisfacción depende de que encuentren respaldo en razones objetivas. ¿No desaparece acaso todo el valor de la autonomía? ¿No deberían imponerse los valores genuinos con independencia de si las personas los aceptan, los prefieren, o no? (181, 214).

Nino afirma categóricamente que esta conclusión no se sigue. Demostrar por qué éste es el caso nos lleva a la segunda posibilidad de justificación del valor de la elección personal de planes de vida. Es valioso que las personas elijan sus planes de vida, ie., que actúen en base a razones que aceptan, porque la autonomía personal, «es un valor objetivo que forma parte de cualquier concepción válida del bien» (214). Esto, afirma, se puede demostrar a partir de los presupuestos del discurso moral (181,214).

2.3. Subsunción de la autonomía personal en la autonomía moral

El valor objetivo de la autonomía personal deriva, según Nino, del valor objetivo de la autonomía moral. Nino atribuye a Kant el haber dado cuenta del valor de la autonomía moral tal como él la entiende: la libre aceptación no sólo de pautas que hacen a la moral autorreferente sino también de cualquier otra pauta moral, incluyendo las que integran la moral intersubjetiva. Si esto es así la autonomía personal está incluida en la autonomía moral. Para la autonomía moral kantiana sería valiosa la libre adopción de cualquier principio moral, incluidos los que imponen deberes para con los demás. La autonomía personal, por su parte, atribuye valor sólo a la libre adopción de principios autorreferentes, callando sobre otros principios (230; Nino 1992, 36). Si probamos el valor de la autonomía moral, por razones conceptuales queda probado el valor de la autonomía personal: ésta es sólo una subclase de aquella (230). Y si, como vimos en

17. Para una defensa del mismo enfoque objetivista de las preferencias pero vinculado a la distinción entre preferencias de primer y segundo orden puede verse Iosa 2017 donde defiendo lo que llamo una concepción normativa de las preferencias y las metapreferencias, por oposición a una concepción fáctica.
18. Quien quiera revisar los argumentos en contra del enfoque externo puede leer las pp. 212 y 213 de Ética y Derechos Humanos.

la sección anterior, presuponemos el valor de la autonomía moral cada vez que participamos en el discurso moral; si, en consecuencia, bien podemos darlo por probado, entonces está probado el valor de la autonomía personal.

Si la autonomía personal es objetivamente valiosa entonces es disvalioso actuar conforme al principio opuesto: imponer los valores genuinos en el ámbito de la moral autorreferente. Pero hay para ello otra razón: imponer tales valores en este ámbito es, según Nino, autofrustrante. Estos valores no pueden ser satisfechos a menos que sean adoptados libremente. No se puede imponer a la fuerza, por ejemplo, el ideal de un buen patriota. Si lo fuerzan, alguien puede cantar el himno o izar la bandera. Pero este comportamiento externo no es más que una parodia de conformidad si no va acompañado de las correspondientes actitudes subjetivas que solo se obtienen si uno es patriota por libre convicción (235). Lo mismo puede decirse de cualquier fe y cualquier ideal que tenga al comportamiento del propio agente como objeto.

El valor de la autonomía personal es también lo que explica sus límites. Las acciones de una persona que violan la autonomía de otra, que le impiden decidir libremente sobre su propio plan de vida o limitan arbitrariamente sus elecciones (matarla, robarle, violarla, etc.) son acciones disvaliosas en virtud del mismo principio de autonomía. Todo indica que para Nino dicho principio de libre aceptación de razones funciona de modo *similar* al imperativo categórico kantiano en tanto que criterio universal de corrección: todas las acciones pueden ser calificadas de *prima facie* buenas o malas conforme sean expresión de la libre aceptación de razones y cursos de acción o impliquen un obstáculo a la libre aceptación. Ese obstáculo bien puede serlo para el propio agente o para un tercero.

De hecho la violación de la autonomía de la víctima es lo que justifica la intervención estatal, la segunda parte del principio de autonomía. Pero como esta razón no se da en el ámbito de la moral autorreferente, no hay aquí motivo para intervenir: al no ser necesario «restringir la autonomía de ciertos individuos para preservar la de otros,… al no darse esta razón fundada en el propio principio de autonomía para impedir la ejecución de acciones autónomas, tales acciones recobran su valor moral *prima facie* que deriva de este principio» (235).

Demos por reconstruida la prueba del valor objetivo de la autonomía personal tal como nos la ofrece Nino. Si la autonomía es valiosa, como parece haber quedado demostrado, cualquier vida instancia más valor si las acciones de que está compuesta son decididas por el titular de esa vida y no por un tercero (el caso del esclavo). En los mejores términos de Nino «si la autonomía es una parte esencial del bien, ese bien no se materializa si lo que da valor a la vida se intenta alcanzar no por la acción del titular de cada vida, sino por la imposición de terceros» (214). La acción relevante aquí es la de juzgar sobre las razones que inclinan la balanza a favor de uno u otro plan de vida, de una u otra acción. Los modos de vida que adopto y las acciones que realizo sólo agregan valor a mi vida si juzgo por mi cuenta que son buenas para mí y si, en consecuencia, son fruto de mi decisión.

Recapitulemos. Tal como acabamos de ver, Nino sostiene una concepción objetivista del valor de la autonomía personal. La autonomía vale con independencia de las preferencias de las personas por esa autonomía (214). De tal modo el estado, en principio, no respaldará decisiones de las mismas personas que pongan en peligro de modo radical su autonomía futura (no respaldaría contratos de esclavitud, ni de venta de órganos, para poner casos obvios).

También es objetiva la valoración de los bienes básicos instrumentales a la preservación y expansión de la autonomía (214). Con esta afirmación Nino da el paso desde el principio de autonomía personal a la enunciación del contenido de los derechos humanos. Pues tales derechos no hacen sino proteger los bienes «indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos pudieran proponerse» (223)[19].

Incluso, tal como vimos más arriba, Nino asume una concepción objetivista del bienestar si por ello ha de entenderse que las preferencias, aun las autorreferentes, dependen de creencias en razones. Es decir, que deseamos algo porque creemos que es (independientemente y objetivamente) bueno. Que si dejáramos de creer que es bueno dejaríamos de desearlo (210).

Pero aquí terminan los elementos objetivos del liberalismo de Nino. En cuanto a la apreciación del nivel de bienestar de cada individuo, superado el umbral de los bienes imprescindibles para la autonomía, su teoría es subjetivista: dicho nivel debe determinarse tomando sólo en cuenta los deseos o intereses de la persona en cuestión, tal como ella los concibe. Ello porque es importante es que el agente satisfaga *su* plan de vida.

> «Dentro del marco de los parámetros objetivos derivados del valor de la autonomía personal, este mismo valor impone respetar las preferencias subjetivas del individuo: de esas preferencias depende qué combinación de bienes, además de los que son necesarios para preservar la autonomía, da satisfacción al plan de vida elegido por el individuo» (216).

Ahora bien, si en virtud del valor de la autonomía personal debe respetarse cualquier plan de vida que el agente elija, se sigue que también debe respetarse la libertad del agente para llevar adelante planes de vida disvaliosos y para realizar acciones autorreferentes incorrectas. Al respecto afirma Nino que no es cierto que bajo una concepción objetivista de lo bueno, que lo conciba como respaldado en razones, uno no desearía que se lo ayude a satisfacer una preferencia si el ideal en que está basada fuera falso. Por el contrario, el valor de la autonomía personal implica que es valioso poder satisfacer incluso esas preferencias infundadas (210).

De aquí que Nino afirme categóricamente que

19. En el apartado 5 del capítulo 5 de su libro, Nino enumera, no exhaustivamente, los bienes que son el contenido de derechos humanos básicos. Estos bienes derivan del principio de autonomía, en tanto son o bien instrumentales a su ejercicio o bien casos específicos de aquél principio: vida consciente, integridad corporal y psíquica, la libertad de movimiento, educación, libertad de expresión, libertad en el desarrollo de la vida privada, libertad de asociación, control de ciertos recursos materiales, trabajo, ocio y seguridad personal (219 -226).

La idea central del liberalismo es que el valor objetivo de la autonomía hace que las preferencias subjetivas del individuo, que no contradigan ese valor, deben ser respetadas aun cuando sean incorrectas» (217).

3. CRÍTICA

Los derechos humanos se justifican en tanto protegen bienes necesarios para la libre elección de planes de vida. La libre elección de planes de vida, al igual que la libre adopción de cursos de acción y de preferencias que componen los planes de vida, (éstos últimos no son sino sistemas de preferencias a largo plazo (212)), la autonomía personal en otras palabras, tiene valor objetivo. Este valor se justifica en tanto la autonomía personal es parte de la autonomía moral. Y el valor de la autonomía moral, de la libre aceptación de razones tras un juicio meditado, es algo que presuponemos cada vez que nos embarcamos en una discusión moral y queremos convencer a nuestro interlocutor con razones. Si la autonomía moral tiene valor objetivo, entonces la autonomía personal también lo tiene.

¿Es correcta esta subsunción de la autonomía personal en la autonomía moral? ¿Es adecuada la justificación del valor de la primera en el valor de la segunda?

Comenzaré mi intento de respuesta a estas preguntas subrayando, para que no queden dudas, este punto central. Para Nino la autonomía personal es una subclase de la autonomía moral. A su entender la autonomía moral prescribe que es *prima facie* valiosa la realización de *cualquier* tipo de acciones sobre la base de principios y razones libremente aceptadas. La autonomía personal, por su parte, prescribe que es *prima facie* valiosa la realización de acciones *autorreferentes* sobre la base de principios y razones libremente aceptadas. Si la primera tesis es verdadera, la segunda se sigue lógicamente. Y si la autonomía moral es valiosa, el valor de la autonomía personal se sigue por las mismas razones.

Pero si esto es así, si la autonomía personal es una subclase de la moral, entonces resulta que o bien a) la autonomía personal es una regla formal del discurso (como la autonomía moral) y no un principio moral sustantivo; o bien b) la autonomía moral es un principio moral sustantivo, (como la autonomía personal) pero no una regla formal del discurso; o bien c) La idea de 'subclase' debe ser leída en el sentido de que las reglas formales de la práctica del discurso moral, particularmente la autonomía moral, son indicadores fiables de cuáles son los principios o normas morales sustantivas existentes; o bien, como creo que es el caso, d) Nino está entendiendo mal la relación entre ambos conceptos y es necesario ofrecer una comprensión alternativa. Presentaré en los siguientes apartados las tres primeras posibilidades. La última la desarrollaré en el punto 4.

3.1. La autonomía personal como rasgo formal de la práctica del discurso moral

Comencemos por la primera opción. ¿Qué consecuencias tendría concebir la autonomía personal como un rasgo formal del discurso moral? Nino (aunque ambiguamente como veremos) afirma que los rasgos formales del discurso son criterios de validez de normas morales putativas. ¿Qué significa aquí 'criterios de validez'? Volvamos al rasgo de autonomía de la moral. La autonomía de la moral de Nino, como ya vimos, exige que los agentes actúen por razones que luego de la debida reflexión han adoptado libremente. Ello requiere que en el discurso, en el diálogo moral, ofrezcamos razones y no otra cosa. Cuando ofrecemos razones realizamos una movida *válida* en el juego moral. Pero, como ya ha quedado asentado, esta palabra es ambigua. Cuando hablamos de validez de una razón podemos referirnos al enunciado, a la razón-premisa de un argumento, que vale como tal y debe ser atendida *qua* razón-premisa en el juego del discurso moral (aunque de hecho puede estar equivocada). O podemos referirnos al hecho, de la naturaleza que sea, al que dicho enunciado hace referencia y que es en todo caso el que indica que esa acción es buena o debida. En este segundo sentido hablamos de validez como existencia de razones. La correspondencia o no entre las razones-premisa, los enunciados de razón, y los hechos que son razones determina la verdad o falsedad de aquellos. Ahora bien, cuando hablamos de validez al interior del discurso sólo podemos estar refiriéndonos a los enunciados, a las razones-premisas, al primer sentido de validez. En tanto que rasgo formal de la práctica del discurso moral, la autonomía moral debe ser concebida sólo como señalando las movidas válidas en este juego lingüístico: argumentos que cuando son emitidos por el hablante tienen la forma 'debe realizarse la acción X o adoptarse el principio P por la razón R'. Y cuando aquí hablamos de 'razón', para referirnos a la premisa del argumento, valdrá como razón, será válida al interior del discurso moral, un enunciado que tenga la forma adecuada, ie., que respete el resto de las reglas formales del discurso: generalidad, universalidad, superveniencia, imparcialidad, etc. No valdrá en cambio como razón una amenaza, una orden, etc.

Al receptor del discurso la autonomía moral le indica que sólo valdrá como aceptación de una razón moral la aceptación basada en su juicio sobre razones-premisa, ie., sobre enunciados que tengan esa estructura, esos rasgos. Ahora lo que sucede es que un enunciado que cumple con todos estos rasgos ha de ser un enunciado *válido* dentro del juego del discurso moral. Un enunciado válido en este sentido es equivalente a una jugada permitida o válida en cualquier otro juego; es como mover el alfil en diagonal en el ajedrez. Pero, para continuar con la comparación, bien puedo mover correctamente el alfil y sin embargo dejarlo en posición de ser comido por cualquier otra ficha de mi adversario. Igualmente, puedo emitir o aceptar un enunciado que cumpla con todos los requisitos formales del discurso moral y, sin embargo, no lograr identificar una razón *válida* en el segundo sentido, es decir, no lograr dar cuenta de un valor, de un hecho moral. Consecuentemente, no lograré dar cuenta de la acción moralmente debida o correcta. Es así que sujetos moralmente autónomos según el concepto de Nino pueden llegar a aceptar e incluso realizar acciones aberrantes. La validez de las razones premisa

en tanto movidas válidas en el discurso moral no garantiza la existencia de las razones alegadas. Las acciones realizadas sobre la base de seudorazones, ie., razones-premisa que cumplen todos los requisitos formales del discurso moral y que el agente acepta libremente tras un juicio meditado, pero que no reflejan razones hecho, razones existentes con independencia del discurso, no tienen ningún valor, ni siquiera *prima facie.*

Pongamos un ejemplo sencillo. Supongamos un practicante católico de toda la vida que argumenta, por ejemplo en la universidad o en un texto académico, que la homosexualidad es moralmente mala y que está prohibida porque contraría la función natural de la sexualidad en el hombre que no es otra que contribuir a reproducir la especie y poblar la tierra[20]. Asumo, *arguendo*, que el lector comparte conmigo que este juicio moral está equivocado, que no llega a identificar una norma moral válida en virtud de que la razón sobre la que pretende fundar la norma no es tal. Sin embargo, el enunciado de nuestro profesor es un enunciado que cumple con todos los requisitos formales del discurso moral y en este sentido es un enunciado válido. 'Válido' quiere decir aquí simplemente que es un enunciado que merece ser considerado como tal y evaluado por la fuerza de sus razones en el discurso moral. No significa que sea un juicio verdadero ni que esté fundado en una razón-hecho correcta. Nuestro profesor tiene autonomía moral en el sentido de Nino: acepta libremente razones-premisa y conclusiones normativas (principios o normas) sobre la base de aquellas razones, aunque éstas pueden estar equivocadas.

Concluyendo, los rasgos formales de la práctica del discurso moral, particularmente el rasgo de autonomía moral, nos indican qué tipo de enunciados valen como razones-premisa en el discurso moral y por lo tanto deben ser atendidas, pueden ingresar a nuestro juicio y consecuentemente ser potencialmente aceptadas. No nos dicen, en cambio, qué razones morales sustantivas existen. Esto es cierto sobre todo si, como pretende Nino, las reglas formales del discurso moral nos permiten eliminar como mal formados sólo los enunciados y reglas que no respetan estas restricciones presupuestas en el discurso, pero no nos ofrecen criterios sustantivos de corrección (la acusación de formalismo vacío).

De aquí que si reducimos la autonomía personal a un rasgo formal del discurso entonces no sabemos si ésta es o no valiosa, valor del que Nino, como nosotros, no estaría dispuesto a desprenderse. No sabremos, en otras palabras si es un principio moral sustantivo.

3.2. La autonomía moral como principio moral sustantivo

Para Nino el principio de autonomía personal es un valor moral sustantivo. Un rasgo de la moralidad, no solo del discurso sobre la moralidad: es valioso que las personas elijan por sí sobre sus propias vidas luego de adecuada reflexión. Consecuentemente,

20. El *affaire* Finnis muestra que mi ejemplo no es en absoluto de escritorio.

cualquier acción y plan de vida así elegido tiene al menos un valor moral *prima facie*. Demos esto por supuesto a los fines del argumento. Probemos entonces la segunda vía de reducción. ¿Cabe acaso pensar la autonomía moral como un principio moral, como un valor sustantivo, tal como lo es la autonomía personal? ¿Cabe hacerlo resguardando algo del concepto de autonomía moral que tenía en mente Nino, de modo que podamos aun identificarlo como *el mismo* concepto? Creo que no es éste el caso. Para pensarlo como un valor sustantivo tendríamos que cambiar completamente nuestro concepto (o el concepto de Nino) de autonomía moral: como rasgo del discurso moral la autonomía moral nos indica cuáles son las pistas adecuadas (las razones-premisas) para descubrir, para conocer el valor moral (las razones-hecho). Nos dice que sólo hemos de aceptar como razón-premisa aquel tipo de enunciado que tenga la forma adecuada. Si decimos que es valiosa queremos decir que es un procedimiento valioso, instrumentalmente necesario para conocer las razones morales sustantivas. Pero si ahora la concebimos como un valor sustantivo más, ¿con qué método de conocimiento moral (conocimiento al menos *prima facie*, tal que permite eliminar *no razones*) nos quedamos? Dado que concebir la autonomía moral como un valor sustantivo nos deja sin método de conocimiento moral tal que nos permita evaluar la aceptabilidad al menos formal de las supuestas razones o máximas que nos presenta nuestro interlocutor o nuestra conciencia; dado además que es un hecho que contamos con el discurso moral como práctica de la que hay que dar cuenta y que, por otra parte, no podemos prescindir de dicho método, no parece que esta vía de reducción sea posible. La autonomía moral como rasgo formal del discurso moral es justamente eso, un rasgo formal, si se quiere procedimentalmente valioso, pero no un valor sustantivo. No podemos entonces reducir la autonomía moral a un principio moral, tal como concebimos la autonomía personal. No podemos hacerlo sin desdibujar sus rasgos específicos.

Sin embargo el mismo Nino toma este camino en el último capítulo de *El constructivismo Ético.* Allí frente a la objeción comunitarista de que la estructura del discurso moral es impotente para derivar principios morales sustantivos reconoce que éste es el caso y que, en consecuencia, «es imposible obtener un conjunto de derechos si no se presupone alguna concepción de lo bueno». Que el discurso moral tiene «ciertos presupuestos estructurales –procedimentales y aun sustantivos» (Nino, 1989b: 11). Que, efectivamente, su concepción presupone «el bien de la autonomía» (Nino, 1989b: 147). «El discurso está dirigido a la libre aceptación de principios de conducta, que es lo que constituye la autonomía moral en el sentido amplio propuesto por Kant, y por lo tanto, la participación honesta en esa práctica implica asumir el valor de esa libre adopción de principios». La autonomía moral no sería otro rasgo formal del discurso. Es un principio «sustantivo». (Nino, 1989b: 16, 147).

Si así son las cosas entonces de la autonomía moral podemos derivar principios sustantivos. Y de hecho es posible derivar al menos un principio sustantivo: el de autonomía personal (recordemos que para Nino, éste es una subclase de aquél). Si es valioso actuar conforme a razones o principios libremente aceptados, son entonces valiosos todos y cada uno de los planes de vida libremente elegidos en tanto no afecten

a terceros. Como contracara tenemos un segundo principio: el estado y los demás deben respetar esas elecciones y abstenerse de interferir perfeccionista o paternalistamente.

El principio de autonomía personal es efectivamente sustantivo: ofrece una guía concreta de acción. Lo que nos dice tal principio es que todo plan de vida autónomo es *prima facie* valioso y ha de ser respetado en tanto tal. El problema aquí reside en la atribución de valor sustantivo a la autonomía moral, a la libre aceptación de razones y a la acción consecuente. Esta postulación es infundada, una petición de principio por parte de Nino. Para ponerlo en términos kantianos: el valor de las acciones depende enteramente del valor que la ley moral les otorga, ie., de las razones que las respaldan; en absoluto de que el agente acepte libremente esas razones (en todo caso el guiarse por razones morales *existentes* otorga mérito moral al agente, pero este es otro asunto). O como bien decía Raz, la acción conforme a principios libremente aceptados no tiene valor en sí. Depende del valor de los principios. La acción justificada sobre la adopción de malos principios morales no es en absoluto valiosa.

Aquí ya tenemos una conclusión importante: no es cierta la tesis de Nino de que la autonomía personal es una subclase de la autonomía moral[21]. Si la primera es un valor moral, un principio, y la segunda un rasgo formal del discurso, hemos de concebir su relación en otros términos. ¿Cuáles podrían ser?

3.3. Autonomía moral como indicador fiable de los principios morales existentes

Si bien Nino afirma categóricamente que la autonomía personal es una subclase de la autonomía moral, que un sentido del término «está comprendido por el otro» (230), esto puede ser entendido en sentido metafórico: Lo que estaría diciendo Nino es que las reglas formales del discurso, particularmente la autonomía moral, son indicadores fiables del contenido de las razones morales, específicamente del principio de autonomía personal y los demás principios básicos[22].

De hecho al comienzo de este texto vimos que Nino parecía afirmar que las reglas formales presupuestas en el discurso moral eran una herramienta útil para conocer los criterios de validez de los juicios y reglas de una moral ideal. Sin embargo también vimos que a su entender las reglas formales no permitían dar cuenta del contenido de la moral: permitían excluir del discurso enunciados que no tuvieran la forma adecuada pero no nos permitían decidir entre dos enunciados contradictorios si ambos respetaban

21. En el mismo sentido Raz entiende que autonomía personal y autonomía moral son conceptos totalmente separados o, en todo caso, que la relación adecuada es justamente la opuesta: «La autonomía personal… se refiere… a la libertad de las personas de decidir sobre sus propias vidas. La autonomía moral… es una doctrina acerca de la naturaleza de la moral. La autonomía personal no es más que un ideal moral específico que, si es válido, es un elemento en una doctrina moral» (Raz, 1986: 370).
22. Esta es la interpretación adecuada según Martin Böhmer: «Nino asume un constructivismo ético en virtud del cual las reglas subyacentes a las prácticas sociales permiten identificar las propiedades de los principios que esas prácticas hacen válidos y por los cuales se zanjan los conflictos morales a través de entender a los principios como razones para actuar» (Böhmer, 2016: 17).

las reglas del discurso. Asimismo vimos, y es importante recordarlo aquí, que si bien esto podía ser un problema para las reglas morales que los individuos fueran a adoptar, no lo era respecto de los principios de moralidad social. Los principios básicos en competencia no son una legión, la imaginación humana tiene sus límites, y una vez mostrado que algunas alternativas satisfacen mejor que sus competidoras las condiciones formales del discurso moral, podemos confiar en que será posible repetir el argumento frente a nuevos candidatos (122).

Al menos dentro de este marco teórico hay dos principios posibles en competencia con el de autonomía personal: el principio perfeccionista y el liberal perfeccionista.

El perfeccionismo sostiene que «lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores» (205).

El perfeccionismo liberal es una variante de aquél. Afirma que lo que es bueno para el individuo es que amplíe su autonomía. Por ello es que el estado puede tanto adoptar políticas que promuevan una mayor autonomía como políticas que desincentiven elecciones o formas de vida que disminuyen la autonomía de quienes las elijen.

¿Ofrece Nino argumentos concluyentes contra ambos tipos de perfeccionismo? Cómo el segundo es sólo una variante del primero (su diferencia específica es que al momento de adoptar una concepción de la vida buena lo hace poniendo el acento en el valor de la autonomía; desarrollando, en consecuencia, políticas públicas no neutrales entre planes de vida favorables y no favorables a la autonomía), el mismo argumento sirve (o no sirve) para ambos.

Para descalificar el perfeccionismo Nino comienza explicitando su 'regla básica del discurso'. Recordemos: «Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación juzgue válidos» *(230).* Aquí 'deseable' equivale a valioso. Nino entiende que sólo porque implícitamente aceptamos esta regla (que no es otra que la de autonomía moral) es que nos tomamos la molestia de discutir con los demás sobre moralidad.

Continúa Nino afirmando que es pragmáticamente inconsistente con la adopción de esa regla defender, en el marco del discurso moral, «una posición que implique la no deseabilidad, aun *prima facie*, de la determinación de la conducta en virtud de la libre aceptación por parte del agente de ciertos principios morales, de índole autorreferente, que se consideran válidos» (231). El perfeccionismo, al afirmar que lo que es bueno para el individuo, lo que satisface sus intereses genuinos, es independiente de sus deseos o de su elección de cómo ha de vivir, hace justamente esto: niega valor, siquiera *prima facie,* a la libre elección de principios morales y por lo tanto a las acciones dependientes de esa elección.

¿Es este un buen argumento? No a mi entender. Tal como afirmara arriba, el valor de las acciones conforme a razones depende del valor de las razones. Actuar sobre la base de malas razones, actuar, incluso auténticamente, creyendo que eso que hacemos es lo que debemos hacer, no tiene ningún valor, ni siquiera *prima facie*, si lo que efectivamente

debemos hacer es justamente lo opuesto de lo que estamos haciendo. Como vimos, el valor de las acciones deriva, en última instancia, de su calificación moral, de su conformidad con la ley moral, diría Kant. Por cierto que, para que la acción sea meritoria, además de actuar en conformidad con la ley moral, debemos guiarnos por la ley moral. El hecho de que eso es lo que debemos hacer debe ser la razón por la que lo hacemos, si la acción ha de agregar valor a nuestras vidas. Pero nada de valor agrega guiarnos por razones que no son tales, aun si creemos firmemente en ellas.

Éste, por supuesto, no es un argumento a favor del perfeccionismo. Simplemente muestra que no es cierto que el perfeccionismo sea pragmáticamente contradictorio con la autonomía moral presupuesta en la práctica del discurso moral. En última instancia muestra que Nino entiende mal la regla básica de dicha práctica. Ésta, si bien presupone la aceptación libre de razones, no implica que sea *prima facie* bueno actuar por razones libremente aceptadas. Si esto es así entonces una posición como la perfeccionista, que niega la deseabilidad *prima facie* de actuar en virtud de razones libremente aceptadas cuando estas son incorrectas, no es pragmáticamente contradictoria con lo que se presupone al ingresar al discurso.

Ahora bien, esto parece dejar las cosas peor para el perfeccionismo. Pues lo que genuinamente implica la regla básica del discurso moral es que si no actuamos por razones libremente aceptadas no actuamos por razones que creemos razones morales. En ese caso no estaremos jugando el juego moral sino otro juego. Si sólo juega el juego del discurso moral quien acepta libremente razones y el perfeccionismo es una doctrina que las impone, entonces el juego perfeccionista excluiría el juego moral.

¿Puede el perfeccionismo responder a este argumento mostrando que no tiene pretensiones de excluir a los agentes del discurso moral? Para ver si éste es el caso supongamos, *arguendo*, que las acciones basadas en razones libremente aceptadas tienen, como quiere Nino, un valor *prima facie*. Ahora bien, aun aceptando esto hemos de reconocer también que la acción autorreferente *prima facie* valiosa puede tener además un disvalor sustantivo derivado de su contenido. Puede ser una acción mala para el agente, ya sea porque dañe su propio bienestar o afecte su carácter moral. Si éste fuera el caso, habría que balancear el valor *prima facie* con el disvalor sustantivo. ¿Nos ha ofrecido Nino acaso alguna razón por la cual no debamos contar ese disvalor en el balance de razones? Pareciera que recién luego de juzgar todas las razones en juego podríamos decidir si el estado debiera o no intervenir. También habría que distinguir diversos tipos de intervenciones. No es lo mismo una intervención coercitiva que una que promueva mediante premios u otras estrategias la conducta moralmente buena[23].

Pero acabo de decir que la regla básica del discurso moral no implica la deseabilidad *prima facie* de las acciones conforme a razones libremente aceptadas sino que marca a esas razones como razones morales, aun si inválidas, indeseables, disvaliosas. El argumento para desmarcar al perfeccionismo de la objeción de excluir al agente

23. Para un análisis en esta dirección que distingue casos de intervención justificada e injustificada ver Raz, 1986: 412 – 420.

del discurso moral debe entonces correr por otras vías: una vez que aceptamos que la autenticidad no otorga valor moral a la acción y que las malas decisiones para con uno mismo han de entrar en el balance de razones, hemos de aceptar que un agente moral bien puede equivocarse al realizar ese balance, incluso cuando las razones en cuestión son autorreferentes. Dicho agente bien puede juzgar por sí mismo que tiene mayor probabilidad de actuar conforme a las razones morales autorreferentes que se le aplican, mayor probabilidad de actuar correctamente, delegando la decisión en una autoridad legítima, tal como ha sostenido famosamente Raz (Raz, 1986: 53).

El de arriba no pretende ser un argumento a favor del perfeccionismo sino en contra de la validez de su refutación por Nino. En todo caso creo que alcanza para llegar a una conclusión fuerte: no se sostiene ninguna de las opciones interpretativas que permitirían dar sentido a la supuesta derivación de la autonomía personal en tanto principio moral sustantivo a partir de la autonomía moral como supuesto necesario de la práctica del discurso moral.

4. EL MODO ADECUADO DE CONCEBIR LA RELACIÓN ENTRE AUTONOMÍA MORAL Y AUTONOMÍA PERSONAL

No se ha escrito demasiado, ni demasiado sistemáticamente, al menos hasta donde yo conozco, sobre el modo adecuado de concebir la relación entre los dos conceptos de autonomía que aquí nos interesan[24]. Tampoco hay demasiado trabajo sobre el tema dentro de la literatura kantiana. Esto es curioso ya que Kant, como bien reconoce Nino, es el principal teórico de la autonomía moral y además, aunque no utiliza el término, ha dicho mucho sobre lo que hoy llamamos autonomía personal. Lo ha hecho sobre las dos partes del principio. En cuanto a la parte política, famosamente ha sostenido que un estado guiado por principios racionales aceptará un principio antipaternalista conforme al cual

> «[N]adie me puede obligar a ser feliz a su modo, tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro)» (Kant, 2004: Ak, VIII, 290).

Con implicaciones tanto morales como políticas, en la Teoría de la Virtud sostuvo que los fines que son a la vez deberes son la propia perfección y la felicidad ajena, «No se las puede intercambiar, convirtiendo la propia felicidad, por una parte y la perfección ajena, por otra, en fines que fueran en sí mismos deberes de la misma persona». Y sobre este último punto, hay que decirlo, acordaba con Nino:

24. Al respecto puede consultarse Waldron, 2005 y Taylor, 2005. Sí hay más literatura sobre cómo debe concebirse la relación entre lo correcto y lo bueno. Pero que haya equivalencia entre nuestro par de conceptos y estos otros es algo que debe ser probado antes que presupuesto.

> «Asimismo es una contradicción que me proponga como fin la perfección de otro y que me considere obligado a fomentarla. Porque la perfección de otro hombre como persona consiste precisamente en que él mismo sea capaz de proponerse su fin según su propio concepto del deber, y es contradictorio exigir (proponerme como deber) que yo deba hacer algo que no puede hacer ningún otro más que él mismo» (Kant, 1989: Ak, VI, 386).

En este sentido Kant es un liberal: antipaternalista y antiperfeccionista.

Espero prontamente trabajar específicamente sobre la relación que aquí nos interesa en el pensamiento kantiano. Por lo pronto en este texto no quiero más que utilizar algunas de sus categorías para presentar la que a mi juicio es una primera aproximación a un modo viable de concebirla.

Lo primero que hay que hacer es introducir, tal como he propuesto en trabajos anteriores (Iosa, 2014: 429; 2017: 37), una distinción central dentro del concepto de autonomía moral: como autolegislación y como juicio propio.

a) Autonomía como autolegislación: Esta idea, que encuentra su primera y canónica formulación en Kant quien en la *Fundamentación* famosamente sostuvo

> «…la idea *de la voluntad de cualquier ser racional como una voluntad que legisla universalmente.* Conforme a este principio quedan reprobadas todas las máximas que no puedan compadecerse con la propia legislación universal de la voluntad. Así pues, no se trata tan sólo de que la voluntad quede sometida a la ley, sino que se somete a ella *como autolegisladora* y justamente por ello ha de comenzar a considerársela sometida a la ley (de la cual ella misma puede considerarse como autora)» (Kant, 2002, Ak IV: 431).

Lo que Kant afirma es que el contenido de la moral y la razón de su normatividad dependen de nuestra autonomía: para el agente autónomo la fuente de cualquier deber categórico que se le aplique, así como aquello que da cuenta de su carácter normativo es su propia voluntad, en algún sentido de esta idea. Justamente las diversas teorías (voluntarismo, constructivismo, realismo) debaten intensamente sobre el modo en que se produce esta legislación de la voluntad racional (cfr. Wolff, 1970: 14; Reath, 1994: 435; Schneewind, 1998: 6; Wood, 2008: 106; Kain, 2004; Iosa, 2014, 436 – 56, 2017, 36 – 37)). La idea de autonomía como autolegislación es una teoría sobre la fuente de la normatividad moral. Si es verdadera entonces de ella depende la validez entendida como existencia de las razones. Es una tesis ontológica, cabría decir.

b) Autonomía como juicio propio: bajo esta concepción lo que la autonomía requiere es que decidamos y actuemos sobre la base de nuestro propio juicio moral (Wolff, 1970, 13; Raz, 1979, 27; Scanlon, 1972: 216; Iosa, 2014: 429 - 432; 2017, 36 – 37). Aquí 'autonomía moral' refiere a un procedimiento epistémico, a un modo de conocimiento del contenido de la moral, no a su fuente.

Nino descansa sobre esta última concepción de la autonomía moral. Y esto es correcto pues él está preocupado por la práctica del discurso moral en tanto forma de conocimiento y posible formación de consensos morales. Esta idea de autonomía como juicio propio está a su vez vinculada a la idea de validez en tanto tales de las razones-premisa. El juicio del agente, como sabemos, puede fallar. Pero no puede aceptar enunciados de cualquier tipo como supuestas razones. Además, la autonomía moral

como juicio propio supone, como ya vimos, que las razones sobre las que el agente juzga existen con anterioridad al juicio. Como mínimo, limitando las posibilidades a lo que aquí interesa, podemos acudir a tres concepciones sobre la fuente de tales razones. O bien surgen, tal como quiere Nino y veremos enseguida, de las reglas formales presupuestas en la práctica del discurso moral. O bien son hechos morales dados con independencia de la voluntad del agente racional, tal como creen los realistas morales, tanto naturalistas como no naturalistas. O bien surgen de la voluntad racional, de la autonomía como autolegislación en el sentido que interesaba a Kant y al que, curiosamente, Nino no hace referencia explícita. Si pretendemos ser, como Nino pretende, kantianos, entonces la autonomía como juicio propio en tanto tesis epistémica presupone, a pesar de Nino, la autonomía como autolegislación en tanto tesis ontológica[25].

Volvamos ahora a la relación entre autonomía moral y autonomía personal. El concepto relevante aquí, mal que le pese a Nino, es el de autonomía como autolegislación, no el de autonomía como juicio propio. En este sentido, el principio de autonomía personal se deriva de la autonomía moral en el mismo sentido en que cualquier principio de menor generalidad se deriva del imperativo categórico. La cuestión está en determinar si podemos querer, sin contradicción, ver universalizado el principio putativo, o mejor, ciñéndonos a la fórmula de la autonomía del imperativo categórico, si podemos adoptar el principio putativo, la máxima, de tal modo que «la voluntad pueda considerarse a sí misma por su máxima al mismo tiempo como universalmente legisladora» (Kant 2002, Ak, IV:434). Este es, según Kant, el criterio de validez moral de las máximas y razones putativas. Es discutido si la universalización nos da un criterio último sobre la calificación moral de cualquier máxima putativa o si sólo excluye ciertas máximas como de adopción prohibida por no superar el test. Si este último fuera el caso, si el imperativo categórico derivado de la estructura de la razón práctica no ofreciera un criterio último, entonces pareciera que la tesis de la autonomía como autolegislación leída en clave ontológica sería falsa. Pero no es mi interés defender aquí la tesis sino mostrar cómo se relaciona con la autonomía personal, supuesto que sea verdadera. Si fuera verdadera entonces toda máxima que supere el test o, en los mejores términos kantianos, que se derive del imperativo categórico, sería ya una ley moral existente, válida.

Cierto es que el ejercicio de universalización puede funcionar también, en segundo lugar, como una herramienta de conocimiento, de juicio, sobre el contenido de la ley moral. Pero como el procedimiento es ejecutado por seres humanos falibles, estos siempre pueden llegar a resultados que no se siguen del procedimiento, como cuando nos equivocamos en una operación matemática. De aquí que cabe insistir una vez más: si

25. Es importante destacar que en *La Autonomía Constitucional* Nino, refiriéndose a la cuestión de la fuente de las normas morales afirma lo siguiente: «En otros lugares (Ética y Derechos Humanos y *El Constructivismo Ético*) he defendido la idea de que cualquiera que sea el origen último de los principios y normas morales si es que lo tienen, tenemos la posibilidad de defender algunos de ellos como presupuestos que asumimos ineludiblemente en la práctica social en la que incurrimos cuando discutimos sobre estos principios o sus aplicaciones» (Nino, 1992: 34). Su teoría entonces, al menos a su entender, sería compatible con más de una concepción sobre la fuente de la moralidad.

es cierta la tesis de la autonomía moral como autolegislación entonces el contenido y la autoridad de la ley moral se derivan a priori de la razón pura práctica. Por lo tanto no hay ningún valor moral sustantivo, ni siquiera *prima facie*, en acciones que pese a ser evaluadas por el sujeto, no derivan del imperativo categórico, de la autonomía como autolegislación.

En todo caso el ejercicio de universalización no equivale ni a la exigencia de generalidad ni a la de universalidad de las razones. Estas dos propiedades se presentan inmediatamente a quien observa la forma de una razón putativa: hace o no uso de propiedades generales, pretende o no que la razón para la acción sea válida para cualquier sujeto que se encuentre en la situación definida en su enunciación. No es tan transparente la respuesta a la pregunta sobre si una máxima dada se deriva del imperativo categórico. Hay que preguntarse si puede quererse sin contradicción ver universalizada la máxima: que todas la adopten como tal. No puedo desarrollar aquí de modo ni siquiera aproximado cómo funciona este procedimiento, sobre el que por otra parte hay montañas de literatura y discusiones. Baste sugerir que la respuesta requiere un trabajo reflexivo que no es requerido cuando nos preguntamos por la generalidad o universalidad de las razones putativas en el sentido de Nino.

En todo caso ¿Puedo querer sin contradicción que todas las personas adopten libremente su plan de vida en virtud de ellas juzgarlo valioso y con independencia del contenido de este plan, siempre que su elección no afecte la igual capacidad de elección de los demás? ¿Puedo, en segundo lugar, querer sin contradicción que el estado no intervenga nunca, de ningún modo, en estas elecciones individuales?

Estoy aquí sugiriendo que el principio de autonomía personal adquiere su calidad moral, su condición de principio sustantivo valioso, si puede derivarse del imperativo categórico, ie, de la autonomía moral como autolegislación. Pero hay otra posibilidad que no debe pasarse por alto ya que aquí estamos hablando de un principio de moralidad social, no de uno de moralidad individual. La posibilidad en cuestión consiste en que el carácter moral del principio de autonomía personal deba derivarse no de la autonomía moral sino del principio universal del derecho que en su formulación canónica dice:

> «Una acción es conforme a derecho (recht) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal» (Kant, 1989: Ak, VI, 230).

De ser éste el caso habría que preguntarse si tanto la máxima según la cual cada uno ha de escoger libremente su plan de vida como la que prohíbe en tales casos la intervención del estado se conforman con el principio universal del derecho[26].

26. Es conocida la discusión sobre la relevancia del imperativo categórico y de la autonomía moral como autolegislación respecto de principios, como el de autonomía personal, centralmente dirigidos a los legisladores, principios, en otras palabras, de diseño institucional. Así, Katrin Flikschuh afirma que para Kant, respecto del ámbito jurídico, «la autonomía como autolegislación es simplemente irrelevante» (Flikschuh, 2010: 53). Si éste fuera el caso la validez sustantiva del principio de autonomía personal debería contrastarse con

Entiendo que estos dos modos de formular ambas preguntas (la moral y la política) son mucho más prometedores que el modo en que Nino concebía el problema. Su respuesta implica una reevaluación del liberalismo que claramente está fuera tanto del alcance de este trabajo como de mis posibilidades actuales.

5. REINTERPRETANDO LA AUTONOMÍA MORAL DE NINO EN TÉRMINOS DE AUTOLEGISLACIÓN

Aunque obscuramente, Nino ofrece algunos elementos en su pensamiento que van en línea con lo aquí planteado. En *El Constructivismo Ético* afirma que su concepción acerca del contenido de verdad de los juicios morales es naturalista objetivista pero que, a diferencia de los naturalismos tradicionales como el utilitarismo, supone un tipo de hecho sobre el que hay acuerdo respecto de su carácter moral (Nino, 1989, b: 68). En este sentido afirma lo siguiente:

> «Creo que el candidato más plausible a satisfacer esa condición es un tipo de hecho peculiar: la aceptabilidad en condiciones ideales de racionalidad e imparcialidad de principios de conducta que satisfacen ciertos requisitos como la universalidad, la supremacía justificatoria, etc. Me parece que quienes participan del discurso moral para dirimir sus conflictos se comprometen implícitamente a adoptar la solución que indicaría un árbitro ideal, o sea alguien que fuera completamente racional, que conociera todos los hechos relevantes y que fuera plenamente imparcial, en el sentido de dar igual peso a los intereses de igual jerarquía de los involucrados en el conflicto… Si esto fuera así un juicio moral que estipulara que la conducta x es moralmente correcta sería verdadero si la conducta x estuviera permitida o prescripta por un principio moral que es aceptable en condiciones ideales de imparcialidad y racionalidad» (Nino, 1989b: 69).

No importa aquí si la naturaleza contrafáctica del hecho supuesto por Nino es compatible con afirmación de que su concepción es naturalista objetivista. Lo que interesa es ver que el hecho que alega para determinar la verdad de los juicios morales es el imperativo categórico kantiano puesto en otros términos. Nino nos está diciendo que la verdad de nuestros juicios morales depende de su conformidad con los principios que dictaría un árbitro ideal, completamente racional. Y un árbitro ideal, imparcial y racional solo dictaría máximas universalizables en el sentido kantiano. Nuevamente Nino parece entender este hecho contrafáctico (con perdón de la contradicción) como una herramienta de conocimiento más que como de autolegislación. Sin embargo, y conforme con su atribución de carácter artificial a la moralidad (1), el procedimiento podría concebirse como la construcción en sentido estricto de las normas o razones morales, en el sentido de Rawls, Reath, etc. Bajo esta lectura, pese al mismo Nino, su pensamiento debería ser leído en términos de un constructivismo ontológico.

---

el principio universal del derecho antes que con la tercera fórmula del imperativo categórico. Pero habrá que esperar otra oportunidad para profundizar en esta discusión.

Permítanme apoyar en su pensamiento esta afirmación. Nino siempre sostuvo explícitamente que el suyo era un constructivismo epistemológico. Por tal entendía una concepción según la cual «la práctica social (del discurso moral) es un medio apto para el conocimiento moral» (Nino, 1989 b: 93). Específicamente el constructivismo epistemológico de Nino sostiene que «si bien la validez de los juicios morales no está dada por el resultado del discurso real sino por sus presupuestos, ese resultado es una forma confiable de conocer los principios válidos». En contra, lo que él denomina constructivismo ontológico sostiene que «es la validez misma de los principios morales y no el mero conocimiento de esa validez la que se construye con el resultado de la discusión real cuando ella satisface ciertas condiciones» (Nino, 1989b: 103).

Ahora bien, en realidad Nino sostiene tanto una tesis ontológica como una epistemológica.[27] En su mejor formulación la tesis constructivista ontológica de Nino afirma que «la validez de los principios de justicia está dada por los presupuestos y no por los resultados de la práctica del discurso moral» (Nino, 1989b: 106)[28]. En tanto, su tesis epistemológica sostiene que «la discusión y la decisión intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral… Sin embargo esto no excluye que por vía de reflexión individual alguien pueda acceder al conocimiento de soluciones correctas…» (Nino, 1989b: 105).

Como se ve, el constructivismo ontológico de Nino es una tesis sobre las fuentes de los principios morales que debemos aceptar: ellos derivan de las reglas presupuestas en la práctica del discurso moral. Es decir, aun si obscuramente y tal vez sin ser plenamente consciente de ello, Nino afirma una concepción de la autonomía moral como autolegislación. Otra cosa es si esta concepción es plausible. Nino bien indica que sobre el punto se aparta tanto de Rawls como de Kant, quienes derivarían los principios morales de «los presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico». Igualmente se aparta de Habermas quien, conforme la reconstrucción de Nino, entiende que la fuente de tales principios es la discusión real llevada a cabo conforme las restricciones procedimentales aludidas. A éste le critica que termina cayendo en un convencionalismo moderado. Respecto de Rawls y su postulación de las reglas del razonamiento práctico como fuente moral afirma que esa idea es «abstracta e inmaterial» y que contiene una grave deficiencia heredada de su mentor, Kant, al «no incorporar su enfoque el aspecto de la práctica social del discurso moral» (Nino, 1989b: 106-107).

27. Bien leída, de hecho, la definición misma de constructivismo epistemológico arriba citada contiene ya una tesis ontológica. En cualquier caso, explícitamente afirma ambas tesis en Nino 1989b, 107.

28. Esta formulación es mejor que aquellas en las que al referirse explícitamente a las variedades de constructivismo ontológico, la de Rawls, la de Habermas, la suya, habla de las condiciones de constitución de la verdad moral. Así por ejemplo afirma, como tesis, en sus propios términos, *ontológica,* que « [L]a verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos» (Nino, 1989b: 104; 1997: 161). Pero la verdad moral se predica de los juicios morales: ellos son verdaderos cuando describen adecuadamente el contenido normativo de principios existentes. La construcción, *stricto sensu*, es sobre los principios, de los cuales predicamos validez antes que verdad.

Importa destacar aquí que Nino es explícito en cuanto a su apartamiento de Kant y de Rawls al hacer derivar los principios morales de las reglas de la práctica social del discurso moral. Y es aquí donde, a mi juicio, se equivoca. De las reglas de una práctica contingente, como él mismo reconoce (103), no podemos derivar principios universales ni, por consiguiente, derechos humanos universales. Y las reglas, además, lo son de una práctica. De aquí que tal vez el proyecto de Nino implique un salto del ser al deber ser. Si el proyecto sigue siendo buscar principios universales habrá entonces que volver a Kant.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R., (2003): «La fundamentación de los Derechos Humanos en Carlos S. Nino», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 26,* 173-201).

Beitz, Ch., (2009): *The Idea of Human Rights,* Oxford, OUP.

Böhmer, M., (2016): «Autonomía y derechos sociales. Una revisión del orden de los principios en la teoría de Carlos Nino», en *Revista sobre igualdad, autonomía personal y derechos sociales,* ADA, Buenos Aires (V. 3, 11-41). Disponible on line en http://www.adaciudad.org.ar/docs/RevistaADA-N3.pdf

Flikschuh, K., (2010): «Justice without Virtue», en Lara Denis (ed.), *Kant's Metaphisics of Morals, A Critical Guide*, Nueva York, CUP, 51-70.

Griffin, J., (2008): *On Human Rights,* Oxford, OUP.

Iosa, J., (2014): «The Structure of the Conflict between Authority and Autonomy», *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, VXXVII, Nº 2,* 417 – 438).

Iosa, J., (2017): *El Conflicto entre Autoridad y Autonomía*, México, Fontamara.

Iosa, J (2017 b). «Autonomía personal y reflexión: un análisis de las ideas de Harry Frankfurt y Gerald Dworkin», *Revista Electrónica do Curso de Dereito da UFSM, V. 12, n. 1 / 2017.* 272-297). Disponible on line en www.ufsm.br/revistadireito

Kain, P., (2004), : Self-Legislation in Kant's Moral Philosophy, *Archiv für Geschichte der Philosophie, V. 86*, 257-306.

Kant, [1797] (1989), Ak, VI: *Metafísica de las Costumbres,* Traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Ediciones Altaya.

Kant, ([785] (2002), Ak IV: *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* Traducción de Roberto Aramayo, Madrid, Alianza Editorial.

Kant, [1793] (2004), Ak, VIII: «Teoría y Práctica», en *¿Qué es la Ilustración?*, traducción de Roberto Aramayo, Madrid, Alianza Editorial.

Nino, C., (1989): Ética y Derechos Humanos, Buenos Aires, Astréa.

Nino, C., (1989 b): *El constructivismo Ético,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Nino, C., (1997): *La Constitución de la Democracia Deliberativa,* Barcelona, Gedisa.

Nino, C., (1992): «La Autonomía Constitucional», en *Cuadernos y Debates 37: La Autonomía Personal,* Rosenkrantz, Bouzat, Nino, Carrió, Balbín, eds., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Raz, J., (1979): *The Authority of Law,* Oxford, Clarendon Press.

Raz, J., (1986): *The Morality of Freedom,* Oxford, Clarendon Press.

Raz, J., (2007): «Human Rights without Foundations», *Oxford Legal Studies* (Research Paper N°14: 1-20). Disponible en https://ssrn.com/abstract=999874 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.999874

Reath, A., (1994): «Legislating the Moral Law», *Nous, V. 28 (4),* 435-464.

Redondo, C.*,* (1996)*: La noción de Razón para la Acción en el análisis jurídico,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Scanlon, T., (1972): «A Theory of Freedom of Expression», *Philosophy and Public Affairs, V 1 (2),* 204-226.

Schneewind, J., (1998): *The Invention of Autonomy,* Cambridge, CUP.

Vázquez, R., (2004): «Liberalismo y autonomía individual», en *Filosofía política contemporánea*» Eric Herrán, coord., México, UNAM, (39-93).

Taylor, R., (2005): Kantian Personal Autonomy, *Political Theory*, *V. 33, Nº 5,* 602-628.

Waldron, J., (2005): «Moral Autonomy and Personal Autonomy», en Christman y Anderson, eds., *Autonomy and the Challenges of Liberalism*, Cambridge, CUP, 307 – 329.

Wolff, R., (1970): *In Defense of Anarchism*, NY, Harper Torchbooks.

Wood, A., (2008): *Kantian Ethics,* NY, CUP.

NOTAS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Laicidad liberal y laicismo

Liberal *Laicité* and Laicism

Alfonso Ruiz Miguel

Autor:
Alfonso Ruiz Miguel
Universidad Autónoma de Madrid, España
alfonso.ruiz@uam.es

Recibido: 11-8-2020
Aceptado: 15-11-2020

Citar como:
Ruiz Miguel, Alfonso, (2021). Laicidad liberal y laicismo Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 475-482. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.18

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Alfonso Ruiz Miguel

Resumen

El texto prosigue un debate oral con Manuel Atienza recuperado en su prólogo a un reciente libro de Giovanni Blando. En este libro se recoge mi tesis, contra la que reacciona Atienza, de que la laicidad apropiada en un Estado aconfesional es una laicidad liberal o neutral, situada entre dos extremos: la llamada laicidad positiva, que es una forma de confesionalidad encubierta, y el laicismo, entendido como una forma de laicidad no liberal y no neutral hacia las religiones. El debate gira sobre todo en torno a esta última categoría.

Palabras clave: Laicidad; laicismo; laicidad positiva; libertad religiosa; neutralidad; liberalismo.

Abstract

The text continues an oral debate with Manuel Atienza retrieved in his preface to a recent book of Giovanni Blando. This book endorses my thesis, against which Atienza reacts, that the proper form of *laicité* in a non-confessional State is a liberal or neutral laicitè, which should be placed between two opposite extremes: the so called positive laicité, actually a form of undercover confessionality, and laicism, understood as a form of non liberal laicité, non neutral towards religion. The debate mainly gravitates around this last cathegory.

Keywords: *laicitè*; laicism; positive *laicité*; religious freedom; neutrality; liberalism.

A finales del pasado año se publicó en Italia un estimable libro de Giovanni Blando sobre la laicidad (Blando 2019). Su origen es una tesis doctoral gestada en Alicante y leída en febrero de ese mismo año en Nápoles en cuyo acto de lectura, entre diversos acuerdos, Manuel Atienza y yo intercambiamos una más añeja discrepancia que él vuelve a desarrollar en el prólogo al libro (Atienza 2019: 19-22). El debate versa sobre una distinción que estos pasados años he utilizado para construir una visión de la laicidad estatal correcta, la única que considero genuina y defendible, como una posición intermedia entre la denominada «laicidad positiva», que es en realidad una forma de confesionalidad encubierta que favorece a las religiones (sea a una o varias en particular o a todas en general), y lo que he venido denominando laicidad radical o militante, o también laicismo, que adopta una posición beligerante contra las creencias religiosas en cuanto tales, sea en general o en alguna de sus manifestaciones. Caractericé a aquella posición intermedia como liberal o neutral para defenderla como la laicidad que debe proteger un Estado comprometido con el respeto a una igual libertad religiosa[1]. La triple distinción anterior, junto con la defensa de la laicidad neutral, fue acogida en su tesis y en su libro por Giovanni Blando, que además recientemente ha dedicado un artículo a la crítica del más bien insidioso concepto de laicidad positiva (Blando 2021). No me parece que ni Atienza ni yo mismo tengamos discrepancias sobre este último concepto, pero puede ser de interés abrir un pequeño debate en *Doxa* sobre el otro cabo de la tríada, la laicidad radical, según acordamos a sugerencia del propio Blando.

Atienza, en efecto, no tiene especiales objeciones al uso crítico que tanto Blando como yo hemos hecho de la categoría de la laicidad positiva, que, tras siglos de franca negación de la libertad religiosa bajo el lema «no hay libertad para el error», el pensamiento católico oficial relativamente reciente viene considerando como la única «sana laicidad» en contraposición al denostado «laicismo» (cf. Blando 2021: 1-3). La posición católica es claramente dicotómica, hasta el punto de que el Papa Bergoglio ha terminado por proponer sin más la «diferencia entre laicismo y laicidad» para condenar al primero porque «cierra las puertas a la trascendencia», en contraposición a la «sana laicidad, por ejemplo, la laicidad del Estado», preferible a la confesionalidad, «porque los Estados confesionales terminan mal»[2]. Parece que Atienza comparte esta misma visión dicotómica, solo que invirtiendo el sentido y la valoración de cada uno de los dos términos: mientras la laicidad positiva sería, como para Blando o para mí, una forma insuficiente, falsa o «patológica» de laicidad, en cambio, el laicismo sería su única forma apropiada. Lo que en la crítica de Atienza queda igualmente excluido es el *tertium* defendido por Blando y por mí de una virtuosa vía intermedia entre los

1. Vengo ocupándome con cierta asiduidad del tema de la laicidad desde 2007, así que, como en este escrito estoy condenado a repetirme, trataré de hacerlo sin copia y pega alguno, de modo que las mismas ideas se presenten en forma diferente. Los principales de esos textos se citan en la bibliografía.
2. «Intervista del Santo Padre Francesco al settimanale cattolico belga "Tertio", 07.12.2016», en https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2016/12/07/0882/01951.html#ita (se cita por el texto original en español).

dos extremos patológicos de la laicidad positiva y del laicismo, entendido este siempre como laicidad radical o no neutral por parte del Estado.

Los argumentos de Atienza para adoptar un modelo dicotómico frente a la tríada por mí propuesta y asumida por Blando son básicamente dos. El primero es que nuestra caracterización crítica de la laicidad radical o laicismo tiene, dice, «mucho de artificioso», queriendo decir que es un concepto que distorsiona el verdadero significado de la laicidad genuina, que, por implicación, para Atienza no se distinguiría del laicismo. Tal me parece el sentido de las dos objeciones a nuestra caracterización (en realidad, a la de Blando, tal y como aparece en su libro) con las que desarrolla este primer argumento: (a) que ni las constituciones ni los autores partidarios de la laicidad radical quedan identificados, implicando presumiblemente que porque no existen (Atienza aventura que quizá queremos aludir al «caso francés», pero replica con el inconcluyente argumento, que enseguida comentaré, de que le «resulta muy difícil aceptar que la Constitución francesa sea contraria a la igualdad, a la neutralidad y a la tolerancia en materia religiosa»); y (b) que la distinción entre laicidad positiva y laicidad radical está «viciada [...] por una cierta deformación ideológica», tanto porque por el lado de la primera olvidaría el «dato histórico fundamental» de que la Iglesia católica ha obstaculizado ideológicamente la difusión del Estado constitucional y aconfesional, como porque por el lado del laicismo la específica acusación de Giovanni Blando contra él de ser intolerante olvidaría erróneamente la eventual simetría patológica con la laicidad positiva, que, ella sí, es claramente intolerante en cuanto defiende públicamente la superioridad de la religión sobre el agnosticismo o el ateísmo (cf. Atienza 2019: 21-22).

El segundo argumento de Atienza es que la posición neutral entre las dos anteriores defendida por Blando y por mí, que yo he caracterizado como «meta-agnóstica», no resultaría posible, dando lugar a una propuesta poco convincente por utilizar una categoría inexistente e imposible de defender. En este punto, Atienza recoge la formulación de tal meta-agnosticismo que aparece en el libro de Giovanni Blando, como abstención por parte del Estado «de cualquier valoración, incluso meramente dubitativa, en materia de concepciones éticas» (Blando 2019: 143), para contraargumentar que cualquier constitución presupone necesariamente la adopción de alguna concepción ética y que ciertos valores constitucionales justificables son incompatibles con los de algunas religiones. Enseguida añade que incluso puede haber una incompatibilidad en la fundamentación última entre dichos valores y quizá todas las religiones, si estas suponen un absolutismo moral inmune a la crítica, a diferencia del objetivismo moral mínimo típico de los sistemas democrático-constitucionales (Atienza 2019: 22).

Las dos anteriores razones apuntan a blancos diferentes: mientras la primera, de validación más empírica, tiende a impugnar la oportunidad de nuestra conceptualización negando la utilidad de la categoría de la laicidad radical, que según Atienza no correspondería a posiciones jurídicas o teóricas realmente existentes, en cambio, la segunda, de carácter más conceptual, apunta a la imposibilidad lógica de la categoría misma, de manera que entre confesionalidad (incluyendo en ella la laicidad positiva) y laicidad o laicismo *tertium non datur*. Creo que ninguna de las dos críticas da en el

blanco, y mostrarlo con detalle permitirá descubrir también algún malentendido en la argumentación de Atienza debido a una lectura errónea de una de mis tesis por parte de Blando. Vayamos por partes, salvo que diga otra cosa haciendo referencia sobre todo a lo que yo he podido defender en mis escritos sobre el tema.

Comenzando por el primer argumento de Atienza, la clasificación tricotómica entre laicidad radical-laicidad positiva-laicidad neutral no es más que una tipología ideal que pretende dar cuenta de un continuo gradual de posiciones reales diferentes. Como el conjunto de casos posibles es graduable y la clasificación es triádica, cada uno de los tres conceptos fija los rasgos distintivos que caracterizan los casos más claros del continuo, respectivamente los situados más cerca de los dos extremos y alrededor del punto medio o central. La utilización de los tres conceptos no pretende negar que en la realidad pueda haber zonas de transición en las que no se pueda aplicar a la perfección uno solo de los conceptos, sino solo destacar de forma nítida los tres tipos ideales, de los cuales uno de ellos, el de la laicidad neutral, se presenta como valorativamente preferible en contraste con los otros dos a sus extremos. Si me he aprovechado con acierto o con alevosía de la estrategia del *in medio virtus* dependerá solo, como en el caso de las descripciones aristotélicas de unas u otras virtudes, de que las categorías elegidas estén razonablemente bien construidas y sean valorativamente aceptables para reflejar una graduación de posiciones relevante en la realidad.

En mi propuesta, los extremos de la laicidad positiva y la laicidad militante o laicismo, siempre entendidos como posición del Estado, son conceptualmente simétricos y valorativamente nocivos para la igualdad y la libertad en materia religiosa (digo entre paréntesis que tiendo a utilizar la expresión «libertad *en materia religiosa*» mejor que la de «libertad religiosa» para marcar que esta libertad abarca no solo la profesión de cualesquiera creencias religiosas en el sentido convencional de la expresión, sino también la de cualquier creencia sobre la religión, incluidas las ideas antirreligiosas, así como la licitud de adoptar, cambiar o renunciar a unas y a otras). La laicidad positiva es nociva porque favorece las creencias religiosas discriminando a las ateas y agnósticas, y el laicismo porque hace precisamente lo opuesto. En medio de ambas, la laicidad neutral pretende tratar por igual la posibilidad de que los individuos ejerzan libremente sus creencias en materia religiosa, sean favorables, desfavorables o indiferentes a estos o aquellos dioses, a la trascendencia del alma o al sentido de la vida, de la historia o del universo (siempre, claro está, con el límite de no afectar a derechos básicos ajenos).

La aplicabilidad de la categoría del laicismo a la realidad, sea en este caso jurídica o ideológica, me parece fácil de ejemplificar de manera bastante pura en el ateísmo de Estado (o del partido único) practicado en la China maoísta o en la Unión Soviética[3], y de manera más moderada, con elementos mixtos de laicidad neutral y radical, en el

3. Sobre ello remito a Baubérot 2010: 69 y 83; Goossaert 2005: 54; y Boyko 2005: 260ss.
Como Atienza también pide autores defensores del laicismo, citaré a Larry Alexander (1993), que impugnando la distinción rawlsiana a la que luego me referiré entre concepciones de lo bueno y criterios de justicia, intenta probar que el liberalismo en una concepción moralmente verdadera que permite ser intolerante con las falsas creencias religiosas que se le oponen.

régimen constitucional mexicano y en la práctica legislativa francesa. En el caso mexicano, existen normas laicistas a mi modo de ver difícilmente justificables, como las que excluyen los derechos de sufragio pasivo, asociación política y libertad de expresión a los ministros de los cultos y a las organizaciones religiosas, que conviven con un diseño constitucional de separación Estado-iglesias irreprochable en general que incluye normas de laicidad neutral perfectamente imparciales y defendibles, como las que impiden, incluso de manera muy rigurosa, la utilización de motivos religiosos por los partidos políticos en la denominación o la propaganda electoral[4]. En el caso francés, que en general puede considerarse como un aceptable modelo de laicidad neutral, existen algunas regulaciones y prácticas, entre ellas precisamente las que prohíben al alumnado cualquier uso de ropas o símbolos religiosos en el ámbito escolar, que incurren en una criticable posición laicista y vienen a negar los valores constitucionales de igualdad y tolerancia en materia religiosa[5]. Que tales casos sean toscos manchones o, como dice Atienza, «pequeños matices» que deslucen el carácter liberal del sistema francés en conjunto, nada de ello desmiente el valor de la categoría del laicismo para interpretar y criticar tales excesos, precisamente por su contraste con el modelo de la laicidad neutral.

Antes de pasar a comentar el segundo argumento de Atienza me parece importante precisar, como ya he hecho en varios escritos, que, mi posición se diferencia de la valoración habitual de la Iglesia católica contra el laicismo, que no solo condena indistintamente la laicidad radical y la neutral en cuanto ninguna de las dos asume un trato preferente a la religión, sino que tampoco discrimina entre el plano público y el privado. Desde mi punto de vista, el laicismo es condenable única y exclusivamente como actitud estatal ante las religiones, pero no en absoluto como actitud de los individuos, cuyo derecho a creer o no creer y a expresar y defender cualquier creencia en materia religiosa debe entenderse como una manifestación valiosa de la libertad que precisamente un Estado comprometido con la laicidad neutral está llamado a respetar y garantizar en condiciones de igualdad. Por esa razón, mientras el Estado está obligado a ser tolerante en materia de religión bajo la actitud meta-agnóstica mencionada, los individuos no tienen por qué ser tolerantes en el mismo sentido, pudiendo ejercer libremente su derecho tanto a auspiciar e intentar propagar sus propias creencias como a criticar militantemente las ajenas. La independencia conceptual entre el laicismo como creencia particular y la laicidad del Estado como criterio ético público resulta clara en cuanto se cae en la cuenta de que tal criterio público, si como creo está justificado por

4. Con más detalles, recogí el tema en un debate con Rodolfo Vázquez (cf. Ruiz Miguel 2010: 81-86; cf. también Ruiz Miguel 2020: 182-184 y nota 9, con la bibliografía allí citada).
Por cierto, añado ahora en relación con el último tipo de regulaciones que menciono en el texto, las cuales en la mayoría de los países europeos de Europa son inexistentes o tolerantes (baste citar a los partidos democristianos), que el artículo 47.3 de la Constitución portuguesa establece la siguiente limitación: «Los partidos políticos no podrán, sin perjuicio de la filosofía o ideología que inspire su programa, utilizar denominación que contenga expresiones directamente relacionadas con religión o iglesia alguna, así como emblemas confundibles con símbolos nacionales o religiosos».

5. Para más detalles y matices, cf. Ruiz Miguel 2012: § II.3, así como Ruiz Miguel y Villavicencio 2014: 104-106.

respeto a la igual libertad de los individuos, debería ser aceptado idealmente por todos, sean laicistas, agnósticos o creyentes de cualquier confesión (para un mayor desarrollo, Ruiz Miguel 2020: 183-184).

El segundo argumento de Manuel Atienza, que la neutralidad es imposible en esta materia, contiene un malentendido sobre la categoría del meta-agnosticismo. Como he dicho, Atienza toma la caracterización que de este término propone Blando en su libro, como abstención por parte del Estado «de cualquier valoración, incluso meramente dubitativa, *en materia de concepciones éticas*». Así formulado, Atienza tiene razón en que el meta-agnosticismo estatal es imposible porque, en efecto, ni el Estado democrático-liberal más neutral puede dejar de presuponer y aplicar valoraciones éticas, incluso coactivamente, como mínimo en la esfera de la protección de los derechos: sin ir más lejos, el código penal trata de evitar mediante sanciones coactivas las conductas lesivas de derechos porque el Estado está no solo justificado sino incluso obligado éticamente a proteger a los individuos.

Sin embargo, en mis escritos sobre el tema, incluido el que Blando cita en ese punto, nunca he sostenido que el meta-agnosticismo estatal deba ni pueda practicarse respecto de las concepciones *éticas*, sino en exclusiva de las concepciones *religiosas*, y, para ser más preciso, de las concepciones *en materia religiosa*, es decir, sean positivamente religiosas, indiferentes o contrarias a las religiones en el sentido más común de la palabra[6]. Con esa delimitación quiero adelantarme a la posible réplica de que existen religiones cuyas prescripciones éticas son de naturaleza idiosincrásica, de manera que en ellas resulta indistinguible el criterio ético de la fundamentación religiosa misma. En tales casos, si existe grave conflicto, es claro que la neutralidad estatal resulta imposible (y si fuera posible, resultaría indeseable), como también es imposible e indeseable que el Estado sea neutral entre ciencia y religión cuando las creencias religiosas pretenden adentrarse en la esfera de los conocimientos sometidos a criterios de validación científica: sería absurdo que el Estado financiara equitativamente las investigaciones que requieren grandes aceleradores de partículas y los estudios de demonología.

Ciertamente, existen algunas diferencias importantes entre la ciencia y la ética en sus posibles relaciones con las religiones, pero el punto relevante en lo que se refiere a la actitud del Estado sobre esas relaciones descansa, en mi opinión, sobre un criterio ético que justifica la delimitación de la esfera de actuación de las creencias religiosas dentro del estricto ámbito de sus creyentes. Como lo he formulado con mayor detalle en dos escritos sobre el tema, por razones de respeto a la autonomía individual las creencias

6. Como digo en el texto al que remite Blando (2019: 143), la posición meta-agnóstica «adoptaría la actitud previa de quien no sólo se niega a afirmar nada positivo *en materia religiosa*, ni siquiera la mera duda, sino que incluso se niega a entrar en la consideración de si debe dudarse sobre ello» (Ruiz Miguel y Villavicencio 2014: 104; cursiva mía; donde reproduzco un paso de Ruiz Miguel 2013: 26); o como repito en mi último escrito sobre el tema, «el Estado verdaderamente laico debe ser meta-agnóstico, esto es, debe ser ajeno a cualquier pregunta y respuesta relativa a la religión. O, dicho de otra manera, el Estado no puede ni debe solo limitarse a dudar, como puede hacer el individuo agnóstico, sino que asume el deber de no pronunciarse sobre la materia religiosa, ni siquiera para afirmar que duda» (Ruiz Miguel 2020: 185).

idiosincrásicamente religiosas solo pueden ser válidas para quienes las profesan, sin que puedan imponerse mediante la fuerza del Derecho en la esfera pública a quienes no las comparten[7].

Frente a la anterior argumentación alguien, aunque no creo en absoluto que Atienza, podría desear asimilar criterios éticos y religiosos por la vía de destacar las reconocibles diferencias entre el tipo de objetividad de la ciencia y el de la ética, este segundo sujeto a criterios ajenos a la validación empírica y en todo caso carentes de convenciones compartidas como las propias del consenso de los científicos. Esta réplica podría continuar reproduciendo los conocidos argumentos sobre la imposibilidad de neutralidad de los principios liberales, que no dejarían de ser una posición ética parcial culturalmente situada tan subjetiva y discutible como las posiciones éticas idiosincrásicamente religiosas. Frente a esta debatible identificación entre ética y religión, en estas rápidas notas solo cabe «recurrir» al principio liberal, seguro que compartido con Manuel Atienza y Giovanni Blando, que diferencia entre concepciones de lo bueno y concepciones de lo correcto o justo para insistir en que los criterios éticos adoptados y utilizados por un Estado democrático-liberal pueden ser suficientemente neutrales si se circunscriben a la esfera del consenso por superposición teorizada por Rawls (1987; y 2005: IV-V). Y por definición, en ese consenso, no pueden entrar ni las razones idiosincrásicamente religiosas ni las que, con algún paralelismo con ellas, se puedan alegar en favor del ateísmo, el agnosticismo o cualquier posición en materia religiosa.

Releídas las páginas anteriores, me queda el regusto áspero de haber destacado sobre todo un punto de desacuerdo con el amigo Manuel Atienza cuando desde una visión más distanciada lo que domina es más bien la amplitud de nuestros acuerdos. En todo caso, tengo una firme confianza en que mis razones, junto a las que él y Giovanni Blando puedan añadir a este debate, servirán para un mejor entendimiento, entre nosotros y entre los lectores, del eterno reto que las creencias y las actitudes en materia religiosa plantean en la esfera pública.

BIBLIOGRAFÍA

Alexander, L. 1993: «Liberalism, Religión, and the Unity of Epistemology», *San Diego Law Review*, 30: 763-797.

Atienza, M., 2019: «Prólogo» a Blando 2019: 13-23.

Baubérot, J. 2010: *Les laïcités dans le monde*, 4ª ed., París, Presses Universitaires de France.

Baubérot, J., y Wieviorka, M., 2005: De la séparation des Églises et de l'État à l'avenir de la laïcité (Les Entretiens d'Auxerre 2004), La Tour d'Aigues, Éditions de l'Aube.

Boyko, N., 2005: «Présent et devenir de la laïcité en espace postsovietique (Ukranie, Russie, Bélarus)», en Baubérot y Wieviorka 2005.

7. Cf. Ruiz Miguel 2010: 59-69; así como, con precisiones importantes sobre el anterior, Ruiz Miguel 2018: 413-423).

Blando, G., 2019: *Secularizzazione e laicitá. Practiche argomentative nella CEDU*, prólogo de Manuel Atienza, Nápoles, Editoriale Scientifica.

Blando, G., 2021: «La laicità positiva come negazione della laicità» (pendiente de publicación).

Goossaert, V., 2005: «Les fausses séparations de l'État et de la religión en Chine, 18982004», en Baubérot y Wieviorka 2005.

Rawls, J., 1987: «The Idea of an Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7(1): 1-25; trad. de J. C. Bayón, «La idea de un consenso por superposición, en J. Betegón y J. R. de Páramo (eds.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990: 63-86.

Rawls, J., 2005: *Political Liberalism. Expanded Edition*, Nueva York, Columbia University Press, 2005 (hay trad. de A. Domènech de la 1ª ed. de 1993, *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996).

Ruiz Miguel, A., 2007: «Laicidad, laicismo, relativismo y democracia», *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 199: 3960.

Ruiz Miguel, A., 2009: «Para una interpretación laica de la Constitución», en A. Ruiz Miguel y R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*, 2ª ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo: 31-95.

Ruiz Miguel, A., 2010: «La laicidad y el eterno retorno de la religión», en R. Vázquez, A. Ruiz Miguel y J. M. Vilajosana, *Democracia, religión y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo: 47-89.

Ruiz Miguel, A., 2012a: «Libertad religiosa, símbolos religiosos y laicidad estatal», en I. Gutiérrez y M. Á. Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada, Editorial Comares: 6997.

Ruiz Miguel, A., 2012b: «Para una crítica de la laicidad positiva», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 75: 3448.

Ruiz Miguel, A., 2013: *Laicidad y constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013 (puede verse en edición electrónica en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3241).

Ruiz Miguel, A., 2018: «Razón pública, tolerancia e idiosincrasia religiosa», en J. Cerdio, P. Larrañaga y P. Salazar (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, tomo II, pp. 413-423 (también en https://goo.gl/pZiZhn).

Ruiz Miguel, A., 2020: «Laicidad y libertad religiosa», en A. Ruiz Miguel, *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: cap. 6.

Ruiz Miguel, A., y Villavicencio Miranda, L. 2014: «Estado y religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 102: 93-126.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Estado Laico: ni libertad religiosa, ni superioridad de un saber secular

Lay State: Neither Religious Freedom, nor Superiority of a Secular Knowledge

Humberto Luis Cuno Cruz

Autor:
Humberto Luis Cuno Cruz
Academia de la Magistratura de Perú
hlcuno@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-1406-8789

Recibido: 9-3-2020
Aceptado: 26-10-2020

Citar como:
Cuno Cruz, Humberto Luis, (2021). Estado Laico: ni libertad religiosa, ni superioridad de un saber secular Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 483-498. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.19

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Humberto Luis Cuno Cruz

Resumen

En este trabajo se destaca que solo una rigurosa neutralidad frente a las creencias o convicciones (religiosas o no) puede caracterizar una verdadera actitud o pensamiento laico, actitud que empieza no solo por dejar de lado la idea de que lo laico se opone a lo religioso, sino también por dejar de identificar lo laico con libertad religiosa, por un lado, y, con pensamiento secular, por el otro. Solo así se garantiza igual libertad para que cada creencia se desarrolle por virtud de sus propios méritos, pudiendo, incluso, en situaciones concretas, guiar válidamente el razonamiento interpretativo de los funcionarios civiles, siempre que sea la fuerza de las razones la que los lleve en esa dirección y no la idea de favorecer o desacreditar determinada creencia. A partir de este planteamiento se abordan de manera crítica las ideas centrales de Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls.

Palabras clave: Estado laico; neutralidad; libertad religiosa; laicidad positiva; Ruiz Miguel; Navarro-Valls.

Abstract

In this work it is highlighted that only a rigorous neutrality in the face of beliefs or convictions (religious or not) can characterize a true laical attitude or thought, an attitude which begins not only by leaving aside the idea of which the lay is opposite to religious, but also by failing to identify laicism with religious freedom, for one side, and, with secular thought, for the other. Only in this way is equal freedom guaranteed for each belief to development by virtue of its own merits, being able, even, in specific situations, to validly guide the interpretative reasoning of civil servant, provided that it is the force of the reasons that leads them in that direction and not the idea of favoring or discrediting a certain belief. Based on this approach, the central ideas of Alfonso Ruiz Miguel and Rafael Navarro-Valls are critically addressed.

Keywords: Laic state; neutrality; religious freedom; positive laicism; Ruiz Miguel; Navarro-Valls.

1. DELIMITANDO CONCEPTUALMENTE «LO LAICO»

Es común relacionar el adjetivo «laico» con el sustantivo «Estado», de tal forma que muy frecuentemente nos encontramos con la expresión «Estado laico»; y si bien, por lo general, con ello se pretende destacar la independencia del Estado respecto de cualquier organización o confesión religiosa, es decir, se suele emplear este concepto por oposición al de «Estado confesional»; muy pocas veces nos detenemos a analizar en primer término el significado y las implicancias de «lo laico». En este apartado inicial intentaremos hacerlo y a medida que vayamos presentando nuestras ideas el lector comprenderá lo relevante de este cometido, que, más allá de una simple disquisición teórica, trae importantes consecuencias prácticas.

El término «laicidad» que se suele emplear como sinónimo de «laico» (así, por ejemplo, se habla de «laicidad estatal»), en su acepción estricta busca expresar la condición del Estado que se abstiene de intervenir en los asuntos de la(s) iglesia(s), respetando su autonomía, pero garantizando o, incluso, favoreciendo la libertad religiosa de los ciudadanos. Este segundo aspecto que se acaba de destacar, esto es, garantizar y favorecer la libertad religiosa, se presenta a primera vista como muy plausible, pues, además, de esta manera se evita caer en lo que se ha venido a denominar «laicismo», entendido como aquella ideología que pretende reducir la esfera de la vida religiosa al orden civil y, consecuentemente, poner a la iglesia bajo el control del Estado.

Pero antes de seguir definiendo y diferenciando estas expresiones o conceptos de manera circunstancial y asistemática, retomemos lo señalado al principio y pasemos a definir «laico». Si con tal fin acudimos al auxilio del significado etimológico de este adjetivo (que tiene origen en el griego *laikos,* derivado del sustantivo *laos*), cuyo significado es pueblo o nación, lo primero que podremos observar es que «laico» se opone a «clérigo» (cuyo origen es el griego *klerikos,* derivado del sustantivo *kleros*), que significa lote de territorio, fragmento o parte de algo, o elegido[1].

Entonces, es claro que en su acepción primigenia «laico» no se refiere a una actitud intelectual o postura frente a la relación entre las creencias o confesiones y el Estado, pues el significado que acompaña la aparición de este término no coincide con el contenido político-cultural que hoy sustenta la idea de Estado laico; sin embargo, ese origen etimológico nos sirve de auxilio ahora para ayudarnos a entender que «lo laico» solo se puede predicar de lo que pertenece a una totalidad y no a un segmento o parte, es decir, de lo que es aplicable al todo en su conjunto o a cada uno de los segmentos existentes dentro de ese todo, pero en los mismos términos y condiciones.

1. Elcastellano.Org: *La página del idioma español*. En: http://www.elcastellano.org/palabra/laico [Consultado el 2 de junio del 2019].

Por lo tanto, «lo verdaderamente laico», debe tener un compromiso (responsabilidad) con el todo, no con las partes o segmentos de ese todo, y, como es lógico, asumir un compromiso con el todo implica también no tener compromiso individual alguno con ninguno de los fragmentos en particular. Solo así queda garantizada la neutralidad que exige lo laico.

Y si esto es así, y aunque comúnmente suele definirse lo laico por oposición a lo religioso, pues incluso la segunda acepción de laico que recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como aquello que es «[i]ndependiente de cualquier organización o confesión religiosa»; lo primero que debemos hacer es dejar de lado esta idea, ya que *laico* no se opone a *religioso.* Lo *religioso* solo es una de las partes del todo, pues a su lado están también, como partes de ese mismo todo, *lo antirreligioso* (ateos) y *lo arreligioso* (agnósticos o seculares).

Si aceptamos esta premisa general, podremos comprender con mayor facilidad por qué ni la denominada «laicidad», ni «la laicidad positiva», ni «la laicidad negativa», ni «el laicismo», ni tampoco «la religión civil o neutralidad activa del Estado» evocan conceptos cuya significación nos permita hablar de un verdadero pensamiento laico. De manera concisa, sobre cada uno de ellos, podemos decir:

1) De la ***laicidad,*** entendida como actitud del Estado que se abstiene de intervenir en los asuntos de las iglesias, respetando su autonomía, pero *garantizando e, incluso, favoreciendo la libertad religiosa de los ciudadanos*, no se puede pregonar un pensamiento laico, dado que favorecer la libertad religiosa es ya tomar postura por un segmento del todo (el religioso), traicionando el compromiso de neutralidad con los demás elementos (lo antirreligioso y lo arreligioso).
2) De la ***laicidad positiva,*** entendida como implementación de medidas activas por parte del Estado en apoyo de confesiones religiosas, pues se caracteriza por una *actitud de cooperación, de naturaleza asistencial o prestacional,* mucho menos se puede pregonar un pensamiento laico, dado que cooperar con las confesiones religiosas constituye una expresa parcialización con un segmento del todo (el religioso), traicionando el compromiso de neutralidad con los demás.
3) De la ***laicidad negativa,*** entendida como una *actitud de indiferencia o distancia solo con lo religioso,* tampoco se puede pregonar un pensamiento laico, dado que en este caso se traiciona la actitud neutral con un segmento del todo (con lo religioso).
4) Del ***laicismo,*** entendido como la *actitud hostil o beligerante del Estado contra las religiones, pretendiendo reducir la esfera de la vida religiosa al orden civil,* tampoco se puede pregonar un pensamiento laico, dado que asumir posición frente a lo religioso es oponer «lo secular» a lo religioso, traicionando la actitud neutral con un segmento del todo (con lo religioso).
5) De la ***religión civil o neutralidad activa del Estado***[2], en la que el Estado resumiría en sí todas las verdades posibles, con lo cual se transformaría en *custodio*

2. Expresión, esta última, empleada por Rafael Navarro-Valls.

> *de un determinado patrimonio moral*[3] *y promotor de una «ideología» preconcebida, a partir de una pretendida superioridad de «"su" saber secular»;* tampoco se puede pregonar un pensamiento laico, dado que en este caso se traiciona el compromiso de neutralidad prácticamente con el todo en su conjunto, pues ni siquiera se favorece «lo secular» (en detrimento de los demás segmentos), sino solo la «opción secular del Estado», con lo que se caería en un evidente totalitarismo ideológico.

Tal como acabamos de presentar estos conceptos, una lectura inmediata de ellos podría llevarnos a la conclusión de que, dado que en ningún caso se puede hablar de un pensamiento laico, y frente a las posibilidades de: *a)* una parcialización expresa a favor de lo religioso (laicidad positiva); *b)* una actitud hostil o beligerante del Estado contra las religiones (laicismo); o, *c)* la promoción de una «ideología» preconcebida por el Estado, a partir de una pretendida superioridad de su saber secular (neutralidad activa del Estado); nuestra intuición podría conducirnos a percibir como más cercano a un verdadero pensamiento laico una *actitud de indiferencia o distancia con lo religioso* (laicidad negativa), mientras que culturalmente podríamos tender a la idea de que un pensamiento realmente laico implica *garantizar o favorecer la libertad religiosa de los ciudadanos* (laicidad). Tal vez eso explica que cada vez que hablamos de Estado laico, estemos inclinados a pensar, más incluso que en una indiferencia con lo religioso, en la libertad religiosa que ese Estado debe garantizar.

Apuntar esto, sin embargo, no resuelve el problema de definir «lo laico», pues hasta ahora solo hemos dicho lo que no es realmente laico. Claro, a partir de ello, y suponiendo que hemos cubierto todo el ámbito de lo que *no es*, parecería sencillo recurrir a un razonamiento *contrario sensu* y señalar lo que sí es verdaderamente laico. Entonces, ¿qué es eso opuesto a todo lo que hemos señalado? Ni una actitud a favor ni una actitud hostil con lo religioso, ni indiferencia con lo religioso ni garantía solo de la libertad religiosa, ni tampoco negación de lo religioso por imposición de una ideología por el Estado. Es decir, *neutralidad total.* Ni ayuda, ni obstáculos, ni indiferencia con quienes profesan alguna religión (religiosos); ni ayuda, ni obstáculos, ni indiferencia con quienes no la profesan (arreligiosos); ni ayuda, ni obstáculos, ni indiferencia con quienes se oponen a las religiones (antirreligiosos). En todo caso, *indiferencia* con todos simultáneamente, o *ayuda por igual* a todos, también simultáneamente.

En otros términos, solo *igual libertad* para que cada creencia se desarrolle por virtud de sus propios méritos, e *igual libertad* para quienes las promuevan o ejerzan respetando el orden público (que implica también el respeto de la libertad de los demás), pues, en último término, la neutralidad total que exige lo laico, no es sino la concreción del «principio de igualdad» en el ámbito del respeto de las creencias o convicciones (religiosas o no). No se debe olvidar que la expresión «neutralidad» no evoca sino la idea de un punto medio justo y que es precisamente cuando se alcanza este punto medio

3. Navarro-Valls, 2009, pp. 113-114.

que queda garantizada la igualdad de trato. Aristóteles, de quien he leído las mejores líneas sobre la idea de igualdad y trato justo, señala, con una claridad que ilumina de inmediato el razonamiento, que:

> Puesto que el injusto es desigual y lo injusto es desigual, es evidente que existe también un término medio de lo desigual, y éste es lo igual, porque en toda acción en la que se da lo más y lo menos se da también lo igual. Por tanto, si lo injusto es desigual, lo justo es igual, cosa que sin necesidad de razonamiento, todos admiten. Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio…[4]

Entonces, como ya hemos anotado más arriba, esto y no otra cosa es tener un compromiso (responsabilidad) de neutralidad con el todo. Es decir, trato igual para todas las partes del conjunto, pues solo cuando se garantiza la igualdad entre las distintas opciones ideológicas y religiosas, cuando el credo deja de ser un factor de discriminación, ingresamos al ámbito del derecho fundamental a la «libertad de conciencia», que es un concepto más amplio, no solo, y claramente, que el de «tolerancia»[5], sino incluso que el de «libertad religiosa», pues, además del respeto por la libertad en la elección o práctica religiosa, implica también el respeto por quienes mantienen cualquier actitud antirreligiosa o arreligiosa. Y solo cuando estamos en este nuevo escenario el Estado se torna en neutral frente a todo tipo de creencias o convicciones y vuelve a ser ese ente total que cobija por igual a todas las conciencias, lo que, además, lo obliga a actuar sin compromisos con ninguna de ellas en particular, pero sí con todas en general y por igual.

Igualdad de posiciones que hace posible también que resulte perfectamente válido que el «razonamiento interpretativo» de los funcionarios civiles pueda, en determinadas situaciones, ser guiado en la dirección de una u otra convicción o creencia, religiosa o no. Esto no significaría, de ninguna manera, pérdida de la neutralidad del Estado, siempre que, luego de haber considerado todas las creencias u opciones ideológicas pertinentes y posibles, haya sido la fuerza de las razones la que los lleve en esa dirección y no solo la idea de favorecer o hacer prevalecer una sobre las otras o unas sobre otras. Es decir, se mantiene la neutralidad ideológica siempre que esas decisiones respondan a la *prudencia jurídica* y no a la *fe ciega* o al *prejuicio*.

Tomás Moro tiene un pasaje muy ilustrativo y enriquecedor sobre lo que acabamos de señalar. Sostiene que el príncipe Utopo (personaje de su obra «Utopía») al llegar a un país que se hallaba sometido a continuas guerras por cuestiones religiosas proclamó la libertad de cultos y creencias porque «[l]e pareció monstruoso y absurdo usar de la fuerza y la coacción para que todos aceptaran lo que se cree debe ser la verdad; pensaba que si una religión era la verdadera y falsas las demás, fácilmente conseguiría el triunfo sobre éstas, superándolas en todos los terrenos mientras obraran con *moderación* y *raciocinio*; contrariamente, si la pugna había de decidirse por medio de la lucha y la revolución, los más perversos, que son los mejores guerreros, asfixiarían a la mejor y

4. Aristóteles, 2002, p. 74. [Libro V,3, 1131 b].
5. Prieto Sanchís, 1999, p. XVII.

más santa religión con sus insensatas supersticiones, como el trigo entre los abrojos y los zarzales»[6]. (cursiva añadida).

2. ¿INCORPORAR EL CONCEPTO DE LAICIDAD POSITIVA JUSTIFICA ABANDONAR LA ESTRICTA NEUTRALIDAD?

Alfonso Ruiz Miguel sostiene que asumir «una forma de reflexión que toma las normas y realidades jurídicas como punto de referencia central para proponer su mejor interpretación posible [… significa] pasa[r] del deber ser puro o ideal más propio de la filosofía al deber ser mediado por la instancia fáctica y realista que es el derecho»[7]. Advierte, sin embargo, que su «modelo ideal opta por una laicidad neta y rotunda del Estado, entendida como la más estricta neutralidad posible de los poderes públicos ante toda convicción relativa a la religión, incluidas las creencias no religiosas […]. Pues, también cre[e] que, en lo básico, ese modelo ideal resulta perfectamente defendible como una genuina y apropiada interpretación *jurídica* de [la] Constitución, y no como una mera propuesta de filosofía política»[8].

Además, añade más adelante, que su «interpretación ideal no deja de tener apoyos en algunas importantes fundamentaciones y afirmaciones del propio TC a las que, sin embargo, no ha sabido hacer honor en varios casos concretos»[9]. Como evidencia de esto último, presenta algunos casos, en los que, desde su punto de vista, el Tribunal Constitucional español (TCe), no obstante haber recurrido a una buena teoría, hizo una mala aplicación de ella.

Presenta, en primer término, la STC 24/1982 que resolvió un recurso de inconstitucionalidad a propósito de una ley sobre ascensos en el Ejército de Tierra que incluía a *los capellanes castrenses,* cuerpo militar éste cuya posibilidad constitucional se impugnaba en el recurso[10]. Ruiz Miguel destaca que en este caso el TCe «partió de una doctrina general […] que sintetizaba una interpretación bien plausible, casi […] que impecable, en materia de libertad religiosa, […] que no acoge sólo la opción de tener y practicar una u otra religión sino también las opciones no religiosas, llámense laicistas, ateas o agnósticas»[11].

Finalmente, sin embargo –continúa Ruiz Miguel—, «tras la proclamación del principio de aconfesionalidad y de la consiguiente prohibición constitucional de "confusión entre funciones religiosas y funciones estatales", [… el TCe] se olvidó por completo del principio de neutralidad estatal, a todas luces incompatible con la existencia de un cuerpo estatal de capellanes católicos en el Ejército»[12], y terminó negando que exista

6. Moro, 1984, p. 159-160.
7. Ruiz Miguel, 2009a, p. 33.
8. Ruiz Miguel, 2009a, p. 34-35.
9. Ruiz Miguel, 2009a, pp. 36-37.
10. Ruiz Miguel, 2009a, p. 39.
11. Ruiz Miguel, 2009a, pp. 39-41.
12. Ruiz Miguel, 2009a, p. 46.

inconstitucionalidad en la presencia de un "Cuerpo Eclesiástico" católico dentro de las Fuerzas Armadas[13].

«Por su parte, la STC 177/1996 proporciona[ría] otra buena ilustración de la inaplicación en la práctica de una correcta teoría. Esta sentencia resolvió el recurso de amparo de un sargento de las Fuerzas Armadas afectado por un procedimiento sancionatorio por haberse negado a participar en una parada militar en honor de la Virgen de los Desamparados con motivo del V Centenario de su Advocación»[14].

Ruiz Miguel afirma que si bien en este caso el TCe «evitó la continuación del procedimiento sancionatorio contra el sargento mediante la buena doctrina, y bien aplicada, de que forzar a alguien a participar en una parada militar semejante viola su derecho a la libertad religiosa y el "mandato de neutralidad en materia religiosa del art. 16.3 C[onstitución] E[española]." (FJ 10). Sin embargo, […] sorprendentemente –añade Ruiz Miguel—, parte de la conclusión [fue] que "el art. 16.3 C.E. no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza"»[15].

Si defendemos, como efectivamente lo hacemos, una rigurosa neutralidad en materia ideológica o de credo como expresión de una verdadera actitud laica, veremos que en estos dos casos, no solo estamos frente a una buena doctrina mal aplicada (como generosamente señala Ruiz Miguel), sino ante una actitud de los miembros del TCe claramente no laica, que se agrava al estar acompañada de una doctrina laica bien repetida. Se agrava porque es evidente que quienes resolvieron esos casos tenían muy claras las implicancias del mandato de neutralidad en materia religiosa que derivaba del art. 16.3 de la C. E.; sin embargo, decidieron darle un contenido matizado que terminó distorsionando lo que es verdaderamente laico para reconducir su contenido hacia una laicidad positiva.

En efecto, en el primer caso, luego de *proclamar teóricamente* el principio de aconfesionalidad estatal y consiguiente rechazo de la confusión entre funciones religiosas y funciones estatales (neutralidad laica), se pasa, como si se derivara válidamente de esa teoría, a *negar en los hechos* la inconstitucionalidad de la existencia de un cuerpo de capellanes católicos en el Ejército (laicidad positiva); y, en el segundo, luego de *sostener teóricamente* que forzar a alguien a participar en una parada militar en honor a una Virgen viola su derecho a la libertad religiosa y el mandato de neutralidad en materia religiosa (neutralidad laica), se concluye luego *en los hechos* que *no existe impedimento* para la celebración de festividades religiosas en las fuerzas armadas o para su participación en ceremonias de esa naturaleza (laicidad positiva).

Y, como no podía ser de otra manera, una vez asentada esta distorsión que cambia por completo el contenido del concepto de neutralidad en materia de ideología o

13. Ruiz Miguel, 2009a, p. 39.
14. Ruiz Miguel, 2009a, p. 47.
15. Ruiz Miguel, 2009a, pp. 47-48.

creencias, hace su *aparición expresa* el concepto de «laicidad positiva»[16] en la STC 46/2001, sentencia del TCe conocida como de la *secta Moon,* y se reitera en la STC 38/2007 (sobre el despido de la maestra de religión católica que vivía en concubinato), según la cual el «"deber de cooperación impuesto al Estado en relación con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas" por el art. 16.3 CE "*exige* de los poderes públicos una actitud positiva *respecto del ejercicio colectivo* de la libertad religiosa" […] "una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional…"»[17].

Esta nueva fórmula es un poco engañosa, pues, en principio, proponer *colaboración* como punto medio entre *unión* y *separación* de Estado e Iglesia asoma como una solución muy plausible, pero no debemos perder de vista que el «punto medio virtuoso»[18] que se debe alcanzar si se quiere hablar de una verdadera neutralidad laica es el que equidiste no solo entre el *laicismo* y la *confesionalidad estatal* (por ello sostenemos que es engañoso), sino el que equidiste entre *el laicismo, lo confesional* y *lo arreligioso.* De lo contrario, sucederá lo que acabamos de observar en la jurisprudencia citada del TCe. Esto es, inicialmente se distorsiona el concepto de neutralidad y luego se introduce otro concepto que pretende oficializar esa nueva concepción de lo neutral (laicidad positiva).

No está mal que se introduzca el concepto de laicidad positiva, lo que está mal es que se reconduzca solapadamente una inicial comprensión correcta de la neutralidad laica hacia un concepto nuevo cuyo contenido es distinto, pues, reiteramos, ahora con Ruiz Miguel, que «la alternativa *aut-aut* en este caso es claramente falsa y que hay una tercera posibilidad, y por cierto la única genuinamente aceptable: entre un Estado hostil o beligerante contra las religiones (un Estado en realidad no laico sino "laicista") y un Estado que las valora y ayuda positivamente [es que] se encuentra el Estado neutral o laico, esto es, el que es imparcial ante y entre quienes profesan y practican esta o aquella religión y quienes no profesan ni practican ninguna, incluso si su creencia les lleva a criticar a las religiones como no valiosas»[19].

Y esta es la única forma de entender lo neutral porque no tener una actitud positiva a favor de las confesiones religiosas, pero tampoco tener una actitud hostil hacia ellas, pone al Estado en una situación de indiferencia con respecto a lo religioso, lo que sumado a la actitud de indiferencia que ya mantiene frente a lo antirreligioso y lo arreligioso (pues no busca favorecer ni perseguir estas posturas), da como resultado un Estado completamente neutral (indiferente con todas las confesiones o convicciones ideológicas) en el que toda convicción o creencia puede ser expresada con libertad y en

16. Curiosamente –dice Ruiz Miguel– en un Fundamento Jurídico dedicado a "recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la libertad religiosa". Ruiz Miguel, 2009a, p. 53.
17. Ruiz Miguel, 2009a, p. 57.
18. Tomando una expresión de Aristóteles.
19. Ruiz Miguel añade inmediatamente que «[v]iene al caso […] recordar que mientras los particulares, en perfecto uso de su libertad religiosa, pueden ser «laicistas», en el sentido de militantes en favor de creencias ateas y en contra de las religiones en el sentido tradicional y restringido de la palabra, al Estado le está vedado esa posibilidad, debiendo limitarse a ser laico, en el sentido de neutral o imparcial entre las diversas creencias en materia de religión. Pero por esa misma razón, también le está vedado favorecer o privilegiar a esta o aquella religión particular». Ruiz Miguel, 2009a, p. 62.

igualdad de condiciones. Pero si abordamos el tema desde el punto de vista opuesto, ya no el de la indiferencia o abstención, sino el de la colaboración o promoción, un Estado «[ú]nicamente podría ser neutral en el hipotético e impracticable supuesto de que incentivara por igual, en el sentido de proporcionalmente a su implantación, todas las creencias existentes»[20].

Pues, sea cual fuere el ángulo desde el que se le aborde –coincidimos también con Ruiz Miguel–, «lo que el punto de vista laico exige es que las distintas creencias […] operen en la sociedad con plena libertad negativa, sin privilegios que marquen preferencias por unas convicciones sobre otras, de modo que cada cual pueda practicar sus ideas, e incluso intentar expandirlas, sin privilegios o trabas que impidan o dificulten la libre competencia de las ideas»[21]. Por lo tanto, no existe ninguna buena razón para dejar de lado el concepto de estricta neutralidad en materia ideológica o de credo, ni para dejar de exigirlo en el comportamiento de los funcionarios civiles, pues el riesgo de su distorsión no es solo un cambio de denominación, sino un cambio de contenido que cada vez se hará más difuso y menos neutral.

3. ¿BUSCAR «EL PUNTO MEDIO VIRTUOSO» JUSTIFICA PROPONER UNA ALTERNATIVA INTERMEDIA?

Luego de presentadas sus críticas a las decisiones del Tribunal Constitucional español en base a la idea de neutralidad total del Estado en materia confesional, Alfonso Ruiz Miguel, a partir de lo que de hecho sucede en España, propone una vía intermedia, que, según él mismo señala, «si bien cedería en el rigor sobre el criterio de neutralidad en aras de la practicabilidad, todavía cubriría los mínimos que [l]e parece imprescindible mantener: que las prestaciones de incentivo a algunas iglesias que se han venido ampliando bajo el modelo de los Acuerdos con la Santa Sede se consideren meramente una posibilidad constitucional y como tal revisable, no un derecho adquirido por las confesiones que las disfrutan y menos todavía un derecho de carácter fundamental garantizado por la Constitución»[22].

Pero, ¿realmente se requiere una vía intermedia para alcanzar este objetivo? Consideramos que no, pues, como hemos señalado en el primer acápite de este trabajo, incluso manteniendo el Estado su neutralidad es posible la colaboración con alguna o algunas iglesias (igual que con grupos agnósticos o ateos), siempre que la justificación para ello no sea solo o preponderantemente razones religiosas. En ese sentido, hemos dicho también que son criterios de razonabilidad, de prudencia jurídica y no de fe los que deben determinar esa colaboración estatal. Decir que estos incentivos deben ser solamente una posibilidad constitucional revisable y no un derecho adquirido, se

20. Ruiz Miguel, 2009a, pp. 69-70.
21. Ruiz Miguel, 2009a, pp. 76-77.
22. Ruiz Miguel, 2009a, pp. 88-89.

condice perfectamente con la idea de que los mismos son posibles dentro del marco constitucional, pero siempre que exista justificación razonable válida para ello.

Entonces, no se requiere abandonar la idea de Estado «laico» o de neutralidad estatal para alcanzar el punto medio virtuoso al evaluar la colaboración estatal con alguna iglesia o grupo arreligioso o antirreligioso. Por el contrario, que en el marco del principio de neutralidad estatal se conceda ese incentivo en base a una justificación razonable, confirma el carácter no absoluto que poseen este como todos los principios constitucionales, «de modo que se deberá cumplir en la medida de lo posible y, por tanto, siempre en eventual ponderación con otros principios en posible competencia, en especial con la prohibición de no discriminación»[23].

Proponer una posición intermedia en abstracto para no exigir neutralidad estatal en materia de creencias o con el fin de que la neutralidad sea entendida en términos menos rigurosos, a efecto de que de esta manera se pueda dar cobertura a situaciones que de hecho se dan, constituye un error desde nuestro punto de vista, más grave en el segundo caso que en el primero, pues, en el primer caso, de manera más honesta se renuncia a la neutralidad y se asume una postura de colaboración, pero, en tal caso, se debe también ser honesto en señalar que se deja de lado el principio «laico» (de neutralidad total) y se asume el de «laicidad positiva».

En el segundo caso, el de entender la neutralidad en términos menos rigurosos, decimos que el error es más grave porque no se deja de lado el concepto de neutralidad, sino que ella cambia de contenido y lo que exige ya no es realmente neutralidad, aunque siga llamándose así. Esto es grave porque del mismo modo en que si se toman todas las costumbres (incluidas las malas) como reglas morales, se corre el riesgo de que finalmente los principios morales que rigen una comunidad se distorsionen y cambien negativamente[24], igualmente, si por dar cobertura a hechos que claramente no responden al principio de neutralidad estatal se hace variar el significado de este principio, lo que se hace es distorsionarlo, con el riesgo adicional de que más adelante, a partir de esta nueva concepción de la neutralidad estatal, se exijan nuevas concesiones, otra vez bajo el argumento de que ningún principio es absoluto.

Aquí, además, la importancia de nuestro desarrollo teórico inicial, pues, como ya hemos señalado en otro trabajo, si bien las realidades concretas casi nunca se ciñen a los modelos teóricos, estos modelos son muy importantes porque no solo ayudan a tener claros los conceptos sino también a no distorsionarlos. Si los hechos no calzan en algún concepto de manera evidente, no se puede forzar ese concepto para acogerlos, pues con ello su contenido y significado cambian; lo que de ninguna manera significa que se debe impedir el cambio, sino simplemente que a ese nuevo contenido se le debe dar la denominación que corresponda.

Creemos que Alfonso Ruiz Miguel también compartiría esto, pues aunque señala que su «propuesta alternativa era y es que, para evitar todo conflicto en el futuro,

23. Ruiz Miguel, 2009a, p. 91.
24. Pues no se pretende sostener que los principios morales no deben cambiar.

con esa y con cualquier otra confesión, la vía maestra es reducir la cooperación a la mera facilitación de las diversas actividades religiosas mediante el mecanismo de los permisos, absteniéndose de toda incentivación en forma de prestaciones o medidas promocionales»[25], con lo que, sin embargo, se rompe la neutralidad en favor de la facilitación para actividades solo religiosas; deja claro que «[l]a neutralidad —o aconfesionalidad, o laicidad, llámesele como se quiera— o es rigurosa o no es verdadera neutralidad, sino favorecimiento de una, otra o varias opciones religiosas, siempre en detrimento de otras, incluidas en especial las que descreen de las religiones positivas o al uso»[26].

4. ¿EXIGIR NEUTRALIDAD RIGUROSA CONVIERTE AL ESTADO EN CUSTODIO DE UN DETERMINADO PATRIMONIO MORAL?

Rafael Navarro-Valls sostiene que Alfonso Ruiz Miguel, al defender una neutralidad rigurosa estatal en materia confesional e ideológica, «parece acoger el nuevo concepto de "neutralidad activa" del Estado […], [pues] asegurado un mínimo inderogable de normas (las constitucionales), el Estado resumiría en sí todas las verdades posibles, sin excluir ninguna, pero relativizándolas, de modo que el estado sería el árbitro entre los valores consolidados y los nuevos, haciéndose competente para favorecer los valores emergentes. Con lo cual se transformaría de simple sujeto garante del ordenamiento, legalidad de los actos y legitimidad de los poderes públicos, en custodio de un determinado patrimonio moral, en un sujeto activo favorecedor de los nuevos valores. En vez de limitar los poderes del Estado, este tipo de neutralidad le conf[eriría], más bien, poderes ilimitados»[27].

Cuando Navarro-Valls habla del Estado como «custodio de un determinado patrimonio moral», parece estarse refiriendo a lo que Rousseau denominó «Religión Civil»[28], que, como explica Luis Prieto Sanchís, tendría origen en la construcción del Estado laico que abandona su papel de «brazo secular» de la religión, con lo que, al romper con la cultura tradicional, pudo generar una cierta orfandad espiritual y, a su vez, la tentación de llenar ese «vacío de espiritualidad» o de valores dejado por las viejas confesiones con la implantación de una nueva religión civil, de manera que lo laico ya no sería el espacio público en el que todas las cosmovisiones pudieran encontrarse, sino un territorio propio y excluyente de las concepciones *particulares*[29].

Tal como destaca también Prieto Sanchís, Ferrajoli califica esa religión civil propuesta por Rousseau como una forma de totalitarismo laico. En efecto, Ferrajoli afirma:

25. Ruiz Miguel, 2009b, p. 162.
26. Ruiz Miguel, 2009b, pp. 161-162.
27. Navarro-Valls, 2009, pp. 113-114.
28. Rousseau, 1983, pp. 193-208.
29. Prieto Sanchís, 2013, pp. 251-252.

> A Rousseau se debe la propuesta de una forma de totalitarismo laico y civil, cuando, después de haber afirmado: «Todos pueden tener opiniones que les plazcan, sin que corresponda al soberano conocerlas», declara: «Hay por tanto una profesión de fe puramente civil cuyos artículos corresponde al soberano fijar, no precisamente como dogmas de religión, sino como sentimientos de sociabilidad, sin los cuales es imposible ser buen ciudadano ni súbdito fiel. Sin poder obligar a nadie a creer en ellos, puede desterrar del Estado a todo el que no los crea; puede desterrarlo no como a impío, sino como a insociable, como a incapaz de amar sinceramente las leyes, la justicia, y de inmolar en la necesidad su vida a su deber…»[30].

Pero, claramente, no es este totalitarismo laico ni religión civil, lo que Ruiz Miguel propone cuando defiende la neutralidad estatal rigurosa en materia religiosa o ideológica, sino, como él mismo señala, *una neutralidad liberal* que no es más ni menos beligerante contra las religiones que contra las creencias a-religiosas o anti-religiosas. Neutralidad que él califica más bien como «pasiva» por proyectar una clara separación entre el Estado y los asuntos religiosos y la abstención de toda intervención pública directa que no se dirija a garantizar el libre curso y concurrencia de las distintas creencias. En tanto que pasiva, tal neutralidad –sostiene Ruiz Miguel– no pretende establecer religión civil alguna, como tampoco propone ni tiene que someterse a «filtros purificadores»[31].

En efecto, «el derecho y el Estado […] n[o] tienen el deber de afirmar, sostener o reforzar la (o una determinada) moral, cultura o religión, ni siquiera de tipo laico o civil. Por ello, no deben inmiscuirse en la vida moral de los ciudadanos, defendiendo o impidiendo sus estilos de vida, sus creencias ideológicas o religiosas, sus opciones políticas o culturales. Su único cometido es tutelar a las personas garantizándoles la vida, la dignidad, la libertad, la supervivencia y la igualdad»[32]. Entonces, «[d]esde una óptica más liberal que republicana[33], más sensible a la neutralidad que empeñada en la cohesión ideológica de la ciudadanía, lo laico deja de presentarse como una verdad alternativa para asumir simplemente el papel de escenario donde todas las "verdades" (o sea, la verdad de cada uno) puedan esgrimirse en un marco de libertad e igualdad»[34].

Dicho de otra manera, defender la neutralidad estatal religiosa e ideológica no solo es incompatible con la defensa o promoción de una determinada creencia o grupo de creencias, religiosas o no, sino que también es incompatible con la defensa de una razón secular como única razón válida, pues si bien «[a]lgunos dicen que [un argumento secular] es un argumento reflexivo y crítico, públicamente inteligible y racional […]. Sin embargo, una característica central del liberalismo es que considera estos argumentos de la misma forma que los argumentos religiosos»[35]. Es decir, en abstracto, ni los argumentos seculares ni los religiosos son unos mejores ni peores que los otros. «Es

30. Ferrajoli, 2011, p. 416. [Nota 3]. También en: Rousseau, 1983, pp. 205-206.
31. Ruiz Miguel, 2009b, p. 187.
32. Ferrajoli, 2011, p. 304.
33. Que propugna una religión civil con fundamento en la identidad nacional. En: Prieto Sanchís, 2013, pp. 252-253.
34. Prieto Sanchís, 2013, p. 253.
35. Rawls, 2001, pp. 171-172.

en esta neutralidad moral, ideológica y cultural, donde reside la laicidad del derecho y del estado liberal; del mismo modo que la autenticidad de la ética laica reside en la exclusión de cualquier apoyo jurídico o heterónomo»[36] a cualquier ideología o visión particular, incluso la secular.

Por tal razón, estamos perfectamente de acuerdo con Navarro-Valls[37] cuando sostiene que «[L]a neutralidad no puede fundarse, ni siquiera implícitamente, sobre una pretendida superioridad del saber secular sobre el saber religioso»[38], pues «[l]a neutralidad cosmovisional del poder del Estado que garantiza iguales libertades éticas para cada ciudadano es incompatible con cualquier intento de generalizar políticamente una visión secularística del mundo. Y los ciudadanos secularizados, cuando se presentan y actúan en su papel de ciudadanos, ni pueden negar en principio a las cosmovisiones religiosas un potencial de verdad, ni tampoco pueden discutir a sus conciudadanos creyentes el derecho a hacer contribuciones en su lenguaje religioso a las discusiones públicas»[39].

Para entender mejor lo afirmado en este apartado, es importante hacer énfasis en que una cosa es sostener que «el Derecho y el Estado deben ser neutrales en materia ideológica» y, otra muy distinta –como hace Ferrajoli–, que «el Derecho y el Estado no encarnan valores morales». Entendemos, por supuesto, que ello resulta consistente con el positivismo que defiende, pero parece no ser muy coherente con su propia afirmación de que «la laicidad del derecho y del estado liberal residen en su neutralidad moral, ideológica y cultural». Es decir, y simplificando un poco la idea, no parece coherente sostener que *el Estado no encarna valores morales*, al tiempo que se defiende *la neutralidad moral del Estado.* Esto último: ser neutral moralmente ¿acaso no implica ya asumir una postura u opción moral? Y cuando se habla de «autenticidad de la ética laica» ¿no es claro acaso que exigir un comportamiento auténticamente laico responde también a una opción ética ya asumida?

Dicho de otra manera, instituido un Estado y establecidas las reglas básicas que rigen su actuación, solo puede exigirse un comportamiento laico de sus instituciones o sus miembros en general si alguna o algunas de esas reglas así lo establecen. Esto responde a la distinción básica entre lo que «es» y lo que «debe ser», pues no es lo mismo afirmar que un Estado *es* laico, por existir normas que así lo establecen; que afirmar, sin la existencia de esas normas, que sus miembros o instituciones *deben* comportarse con actitud laica. Solo si se da lo primero será posible *exigir jurídicamente* un comportamiento laico, mientras que, en el segundo, solo será posible *invocar* que se tenga un comportamiento laico.

Y si en el primer caso es posible hacer esa exigencia jurídica es porque esa organización estatal decidió incorporar entre sus reglas fundamentales esa opción ética. Pudo igualmente haber preferido e incorporado cualquier otra, por ejemplo una ética

36. Ferrajoli, 2011, p. 304.
37. Con seguridad también lo estarían Alfonso Ruiz Miguel, Luigi Ferrajoli y John Rawls.
38. Navarro-Valls, 2009, p. 130.
39. Habermas, J. *Cit.* por Navarro-Valls, 2009, p. 131.

religiosa, y, en tal caso, una actitud en este sentido sería exigible tan válidamente como cuando se exige actitud laica a los miembros de un Estado que optó por ser laico. Por ello, solo será posible que alguien exija (aunque con efectos distintos) el comportamiento moral neutral de un Estado o una auténtica ética laica en la actuación de sus agentes, en dos supuestos:

a) Cuando ese Estado haya incorporado entre sus reglas la opción ética laica como uno de sus principios rectores, en cuyo caso, la expresión «*debe* asumir una actitud laica» significa que está jurídicamente obligado a adoptar esa actitud por ser un Estado laico (punto de vista interno); y,
b) Cuando ese Estado no ha incorporado esa opción ética entre sus principios rectores, pero se considera que lo correcto sería que lo haga. En este caso, la expresión «*debe* asumir una actitud laica» solo significa que se la considera mejor o más valiosa que otras (incluso que la que rige en ese momento) y que es deseable que lo laico forme parte de esos principios rectores (punto de vista externo).

Nuevamente, la exigencia de comportamiento laico es vinculante jurídicamente y cuenta con el respaldo de la coerción estatal solo en el primer supuesto. En el segundo, solo constituye una expresión crítica de deseo y con ella únicamente se busca ser persuasivo para lograr adhesión[40], pues el único respaldo con que se cuenta son los argumentos portadores de las razones que harían que valga la pena asumir una actitud laica.

Si se acepta que toda organización estatal adopta una postura moral determinada (sea cual fuere: religiosa, agnóstica, atea, laica, secular, etc.), que es la que sirve de guía para el establecimiento de los valores o principios fundamentales de su sistema jurídico; entonces, ya no es posible sostener –como hace Ferrajoli– que «el Derecho y el Estado no encarnan valores morales», pues, por lo menos en este sentido, es evidente que sí lo hacen. Algo muy distinto es afirmar, en relación a un Estado que no es laico, que este «debería serlo» porque los valores laicos son más ventajosos para la convivencia o protección de derechos de los ciudadanos de ese Estado, que los que actualmente rigen en él.

Creo que esto último es lo que quiere señalar Ferrajoli cuando sostiene que «el derecho y el Estado […] n[o] tienen el deber de afirmar, sostener o reforzar la (o una determinada) moral, cultura o religión, ni siquiera de tipo laico o civil»[41]. Es decir, expresa un deseo de lo que considera que *debería ser*, por resultar más coherente con un Estado liberal y ofrecer más ventajas para la protección de los derechos fundamentales de las personas, empezando por su supervivencia en comunidad. Esto es perfectamente válido siempre que no se confunda con una exigencia jurídica que se pretenda hacer en todos los Estados, pues, evidentemente, no todos han optado por ser laicos.

Hemos reiterado esta cita de Ferrajoli porque si leemos su parte final, veremos que parece estar equiparando «laico» con «civil». Lo primero que debemos hacer, por tanto, es

40. Y, en todo caso, buscar también su reconocimiento normativo.
41. Ferrajoli, 2011, p. 304.

marcar la distinción entre ambos términos. *La moral o cultura civil* es lo que, en términos de Rousseau, hemos denominado «Religión Civil»; es decir, aquella opción moral en la que, como bien define Navarro-Valls, «asegurado un mínimo inderogable de normas (las constitucionales), el Estado resumiría en sí todas las verdades posibles, sin excluir ninguna, pero relativizándolas, de modo que el estado sería el árbitro entre los valores consolidados y los nuevos, haciéndose competente para favorecer los valores emergentes»[42]. Esto, como ya hemos señalado también, es inaceptable en un verdadero Estado laico.

La moral o cultura laica, en cambio, si bien «relativiza» las demás opciones éticas, solo lo hace para ponerlas en igualdad de condiciones. No para opacarlas e implantar una determinada visión secular como superior o mejor a las demás, pues, si así fuera, perdería lo que es esencial a ella, esto es, dejaría de ser neutral con toda opción «particular» y caería, en este caso sí, en la *moral, cultura o religión civil*[43]. La opción moral que adopta un verdadero Estado laico, al considerar que todas las existentes son *igualmente* válidas, evita imponer una sola opción como opuesta a alguna de las demás o, incluso, como opuesta al conjunto de las demás. Por el contrario, se presenta como receptora de todas las opciones posibles, con la única condición de que todas se desarrollen libremente y sean tratadas por igual, sin censura ni ayuda de ningún tipo en ningún sentido. ¿Acaso no es posible esta opción moral?

Si retomamos el recurso metodológico inicial de la imagen del «todo» que representa al conjunto de los grupos sociales de una comunidad estatal, cada uno con sus propias creencias o convicciones, y la de los «segmentos o partes de ese todo», representados por cada uno de esos grupos sociales, se puede ver mejor que cuando se pretende identificar lo civil o secular con lo laico, se comete el error de querer ubicar a lo laico en «un fragmento del todo» que corresponde a la moral civil o secular; es decir, se pretende atribuir a lo laico un necesario contenido moral «por oposición a otros». A partir de este presupuesto erróneo, se habla también equivocadamente de «totalitarismo laico», lo que implicaría una contradicción en los propios términos, pues lo laico, al aceptar y respetar por igual todas las opciones o convicciones no puede ser nunca totalitario, salvo que se persista en el error de identificarlo con un fragmento del todo que se expresa en una determinada visión secular.

Aún si no se le identifica con lo civil o secular, se suele pensar en «lo laico» como en un fragmento del todo, incluso tal vez uno nuevo, pero fragmento finalmente, y se le ubica ahí, al costado de las demás opciones ideológicas. De este modo, claro, se asume que el Estado laico se convierte en custodio de un patrimonio moral incompatible con el de los otros fragmentos[44] y, en ocasiones, hasta en detrimento de estos. El error consiste, por tanto, en no comprender que un Estado puede adoptar una *opción moral* que no se identifique con ninguno de los fragmentos conocidos del todo, ni tampoco con uno

42. Navarro-Valls, 2009, pp. 113-114.
43. Y, en tal caso, sí podríamos equiparar lo laico con lo civil.
44. Tal vez esto sea el resultado también de lo común que es definir lo laico por oposición a lo religioso. En este caso por «oposición» a lo demás.

nuevo que se exprese «por oposición a…» Es decir, no existe algo llamado «moral laica» como opuesto a lo religioso, a lo arreligioso, a lo antirreligioso, a lo secular, o a todos en conjunto; sino únicamente como alternativa que acepta y respeta por igual a todas esas opciones y admite que se desarrollen, se manifiesten y evolucionen libremente, sin interferir en favor ni en contra de ninguna de ellas.

En otros términos, el error consiste en no comprender que un Estado puede optar moralmente por aceptar y respetar todas y cada una de las creencias o ideologías que conforman el todo, sin distinguir fragmentos prevalentes en esa unidad mayor, pues parte de la postura moral laica es, precisamente, oponerse a esas distinciones y actuar con igual neutralidad frente a todas ellas. Lo que de ninguna manera implica favorecer algún valor nuevo en detrimento de los ya existentes, pues el único valor nuevo que incorpora es la aceptación por igual de todos los valores parciales para favorecer su convivencia pacífica. Y, en todo caso, si es verdad que para conseguir ese objetivo debe relativizar esos valores parciales, solo lo hace para ponerlos en igualdad de condiciones y no para excluir alguno de ellos o hacer que uno/s predomine/n sobre otro/s.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles, (2002). *Ética a Nicómaco.* Trad. por María Araujo y Julián Marías, 8ª Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Elcastellano.Org: *La página del idioma español.* En: http://www.elcastellano.org/palabra/laico.

Ferrajoli, L., (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia.* Tomo 2: Teoría de la Democracia. Madrid: Trotta.

Moro, T. (1984). *Utopía.* Madrid: Sarpe.

Navarro-Valls, R., (2009). «Neutralidad activa y laicidad positiva». En: Alfonso Ruiz, M. y Navarro-Valls, R. *Laicismo y Constitución.* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 97-145.

Prieto Sanchís, L., (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía Jurídica.* Madrid: Editorial Trotta.

Prieto Sanchís, L., y Betegón Carrillo, J., (1999). «Estudio Preliminar». En: Locke, J. *Escritos sobre la tolerancia.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rawls, J., (2001). *El derecho de gentes y «una revisión de la idea de razón pública».* Trad. de Hernando Valencia Villa. Barcelona: Paidós.

Rousseau, J. J., (1983). *El Contrato Social.* Madrid: Sarpe.

Ruiz Miguel, A., (2009a). «Para una interpretación laica de la Constitución». En: Alfonso Ruiz, M. y Navarro-Valls, R. *Laicismo y Constitución.* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 31-95.

Ruiz Miguel, A., (2009b). «La neutralidad por activa y por pasiva». En: Alfonso Ruiz, M. y Navarro-Valls, R. *Laicismo y Constitución.* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 147-187.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Giuliani: Proceso y racionalidad. La relación jurídica procesal «dialéctica»*

Giuliani: Process and Rationality. The «Dialectical» Procedural Legal Relationship

Nicolás Jorge Negri

Autor:
Nicolás Jorge Negri
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
niconegri@hotmail.com

Recibido: 23-4-2020
Aceptado: 26-10-2020

Citar como:
Negri, Nicolás Jorge, (2021). Giuliani: Proceso y racionalidad. La relación jurídica procesal «dialéctica» Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 499-519. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.20

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Nicolás Jorge Negri

Resumen

De acuerdo con las exigencias actuales del Estado de Derecho constitucional y democrático, el estudio del proceso judicial exige una consideración especial en los aspectos lógicos y racionales del procedimiento, de modo tal que las prácticas forenses se correspondan con la naturaleza más profunda y propia de la relación jurídica procesal. Alessandro Giuliani nos muestra, con bases científicas e históricas, que desde sus orígenes antiguos y medievales, junto con los últimos aportes de la dogmática moderna, el proceso tradicional tiene una naturaleza verdaderamente dialéctica, que él mismo denomina como «controversia», que se corresponde con el modo en que interactúan las partes y el tribunal, y que tiene –a la vez– una fuerte interrelación con la ética y la política.

Palabras clave: argumentación; derecho procesal; proceso civil; relación jurídica; dialéctica; controversia.

Abstract

In accordance with the current requirements of the Rule of Law, the study of the judicial process requires special consideration in the logical and rational aspects of the procedure, so that forensic practices correspond to the deepest and proper nature of the procedural legal relationship. Alessandro Giuliani shows us, with scientific and historical bases, that since its ancient, medieval origins and the latest contributions of modernity that the traditional process has a truly dialectical nature, which he calls «controversy», which corresponds to the way in which the parties and the court interact, and which has –at the same time– a strong interrelation with ethics and politics.

* Agradezco los aportes y colaboraciones prestadas por mis estimados colegas Martín Oteiza y Mariano S. Fernández.

Keywords: Argumentation; Procedural Law; Civil Process; Legal Relationship; Dialectics; Controversy.

I. INTRODUCCIÓN

1. Argumentación jurídica y derecho procesal

La argumentación jurídica es un saber teórico-práctico que presenta múltiples puntos de contacto y de interrelación con otras asignaturas del Derecho; puede decirse que constituye una disciplina «transversal». Entre las materias con las que la argumentación guarda una estrecha afinidad, por su cercanía con la praxis y con la técnica, es el derecho procesal[1].

El procesalista, como todo científico del Derecho, se desarrolla en el ámbito de la dogmática jurídica; a veces procura trascender el marco disciplinar incursionando en el campo de la filosofía jurídica o en la teoría del derecho, quizás en la elucidación de los conceptos jurídicos fundamentales (v.gr., relación jurídica, interés, acto jurídico, etc.), pero como jurista no soslaya –o no debería hacerlo– su interés por la práctica; no solo por el conocimiento de los requisitos de los actos procesales, sino –por sobre todas las cosas– por las destrezas o habilidades que requieren para llevarlos a cabo en un proceso judicial (v.gr., la demanda, la defensa, el alegato, la apelación, etc.).

Alessandro Giuliani es un pensador «clásico», en el sentido tradicional de esta expresión, que desarrolló su vida académica en Italia en la segunda mitad del siglo XX, con un vasto saber que nos permitirá desvelar algunos de los puntos neurálgicos tanto de la concepción argumentativa del Derecho –a la cual suscribo– como del derecho procesal civil. Pero antes de avanzar, es menester poner de relieve qué entendemos –someramente– por estas instituciones.

En primer lugar, por «concepción argumentativa» se considera aquella concepción del derecho[2] según la cual la *argumentación* es un elemento importante de la experiencia jurídica, por cuanto se halla presente en las diferentes actividades del derecho: la aplicación, la interpretación y producción, y en los distintos oficios del jurista: abogado, juez, legislador, etc., y –además– porque la perspectiva de la argumentación permite entender muchos aspectos del Derecho y de su teoría, brindando instrumentos idóneos

1. La teoría enseña a conocer, la práctica a hacer y la técnica consiste en un saber hacer. Con relación al derecho, muchos han dicho que un arte, el «arte del derecho».
2. Atienza considera que una concepción del derecho debe dar respuesta a una serie, más o menos articulada, de cuestiones básicas en relación con el derecho, a saber: 1) cuáles son sus componentes básicos; 2) qué se entiende por derecho válido y cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho; 3) qué relación guarda el derecho con la moral y con el poder; 4) qué funciones cumple el derecho, qué objetivos y valores deben –o pueden– alcanzarse con él; 5) cómo puede conocerse el derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; 6) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho; y algunas otras más (Atienza, 2006: 19-20; 2013: 21).

para operar *con sentido* en el ámbito jurídico, particularmente en los sistemas de los Estados constitucionales[3].

En segundo lugar, por derecho procesal se entiende aquella disciplina jurídica elaborada en torno a tres conceptos fundamentales (acción, jurisdicción y proceso[4]), y que aborda el estudio –principalmente– del conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado[5].

Sentadas estas nociones introductorias, a continuación se profundizará la idea de proceso sobre la cual indagaremos la posibilidad de una interesante convergencia entre estas disciplinas (argumentación y procesal) a luz del pensamiento de Giuliani.

2. Naturaleza del «proceso»

Sobre *lo qué es el proceso* se han elaborado numerosas y diversas ideas que intentan elucidar su concepto, determinando su naturaleza, características y funciones (o fines)[6].

En el derecho procesal, algunos autores se interesan por explicar el proceso judicial desde una perspectiva más «racional» (lógica en sentido amplio[7]) y, a la vez, más «realista» (en cuanto relativa a la experiencia), con fundamentos que se remiten –en última instancia– a las prácticas forenses de la tradición occidental y a la realidad humana y jurídica[8], en la cual se ubica nuestro autor de referencia en este trabajo (Alessandro Giuliani).

Dentro de esta visión nos interesa destacar aquí aquellas que han aspirado a desentrañar el modo en que se vinculan, racionalmente, los sujetos (las partes y el juez), desde el inicio hasta la culminación del procedimiento, pero no en orden a lo meramente conceptual o formal, sino a la materialización real de los actos procesales, vale decir, a su concretización en el proceso judicial. En este sentido, no bastaría con indicar la tesis suscripta acerca del proceso (por ejemplo, la doctrina de la «relación jurídica»), habida cuenta que el carácter abstracto y general del concepto de relación jurídica (si seguimos con este ejemplo) neutralizará la «sustancia» propia del proceso y el modo en que el mismo «se desarrolla paso a paso». Si bien se considera que ha sido loable la tesis de von Bülow, en cuanto a la labor de sistematizar la tesis de la relación jurídica

3. Atienza, 2006: 11-15; 2013: 12-13 y 19; 2017: 16. Grajales - Negri, 2018: 56-57.
4. Podetti, 1973: 15 y ss. Morello, 2001: 112, 134 y 142. Vid. Lascano: 1946, 380.
5. Calamandrei, 1962: 291. Alcalá-Zamora - Castillo y Levene, 1945: 25. Guasp, 1948: 36.
6. Vid., Alcalá-Zamora y Castillo, 2018 (1947), 103 y ss. Couture, 1958: 145 y ss.
7. La palabra «lógica», entendida en su derivación del término griego *logos*, que significa palabra, discurso, razón, etc., y que, filosóficamente, implica «lo inteligible», «aquello que hace inteligible a la realidad» (Ghirardi, 1983: 14; cfr. Bobbio, 1968: 24. Kalinowski, 1973: 145. Taruffo, 2006: 114-116).
8. Carnelutti, 1944, I: 1; íd., 1956: 1. El maestro italiano aclara que: «El proceso civil (…) es, no sólo un sector de la *realidad*, sino también de la *actividad*, entendida como realidad determinada por la acción (humana)». El proceso, en general, y el proceso civil en especial, es una actividad de las partes y de jueces, que a su vez es objeto de otra actividad, de los juristas en cuanto hacen dogmática jurídica: el derecho procesal civil, y éste es una sección del resto de la realidad jurídica, que está indisolublemente conexa a él (cfr. Carnelutti, I, 1944: 4-5). Vid. Cappelletti, 2006: 31, 34, 53-54, 69-70 y 74-87. Taruffo, 2002: 21 y ss. Oteiza, 2018: 29.

procesal, lo cierto es que dicha elaboración no habría escapado del conceptualismo o cientificismo neutro de la pandectística[9].

De ahí que uno de los asuntos medulares del derecho procesal actual siga siendo determinar los elementos que –mediante esta creación jurídica– deben ser abstraídos y cuáles no de esta noción tan fundamental (la de *proceso*); para no excluir del estudio o del análisis de la ciencia procesal aquellos aspectos lógicos relativos al rol de los sujetos procesales y las actividades que los mismos despliegan en orden a la resolución justa y razonable de la litis[10].

3. La impronta de Giuliani: argumentación y proceso enfocados hacia la *praxis*

El profesor de la Universidad de Pavía –en un comienzo, luego también de Perugia– nos presenta una perspectiva peculiar acerca de los elementos definitorios del proceso. Ella obedece a su forma de pensar el derecho (humanista y clásico), y consiste en la búsqueda continua de una convergencia de una serie de elementos dialécticos, éticos y políticos sintetizados en una idea madre: la *controversia*, la cual se halla asociada a la tutela de los derechos fundamentales y a la legitimidad de la jurisdicción en el Estado de Derecho, fundada –en su opinión– en la efectiva participación de las partes en la formación de la decisión judicial[11].

En este breve ensayo, se procurará redescubrir algunas de sus enseñanzas relativas –precisamente– a los aspectos dialógicos-racionales de las prácticas forenses, en cuanto acciones humanas y no como meras construcciones dogmáticas; es decir, no como conceptos o formas lógicas «puras», elaboradas a partir de axiomas incuestionables, sino entendidas –o comprendidas– desde las circunstancias y condicionamientos culturales (sean éticos, políticos, económicos, sociales, etc.), que influyen en las personas, en las normas, principios e instituciones, para describir –y prescribir– adecuadamente el fenómeno jurídico en cuestión[12].

Estas primeras pinceladas de su pensamiento, pueden vislumbrar una visión del proceso más próxima a la experiencia jurídica, puesto que –como lo han dicho los grandes maestros italianos– para *saber* y *ejercer* el derecho procesal no basta con estudiar –dice Carnelutti– el «código de procedimiento» (normas, principios, instituciones), sino que es necesario también que el «estudioso vea jueces y partes, sentencias y pruebas»,

9. Bülow, 1964: 1-6. Fazzalari, 1987: 821. Marinoni - Pérez Ragone - Núñez Ojeda, 2010: 344-346 y 359. Vid. Alcalá-Zamora y Castillo, 2018: 126-127).
10. García Amado, 2010: 58 y ss. Grajales - Negri, 2014: 176-177.
11. Marinoni - Pérez Ragone - Núñez Ojeda, 2010: 360 y ss.).
12. Giuliani, 1954; id., 1957. En estas obras, Giuliani propone no perder de vista las acciones humanas, y junto con ellas, las elecciones de valores y las creencias que las mismas conllevan. «No debemos olvidar que el derecho es una formación práctica, fruto de la colaboración y la cooperación, de decisiones individuales y acciones individuales, que no están aisladas sino mutuamente condicionadas y conectadas» (Giuliani, 1954: 206; cfr. Morello, 2001: 140).

para conocer de esta forma la realidad jurídica en todas sus complejas y verdaderas dimensiones[13].

De ahí que, a semejanza de obras recientes como la de Manuel Atienza (me refiero especialmente a su «Curso de Argumentación Jurídica», Madrid, Trotta, 2013), se pueda vislumbrar una vertiente iusfilosófica que se detiene tanto en la *actividad* misma del jurista (actividad social) como en el *fin* o los valores hacia los cuales tiende la misma (la garantía de los derechos), en cuanto a lo que realmente interesa –tanto para la argumentación como concepción como para el derecho procesal– es explicitar un arte o saber enfocado hacia la práctica o concretización del derecho en los casos reales (más allá de contar –ambos– con el saber teórico)[14].

Repárese, en este sentido, en las sabias palabras de Piero Calamandrei. El maestro italiano nos dice que no es suficiente saber «a la perfección las normas del Código», cuya tarea no es muy difícil, sino que «lo que más cuenta para aprender el juego (del proceso), es verlas funcionar en la práctica, es experimentar cómo se entienden y cómo las respetan los hombres que deben observarlas, contra qué resistencias corren riesgo de enfrentarse, y con qué reacciones o con qué tentativas de elusión tienen que contar»[15].

Pues bien, dentro de esta corriente que intenta explicar la naturaleza (racional y real) del proceso judicial, en la que han destacado autores como Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Elio Fazzalari, Michele Taruffo, entre otros, nos ha parecido interesante receptar algunas ideas de Alessandro Giuliani, dada su vinculación estrecha con la argumentación y el proceso, a partir de su enfoque teórico-práctico de la experiencia jurídica.

Este autor nos propone –entre otros temas– la denominada «teoría de la controversia», la cual –en prieta síntesis– podemos anticipar que es un postulado básico de la lógica jurídica (*more iuridico*), entendida como «argumentación» y, por ende, como expresión del razonamiento, que en la tradición cultural occidental estuvo representada por la «dialéctica» (disciplina en la que convergen la retórica, la sofística y la tópica). Para Giuliani, esta manifestación de la lógica tiene por ámbito la opinión (*doxa*), vale decir, el discurso o el debate relativo a cuestiones probables o verosímiles (como el derecho, la política o la moral), donde el recurrir a procedimientos rigurosos y demostrativos como en las matemáticas –en palabras suyas– representaría un «abuso» de la razón, puesto que en los problemas prácticos –es decir, aquellas relativos a los valores y a las elecciones– se precisa arribar a un consenso[16], que debe ser alcanzado de manera

13. Carnelutti, 1956, I: 21 y ss. Couture, 1958: 145-147. Taruffo, 2006a: 14 y ss.; íd., 2006b: 199 y ss.; íd., 2009: 397-409 y 489-539.
14. Atienza, 2017: 10-11, 23-46.
15. Calamandrei, 1962, III: 259-260.
16. Perelman y Olbrechts Tyteca, 1989: 33-35, 65-67, 97, 741-742. De acuerdo con las ideas de Perelman, Alessandro Giuliani considera que «la dialéctica sabe que no puede ofrecer lo justo en sí mismo, lo útil en sí mismo, pero incluso si desconfía de un conocimiento sistemático, de un ordenamiento absoluto de valores, su relativismo no conduce al escepticismo» (cfr. Cervati, 2001.

racional[17], el cual constituiría –en última instancia– el único criterio de una verdad probable (contrapuesta a la verdad necesaria de las ciencias demostrativas)[18].

4. Influencia y legado

La «teoría de la controversia» de Alessandro Giuliani[19], junto con la «teoría de la prueba» y la metodología de la «relevancia»[20], influyeron en las ideas de grandes pensadores contemporáneos como Luigi Ferrajoli[21], Michele Taruffo[22], Letizia Gianformaggio[23], entre otros.

Ello se debe, en gran medida, a la naturaleza de sus investigaciones, que van más allá del campo de las disciplinas jurídicas, y que le confieren una mirada particular al fenómeno jurídico y, en particular, al proceso judicial. De allí pues que en su crítica al formalismo jurídico revela las profundas relaciones entre el pensamiento ético y jurídico (también con el político), reafirmando –a la vez– la centralidad de la teoría de la argumentación, en la elaboración continua del Derecho a través de un proceso dialéctico que involucra principalmente la *praxis*[24].

Para Giuliani, la idea de controversia (cuyo arquetipo es el proceso judicial) puede ser explicada racionalmente a partir del discurso dialéctico, retórico y sofístico, cuyas técnicas representan una forma auténtica de razonamiento, aunque no siempre sea correcto o exacto desde el punto de vista formal.

Sin embargo, ello no implica que el discurso dialéctico renuncie a buscar la verdad, ya sea –según este autor– a través de una refutación permanente de las posiciones contrapuestas habidas entre las partes, que posibilita no sólo la adhesión (eventualmente, de la parte actora que desiste de la acción, o bien de la contraparte que se allana a la demanda), sino también la dilucidación correcta y razonable de la litis (que atiende a las razones[25] esgrimidas por los litigantes, y a la relación los hechos del caso y las normas que supone aplicables[26]), todo lo cual demuestra la inviabilidad de una lógica formal y de ciertos recursos argumentativos (o técnicas procesales anticuadas, disfuncionales); la dialéctica –con la refutación– permite y regula una adecuada y libre discusión con

17. Habermas, 1999, I: 43-69. La verdad como consenso es una tesis que procura concebir la verdad como la consecuencia de una búsqueda racional intersubjetiva. En otras palabras, la teoría consensual explica el significado del concepto de verdad, para lo cual recurre ciertamente a un procedimiento, pero no de hallazgo de la verdad, sino de defensa de «pretensiones» de verdad (cfr. Comesaña, 1994, 249-250. García Amado, 2001: 357-398. MacCarthy, 1987: 121 y 360-361).
18. Giuliani, 1975: 28-29. Cerrone, 2012, Premessa.
19. Giuliani, 1966; íd., 1975: 13-34; íd., 1953: 472-489. Cerrone, 2012.
20. Giuliani, 1961; id., 1988: 518-579.
21. Ferrajoli, 1995: 55, 136-137, 187.
22. Taruffo, 2006a: 121 y 137.
23. Gianformaggio, 1999: 159-167; íd., 2018.
24. Cervati, 2001. Repetto, 2012: 553 y ss.
25. Carnelutti, 1956, I: 32 y ss.
26. Taruffo, 2009: 405.

el fin de asegurar la igualdad de los participantes en el diálogo. La retórica se ocupa, sobre todo, de los aspectos persuasivos y de las técnicas de representación de los datos argumentativos; asume, por tanto, el punto de vista del abogado, mientras que la dialéctica se inspira en el punto de vista de un juez imparcial y, en cuanto teoría de la impugnación y metodología de la relevancia, va estrechamente ligada a la sofística, entendida en sentido lógico, como el capítulo relativo a la patología de la argumentación en el ámbito de la dialéctica.

II. TEORÍA DE LA CONTROVERSIA

Una indagación profunda acerca de la «experiencia jurídica» del proceso judicial ha llevado a nuestro autor a advertir la existencia de un problema más de fondo y, también, algo peculiar: que la «práctica» que da vida y sentido a la relación jurídica procesal –en cuanto actividad– requiere de un *método* peculiar y propio para su comprensión y su uso; de una lógica jurídica (la lógica de la controversia como argumentación), puesto que se trata de un conjunto de actos que tienen por objeto principal la presentación, indagación, decisión, y solución de problemas dialécticos[27], siendo el modelo representativo de toda esta actividad –precisamente– el litigio judicial, que en el ámbito del derecho procesal contemporáneo está dado por los conceptos fundamentales de acción, jurisdicción y proceso[28].

Pero, ¿en qué consiste la controversia? Para Giuliani es entendida como una «situación argumentativa más que un problema en sí»[29]. Con ello quiere significar un aspecto olvidado o más bien desdeñado por los juristas modernos, en cuanto soslayan un aspecto esencial del proceder de los sujetos procesales y, especialmente, de los tribunales, consistente en el despliegue de una actividad discursiva mediante una lógica particular[30].

Si bien él mismo nos dice que «la controversia no es definible porque ella misma es "controvertida"»; lo cierto es que en su pensamiento se infiere que la controversia es la actividad dialéctica producto de una combinación de actos, de juicios y de oposiciones (*fecisti-non feci*)[31].

Pero aclara que esa actividad no es la técnica propuesta por la lógica formal contemporánea, en la que prevalece la matemática y el modelo de la ciencia moderna, sino

27. Giuliani, 1975, 13-14.
28. Calamandrei, 1962, I: 318. Podetti, 1973, I: 15 y ss. Palacio, 2017, I: 7-8.
29. Carnelutti sostiene que la «controversia» es una especie particular de «litis» que presenta una o más «cuestiones», ante un conflicto de intereses. Explica que la «razón» –en que se funda tanto la pretensión como la contestación– puede tornarse «dudosa», en cuyo caso –«la duda acerca de una razón»– hace que surja una «cuestión», y puesto que la decisión de la litis se obtiene resolviendo las cuestiones, las cuestiones resueltas son luego razones de la decisión (Carnelutti, 1959, I: 36).
Para otros, la controversia sería, más específicamente, la discusión en sí, suscitada por un conflicto de intereses (cfr. Falcón, 2018, I, I: 238).
30. Giuliani, 1975: 29.
31. Ibidem.

más bien la de la lógica de la controversia jurídica (modelo de problema dialéctico) en su autonomía, la que es propia de cuestiones opinables, verosímiles o probables. En efecto, en el discurso dialéctico la búsqueda de la verdad práctica se halla sometida a una refutación permanente, dónde el *giudice* debe regular la discusión en torno al *thema decidendum,* garantizando la igualdad de los participantes del diálogo, para luego arribar a la decisión correcta. El dialéctico (el juez) debe organizar la controversia de acuerdo con las reglas del proceso, dirigir la indagación de los hechos y garantizar la situación de reciprocidad en la discusión (debido proceso y derecho de defensa), permaneciendo él mismo de manera imparcial[32].

Para ello el profesor de Pavía destaca el rol que ocupa en la teoría de la controversia la metodología de la relevancia[33], habida cuenta que en las disputas jurídicas sólo deben versar sobre cuestiones «relevantes» (no las «erísticas»). Para lo cual el dialéctico (el juez) debe individualizar los tipos de desacuerdo para salir de la situación conflictual. Como veremos más adelante, en la revista histórica que el mismo autor nos propone, se diferencias distintos tipos de desacuerdo, a saber: 1) sobre los hechos, 2) sobre la definición (la determinación del hecho antijurídico), y 3) sobre la cualidad (calificación).

Por otra parte, enfatiza que el discurso dialéctico propio de la controversia tiene por fin la búsqueda de la verdad, pero la metodología de la relevancia es propuesta por Giuliani en términos negativos, es decir, como sistemas de reglas de exclusión y prohibiciones lógicas, lo cual quiere significar que la verdad no es el único valor dentro del proceso judicial (una prueba puede ser verdadera pero irrelevante). De este modo la relevancia de los problemas (de hechos, de significados, y de calificación), tienen autonomía respecto de la verdad y de la prueba porque la lógica de la controversia y la metodología de la relevancia nos permiten deslindar los distintos niveles de cuestiones o problemas que se presentan ante un caso[34].

La controversia, al ser delimitada de esta manera –en el discurso dialéctico compuesto por estos elementos–, es una *disputa cualitativa*, en el sentido de que se halla imbuida de valores jurídicos, éticos y políticos; no se trata de valores sistemáticos, sino del reflejo de las inevitables aporías que se presentan en la controversia y que comprometen al dialéctico (juez) a elegir y decidir de una forma razonable; fruto de la búsqueda que tiene lugar en el conflicto entre reglas, valores y puntos de vista. De ahí que la dialéctica se resuelve en una lógica de la elección. A semejanza de Michelle Taruffo, Alessandro Giuliani nos ilumina el norte del quehacer jurídico: «El filósofo –y el juez– debe buscar la verdad entre las opiniones en conflicto»[35].

En suma, es a partir de esta línea de pensamiento básica (filosófica-jurídica y técnica-jurídica) que Giuliani constituye y desarrolla sus ideas: «el derecho como controversia». De hecho, es a la controversia que dedica la suma de su madurez académica, y es aquí,

32. Ibidem.
33. Weiler, 1962: 487.
34. Giuliani, 1975: 28-29.
35. Giuliani, 1966: 146. Grossi, 2012: 5.

más que en cualquier otro lugar, donde se manifiesta la plenitud de su mensaje. El derecho como controversia, la lógica jurídica concebida como la teoría de la controversia con sus implicaciones éticas irreductibles, porque es particularmente en la controversia que tenemos la recuperación total de la historicidad del derecho.

III. CONTRIBUCIÓN A LA ARGUMENTACIÓN Y A LA DISCIPLINA PROCESAL

Los aportes de Alessandro Giuliani no se reducen a cuestiones meramente probatorios como la exaltación de la función «persuasiva» de la prueba, vale decir, a la concepción retórica de la prueba como argumento, puesto que tales consideraciones no constituyen otro tipo de «razonamiento probatorio», diferente de los más acreditados hoy[36], ni tampoco puede limitarse para expresar el rechazo de cualquier forma de racionalidad del juicio fáctico[37].

La auténtica lección histórico-filosófica de nuestro autor es aquella que nos permite tener una visión más profunda de la práctica forense y una *integración* más realista –desde el ángulo visual de la *teoría* y la *historia cultural del proceso civil*– de la dogmática jurídica y de la exégesis legal con el carácter dialéctico de la relación jurídica procesal, en consideración a la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan[38].

Veamos.

1. Epistemología: una racionalidad práctica

En primer lugar, la lección del profesor italiano consiste en poner de resalto un conjunto de ideas que permitirían elaborar un «modelo procesal», semejante a la clásica contraposición entre los principios o sistemas «dispositivo» e «inquisitivo»[39], u otros semejantes –de la forma expuesta recientemente por Mirjan Damaška[40]–, en orden a

36. Cfr. Taruffo, 1990: 420 y ss.; id., 1992: 284, 323 y ss. (hay traducción por J. Ferrer Beltrán, 2002). Creo –dice Cavallone– que contrastar la función demostrativa de la prueba con su función persuasiva no tiene ningún sentido, si no se imagina que el juez debe decidir sobre la base de lo que se ha demostrado, incluso cuando no está convencido (Cavallone, 2012: 357; vid. Cavallone - Taruffo, 2012).
37. Cavallone, 2012: 355-356 y 361-362. El *quid* de la incomprensión («*Il nodo dell'incomprensione*»), o de la disidencia por parte de figuras destacas, parece consistir –dice Cavallone– en la convicción de que el compromiso de Giuliani como procesalista se resuelve y agota en el redescubrimiento y reevaluación de la concepción retórica de la prueba judicial propia de la cultura clásica. Griego y romano, es decir, escritos de la prueba como argumento; y que esa revaluación se traduce, en términos de teoría general, en atribuir a la prueba una función persuasiva, a saber, inducir al juez a pronunciarse a favor de la parte que vale la pena.
38. Montero Aroca, 2001: 58-59.
39. Calamandrei, 1962, I: 358-359.
40. Damaška, 2000: 9 y ss.

la concepción del proceso y sus prácticas forenses, desde una perspectiva racional –o lógica de la controversia–, sobre la base de las funciones y roles –reales– de los sujetos –y actos– procesales (las partes en relación a sus facultades, deberes, cargas, etc., y el juez respecto de los poderes-deberes del juez, ya sea para la actuación –aplicación o determinación del derecho, *quaestio iuris*–, o bien para la investigación de la verdad de los hechos –*quaestio facti*–), de forma tal que constituya una justa composición del litigio[41].

Con relación a las ideas relativas a la concepción del proceso, en primer lugar se destaca la impronta *epistemológica* que, en cuanto a la comprensión del fenómeno de la controversia judicial, es encuadrada en clave no dogmática, ni positivista ni «juridicista», en la medida en que el estudio de aquélla no puede basarse en postulados incontrovertibles, ni reducirse a una teoría científica y, por ende, aislada de la ética y de los aspectos político-institucionales (e ideológicos). Para penetrar en el interior de los problemas de la «controversia» judicial –sostiene Giuliani– no puede haber una «distinción entre lógica y ética, entre hecho y valor, entre cuestión de hecho y cuestión de derecho». Por ello es que rechaza la enseñanza de Hume, según el cual el «papel de la razón está limitado a la investigación empírica o al cálculo»[42].

En la argumentación –afirma–, los hechos no son ni un dato objetivo y externo respecto al conocimiento del juez y tampoco «creados» por él: la controversia es una «cuestión mixta»; no es posible separar los juicios sobre la existencia de los hechos respecto de los juicios interpretativos (los hechos –en cuanto eventos históricos– pertenecen al pasado, la prueba de los hechos ocurre en el presente y las reglas jurídicas están orientadas hacia el futuro. Los hechos son siempre, pues, «hechos relacionales» (*in ordine ad ius*). «La retórica judicial podría ofrecer a la reflexión contemporánea una vía para recorrer: aquella es una lógica de las relaciones, aunque con un significado débil. La configuración de la controversia como «cuestión mixta» –propuesta por la retórica judicial– podría constituir una válida alternativa respeto a los partidarios y a los críticos de la «*mechanical jurisprudence*». Aquella nos permite huir del prejuicio naturalista del hecho como objeto externo a probar, sin incurrir en la más insidiosa atracción de esta problemática en la precomprensión del juez. La atracción del hecho al área de la cualidad nos permite descubrir el sutil hilo que –en la argumentación judicial– vincula, en un círculo, la cuestión de hecho a la cuestión de derecho»[43].

De esta manera, la «cuestión de derecho» resulta condicionada a las circunstancias que han dado lugar a la controversia, a la naturaleza de la refutación, a la consideración de las consecuencias de la decisión. Se impone, por tanto, un trabajo de corrección y de rectificación de las reglas en relación a la naturaleza del hecho, descartando la aplicación mecánica de los hechos. Asimismo, la «cuestión de hecho» siempre es interdependiente

41. Chiovenda, 1922, I: 82 y 86-96; íd., 1948, I: 56 y 72. Carnelutti, 1942, I: 21-22. Taruffo, 2002: 21-87; íd., 2008: 20-23.
42. Giuliani, 2017: 156 y 160.
43. Ibídem: 160.

con cuestiones de definición y de cualidad: no interesa la verdad de los hechos en sí, sino su utilización en relación a las situaciones argumentativas.

En síntesis, la construcción de la razón práctica de la constitución de la causa litigiosa (*constitutio causae*), sobre la base de la «teoría de la formación de las cuestiones» –que «es central en la retórica judicial– se presenta actual, en cuanto nos ofrece un modelo de procedimiento para la reducción de la complejidad en un sector ignorado por la lógica (formal): es decir, aquel de las relaciones entre reglas, de las relaciones entre hechos, de las relaciones entre reglas y hechos. Por tanto, nuestra terminología (*quaestio iuris*, *quaestio facti*, *thema probandum*) tiene en común solo el nombre con aquella utilizada en los sistemas jurídicos, cuyo procedimiento ha mutuado las técnicas del *ars inveniendi*: como el derecho medioeval o el *common law*»[44].

2. Proceso y formas de gobierno

En segundo lugar, en cuanto a la concepción del proceso, se destaca la sintonía que debería tener la controversia judicial con las *formas de gobierno* (cfr. Damaška[45]): «el proceso es una variable dependiente respecto de las diversas maneras en las que se viene articulando en el tiempo el nivel de racionalidad, en relación a las varias formas de gobierno»; la evolución del hombre importa una evolución de las formas de los gobiernos, por cuanto también cambian las formas de pensar de la gente, así como también los hábitos de las actividades que desarrollan en la comunidad y, por lo tanto, la forma de concebirse y resolverse las disputas o controversias, y, a la par, el tratamiento del proceso judicial[46].

Por ello, siguiendo las conclusiones de la filosofía viquiana, considera que «no existen procesos buenos y procesos malos: el paso de una forma de proceso a otra se

44. Ibídem: 161-162. Giuliani precisa aún más estas cuestiones señalando que: «La *constitutio causae* –es decir, la formación de la cuestión– presupone el entramado de la invención con las técnicas narrativas: es decir, el paso de la situación estática de la «invención» a la situación dinámica de la «disposición» peculiar de la controversia judicial. La continuidad entre estos momentos no resultaría posible, si no hubiese en ella una identidad de estructura. La narración de las partes constituye el primer e indispensable anillo en una cadena de juicios, respecto a los cuales la *constitutio causae* se presenta como el resultado de un trabajo preparatorio de corrección y de rectificación. En la «narración» la contraposición *quaestio facti*/*quaestio iuris* –entendida en sentido fuerte– es reemplazada por la distinción entre dos categorías autónomas de hechos relacionales, que corresponden a la bipartición *narratio causae* (hechos constitutivos)/*narratio rerum ad causam pertinentium* (hechos probatorios). En el movimiento de opuestas hipótesis narrativas la formación de las cuestiones procede –en el contradictorio y con el control del juez– a través de una combinación de negaciones, excepciones y contestaciones. La preventiva definición del contexto argumentativo limita el área de conflicto: aquella permite excluir las pruebas irrelevantes» (Giuliani, 2017: 163).
45. Damaška, 2000: 9 y ss. También en cuanto a la relación modelo y principios procesales con las formas de gobierno y las ideologías véase: Taruffo, 2006: 249-271; íd., 2013: 23 y ss. Cavallone, 1991: 44 y ss.; 83 y ss. AAVV, 2005. Oteiza, 2004: 213-233. Berizonce, 2017: 470-515.
46. Giuliani, 2017: 143-144. Para una comprensión más profunda del fenómeno procesal y de las influencias culturales, véase la «Introducción» a la obra de Cappelletti, 1974: IX y ss. Cfr. también Cipriani, 2003; íd., 2007: 45-55.

realiza cuando se consolida no solo una nueva forma de gobierno, sino también –y sobre todo– un nuevo nivel de racionalidad y de moralidad»[47].

Además de la relación entre proceso y formas de gobierno (la evolución del proceso judicial se reconduce al «camino que recorren las naciones»), siguiendo las ideas de Vico, Montesquieu y Filangieri, considera que el paso de una forma a otra se realiza cuando se consolida un nuevo nivel de racionalidad y moralidad (relación entre proceso y lógica).

Así, por ejemplo, el modelo de prueba «retórico-judicial» no es estructuralmente diferente de la prueba lógica: ésta debe apuntar a la *convicción* y *no a la mera persuasión del juez*. Desde el siglo XVIII, la doctrina italiana advirtió que el proceso inquisitivo debía ser atacado en sus presupuestos lógicos, que se anidaba en el «modo de pensar» del jurista más que en las instituciones. De ahí que con la influencia de la retórica de Vico –en contraposición con la lógica cartesiana en boga (v.gr., en Francia)–, se produjera «la revalorización del carácter argumentativo, critico, justificativo del razonamiento judicial, lo cual permitió construir una lógica de la convicción del juez, que evitaba los efectos perversos de las dos alternativas: la aritmética de las pruebas o la versión irracional de la *intime conviction*»[48].

3. Proceso y praxis: orden isonómico y orden asimétrico

En tercer lugar, e íntimamente vinculado con lo recién expuesto, se halla la idea de la «visión unitaria de la retórica» que mantiene un nexo estrecho «no sólo con la filosofía, sino también con los otros capítulos de la argumentación: como la dialéctica (o tópica) y la sofistica. Un corolario es la afirmación del papel dominante del *ars inveniendi…*»[49].

En efecto, la retórica presupone una serie de relaciones e interferencias entre la lógica, la ética y las instituciones políticas en general. Empero, la retórica en su paso a la controversia, en el sentido contemporáneo, pone en evidencia la necesidad del «orden», porque en ausencia del mismo degeneraría en la erística (una mera cuestión de opinión). Por ello es que el procedimiento que se ofrece a través de la «controversia» es «la confianza en la existencia de técnicas de la razón práctica: la convicción auténtica –distinta de la mera persuasión– es ordenada por la vía lógica de la invención. El terreno del procedimiento judicial no es el de la demostración científica, ni es de la guerra: la búsqueda de una solución justa y razonable es una empresa que implica la

47. Giuliani, 2017: 147.
48. Giuliani, 2017: 148 y 151. A las enseñanzas de Vico se sumaron las de Genovesi, quien propuso el estudio de la lógica, entendida como el «arte de pensar, razonar y disputar», que debe partir del análisis de la naturaleza del hombre, y de sus facultades y operaciones. El arte de la disputa está relacionada para este pensador italiano con la retórica de la controversia judicial, donde se ofrece un tratamiento original de las falacias, así como de la prueba de los hechos del pasado, mediante el método historiográfico, para alcanzar la certeza moral, o máxima de probabilidad. El binomio Vico-Genovesi determinó, según Giuliani, las condiciones culturales que permitieron a la doctrina procesalista italiana (hacia fines del setecientos) el acceso a los problemas filosóficos y lógicos de la libre convicción del juez (Giuliani, 2017: 152).
49. Giuliani, 2017: 155.

cooperación –aunque involuntaria– de los participantes. Las técnicas de solución de la controversia presuponen el derecho: o sea, el acuerdo sobre las reglas, que resultan, sin embargo, relativas y controvertidas en el momento de la aplicación al hecho. En la duda que surge del enfrentamiento entre dos tesis, el contradictorio se presenta como el insustituible instrumento de información: las justificaciones apelan a los criterios de una lógica de la relevancia»[50].

Con el redescubrimiento de la dimensión «lógica» y «filosófica» de la retórica judicial, y su visión «unitaria», Giuliani infiere una serie de temas y problemas. Entre ellos pone en crisis la dicotomía entre el modelo probatorio basado en las íntimas convicciones del sentenciante y aquél según el cual el juez debe dictar sus fallos *con arreglo a lo alegado y probado en la causa* (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*[51]).

Siguiendo a Vico, entiende que dicha dicotomía refleja el perenne conflicto entre retórica y lógica (formal), o bien, en la terminología de Giuliani entre «orden isonómico» y «orden asimétrico»[52], donde el adjetivo –en este último supuesto– se refiere significativamente a un dato estructural del proceso (no funcional): la paridad entre las partes y, entre estas y el juez, o mejor aún, la paridad de los roles respectivos, rígidamente diferenciados y nunca superpuestos, y de la sujeción común a las reglas del proceso. Así como dato estructural a la definición de «orden asimétrico» (antitético) es su caracterización por la posición elevada del juez, libre para sustituir su propio juicio por el de ambas partes (como *advocatus partium generalis*, dijo Leibniz), sin tener que dar cuenta de ello a otros: el juez es libre y debe juzgar según su conciencia. En cambio, en el «orden isonómico», propio de la retórica judicial, presupone los valores lógicos y éticos que hoy son vinculados a la garantía fundamental del debido proceso[53].

En la distinción entre el «orden isonómico» y el «orden asimétrico» es posible reconocer –según Cavallone– los paradigmas del juez «pasivo» y del juez «activo», respectivamente, en relación a la problemática de la búsqueda de la «verdad»[54], a los cuales los teóricos alemanes y los padres fundadores de principios del siglo XIX del *Zivilprozessrecht* (derecho procesal civil) se han remontado varios siglos antes, a la luz de la literatura medieval, sobre los poderes cognitivos y la conciencia del juez. En el fondo, se afirma, se trata del «principio del dispositivo» y del «principio inquisitivo» que han continuado y siguen constituyendo, como para Gönner[55], solo dos formas diferentes de alcanzar la misma «verdad», mediante el uso de instrumentos funcionalmente similares

50. Giuliani, 2017: 155-156.
51. Picó I Junoy, 2007: 1497-1518; íd., 2006: 104-120; íd., 2012: 11-31.
52. Giuliani, 2017: 143.
53. Giuliani, 2017: 156.
54. Vid. Cavallone - Taruffo, 2012.
55. En la dogmática procesalista alemana, Nikolaus Taddäus Gönner diseña los principios generales del proceso y, especialmente, la llamada «*Verhandlungsmaximen*» o «máxima de debate», según la cual, corresponde a las partes determinar el alcance y contenido de la litis o controversia judicial. Surge así lo que se conoce con el nombre de «principio dispositivo» el que es enunciado por Gönner de la siguiente manera: «*Wo Kein Kláger ist da ist Kein Kläger*», o sea, «donde no hay actor no hay juez»; y añade que ello es una garantía inalterable

y en el contexto del mismo «orden»[56]. Sin embargo, como valora Damaška, para la construcción teórica de sus modelos, los datos comparativos se hallan «a la deriva», porque están descartados o empobrecidos por la creciente tendencia a uniformar las leyes de proceso (fruto de la actual globalización), aunque todavía siguen siendo indispensables para comprender la base y las huellas irreprimibles de diferentes culturas procesales. Por eso es que Giuliani utiliza datos extraídos de la historia del pensamiento jurídico, más que de las instituciones judiciales, para construir estos dos «órdenes» opuestos que, «en estado puro», ni siquiera pueden encontrar evidencia precisa en cualquier sistema procesal histórico o actual, pero cuyos elementos –presentes de manera diversa en cada uno de ellos– constituyen herramientas importantes para una mejor comprensión de la problemática actual del proceso judicial[57].

Más allá de estas disquisiciones, corresponde mencionar –sintéticamente– en qué consisten estos órdenes para Alessandro Giuliani; cuáles son los principios en que se inspiran. Ello así, por cuanto la lógica asimétrica y la lógica isonómica son las dos fórmulas con las que quiere expresar, brevemente, las dos estructuras sociales y jurídicas que caracterizaron nuestra historia, señalando los principios que justifican cada uno de estos órdenes o modelos; atribuyendo unos a la lógica de origen cartesiano y el otro al modelo que denomina –sintéticamente– como «argumentativo»[58].

De esta manera, la lógica asimétrica procura identificar un «axioma» incontrovertible, para luego sostener la primacía de la deducción y la certeza de conclusiones. Asimismo, afirma la supremacía de la racionalidad sobre la razonabilidad, la autonomía del sujeto que opera el juicio, la relación intersubjetiva como una relación de subordinación y la preeminencia de lo político. En cambio, la lógica isonómica postula el carácter refutable de las premisas, el uso de argumentos, la verosimilitud de las conclusiones, la supremacía de lo razonable sobre la racionalidad, la heteronomía de los sujetos que formulan los juicios, la relación intersubjetiva como igualdad (igual dignidad y condición de los sujetos involucrados en la relación) y la primacía de la ética[59].

En el pensamiento de Giuliani, como hemos apuntado antes, el problema político subyacente entre ambas concepciones siempre ha estado presente a través de las formas de gobierno. De hecho, tal problema se refiere a la cuestión de la *legitimidad* desde un punto de vista institucional, frente a la necesidad de brindar mejores explicaciones y respuestas a las nuevas relaciones sociales e institucionales, en momentos en que los sistemas jurídicos basados en la diversidad y en el pluralismo –junto con el surgimiento de autonomías– se enfrentan a los problemas o aporías de lo jurídico, tanto a nivel nacional como internacional (global), y, además, en circunstancias en las que la primacía del Estado decae; en un contexto en el que los derechos humanos aspiran a una tutela

del proceso «*ist eine unabanderliche bahrheit fur iede mogliche prozesordnung*» (Gönner, 1804, 3: 180; cfr. Silva Vallejo, 1989: 24-25).

56. Cavallone, 2012: 361-364.

57. Cavallone, 2012: 369. Cfr. Damaška, 2015.

58. Giuliani, 1986: 81.

59. Bixio, 2012: 318.

efectiva, fue necesario identificar una nueva lógica que tuviera en cuenta los cambios ocurridos[60]. Esta lógica, como hemos dicho, Giuliani la encuentra en lo que ya había jugado un papel principal en el pasado: la *lógica argumentativa*. Una lógica capaz de repensar la legitimidad política-institucional en relación con un sistema en el que una realidad poliárquica se afirma cada vez más[61].

Si en este nuevo mundo la legitimidad depende cada vez más del reconocimiento mutuo, si se debe demostrar más que inferir, entonces no hay duda de que debemos volver a colocar el argumento, o el instrumento típico de la lógica isonómica, como central. En el nuevo entorno social e institucional, nada puede darse por sentado. Debe demostrarse la verdad de los supuestos, así como la certeza de las conclusiones; deben abordarse a través de un complejo de procedimientos «dialécticos» que desde el punto de vista lógico terminan exaltando los procesos argumentativos. El consenso, el diálogo (la comunicación), nunca se dan totalmente. Son el resultado de procedimientos lógicos e institucionales muy articulados, no el efecto del desarrollo de un poder abrumador indiscutible, porque se funda en una verdad incontrovertible y legitimidad adquirida definitivamente[62].

Este poder, por lo tanto, siempre debe estar sujeto al escrutinio de la razón práctica; que para llevar a cabo su tarea, para juzgar la legitimidad del político, debe a su vez legitimarse como el portador operativo de la primacía de la ética sobre la política. Giuliani, colocando la primacía de la razón práctica y el argumento de hecho, termina invirtiendo la relación entre ética y política.

IV. APRECIACIÓN FINAL

El autor italiano nos presenta un conjunto de ideas para comprender la realidad práctica del proceso, en su inteligibilidad más honda, destacándose –en este sentido– su afán por indicar el carácter lógico-dialéctico de los roles (y funciones) que desempeñan los distintos sujetos procesales, en lo que hace a la forma en que se desenvuelve y termina el proceso (o debería hacerlo), pero no en sus aspectos abstractos, generales y formales (actos e instituciones procesales), sino más bien en su interioridad racional-argumentativa, y su interrelación con la ética (la cultura) y la política (la ideología), en lo que respecta a la naturaleza misma y fin del proceso.

Dicha perspectiva de análisis, que se aproxima a la concepción argumentativa del Derecho, ha pasado un tanto desapercibida por la doctrina procesalista contemporánea: en su mayoría enfocada más en los aspectos científicos-dogmáticos de las instituciones tradicionales del proceso civil, o en aspectos relativos a los avances tecnológicos-informáticos de los procedimientos, o a ciertos aspectos de los sistemas y principios

60. Bixio, 2012: 319.
61. Bixio, 2012: 320.
62. Bixio, 2012: 320.

procesales, más que en las cuestiones a la racionalidad intrínseca de esta forma de resolución de los conflictos.

Empero, la peculiaridad y originalidad del aporte propuesto por Giuliani consiste, precisamente, en la necesidad de prestar atención en la practicidad del derecho y su carácter racional o argumentativo, para que las instituciones procesales (y las formas en general) no pierdan de mira que las reglas y principios deben estar siempre dirigidas a la actividad o el obrar, el cual se da en un contexto y en circunstancias que implican un diálogo o, como él mismo sostiene, una controversia de naturaleza dialéctica, con consonancias ético-políticas.

Así pues, tanto el estudio como la regulación legal de las instituciones procesales suelen caracterizarse por una reglamentación formal-normativa (presupuestos y requisitos procesales, sanciones, etc.), con un –no desdeñable– refinado conceptualismo y lenguaje de las normas y principios, mas no reparan en la necesidad de plasmar –en su contexto integral– ese diálogo o discurso racional, caracterizado por la controversia antes expuesta, y, por ende, representado por la posibilidad concreta de refutación de posiciones, mediante la alegación de razones y contra-argumentos, de forma tal que posibilite una auténtica discusión, la persuasión y el consenso, o, en su caso, la verificación de las premisas expuestas en la etapa postulatoria, mediante la producción probatoria idónea y pertinente (relevante), y de este modo la adopción de una decisión justificada del juez en la verdad de los hechos comprobados en el proceso[63].

Ese panorama huérfano en gran medida –salvo algunas excepciones– en los proyectos de reformas del proceso civil, invita a cavilar si las síntesis enseñadas por el maestro Giuliani pueden hacernos reflexionar en la posibilidad de insertar algunas de sus enseñanzas, con un claro sentido de colaboración para la mejora de las prácticas judiciales y, en última instancia, para la adecuada y eficaz prestación del servicio de justicia.

Para ello deviene ineludible encarar el estudio –y propuesta– de una nueva forma de reglamentar la comunicación de las partes entre sí y con el pretor, de manera tal que las tesis y fundamentos tengan un lugar preponderante en la exigibilidad de los requisitos de admisibilidad, así como también en la posibilidad de una defensa acorde con ella, con amplias posibilidades de refutación, para que el contradictorio y la «controversia» tenga el ámbito suficiente de discusión o debate[64]. Y todo ello, unido a los principios de veracidad y sinceridad de las afirmaciones expuestas, con consecuencias claras frente a la falta de observancia de estos principios: la aplicación de multas, el reconocimiento de la pretensión procesal, etc., frente a conductas desleales, contraria a la buena fe, o abusivas del proceso, y con incentivos concretos y factibles para quien se funda en la

63. Vid. Calamandrei, 1962, III: 261-262.

64. «El proceso es una serie de actos que se cruzan y se corresponden como los movimientos de un juego: de preguntas y respuestas, de réplicas y contrarréplicas, de acciones que provocan reacciones, suscitadoras a su vez de contrarreacciones. En esto consiste principalmente la dialecticidad del proceso: que todo movimiento realizado por una parte abre a la parte contraria la posibilidad de realizar otro movimiento dirigido a contrarrestar los efectos del que lo precede y que, podríamos decir, lo contiene en potencia» (Calamandrei, 1962, III: 264).

verdad de sus reclamos. El proceso no puede ser más un «juego» o una «táctica» procesal, donde no campea la realidad de las cosas[65].

BIBLIOGRAFÍA

Abbagnano, N.: 1993, *Diccionario de filosofía*, México, FCE (2ª ed).

Alcalá-Zamora y Castillo: 2018 (1947), *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, UNAM.

Alcalá-Zamora y Castillo, N. y Levene, R (h.): 1945, *Derecho procesal penal*, Bs. As., Kraft.

Alexy, R.: 2007, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza - I. Espejo), Madrid, CEPC.

Alvarado Velloso, A.: 2009, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

Aristóteles: 1982, *Tratado de lógica* (trad. M. San Martin), Madrid, Gredos.

Atienza, M.: 2006, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel.

Atienza, M.: 2013, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta.

Atienza, M.: 2017, *Filosofía del Derecho y Transformación Social*, Madrid, Trotta.

Azaustre, A. - Casas, J.: 1997, *Manual de retórica española*, Barcelona, Ariel.

Berizonce, R. O., 2017: «Ideologías y proceso», *REDP*, v. 18, n. 2, Río de Janeiro.

Berti, E.: 2008, *Las razones de Aristóteles* (trad. H. A. Gianneschi - M. Monteverdi), Bs. As., Oinos.

Bixio, A.: 2012, «Retorica e Dialettica nell'opera di Alessandro Giuliani», en Cerrone, F. y Repetto, G., *Alessandro Giuliani: 'L'esperienza giuridica fra lógica ed etica*, Milano, Giuffrè Editore.

Bobbio, N.: 1991, *El problema del positivismo jurídico* (trad. E. Garzón Valdés), México, Fontamara.

Bobbio, N.: 1968, *Derecho y lógica* (trad. A. Rossi), Centro de Estudios Filosóficos, México, UNAM.

Brunschwig, J.: 1999, *Introducción y notas a los Tópicos de Aristóteles* (trad. J. H. Evans Civit), Bs. As., Ciudad Argentina.

Bülow, O. von: 1964, *La teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales* (tr. M. A. Rosas Lichtschein), Bs. As., Ejea.

Cavallone, B. – Taruffo, M.: 2012, *Verifobia. Un diálogo sobre prueba y verdad*, Lima, Palestra.

Calamandrei, P.: 1962, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. S. Sentís Melendo), Bs. As., Ediar.

Calamandrei, P.: 2019: *Opere Giuridiche. Problemi generali del diritto e del proceso*, Roma, Roma Tre-press.

Cappelletti, M.: 1974, *Proceso, ideologías, sociedad* (trad. S. Sentís Melendo - T. A. Banzhaf), Bs. As., Ejea.

Cappelletti, M.: 2006: *El proceso civil en el derecho comparado*, Lima, Ara (trad. S. Sentís Melendo).

65. Calamandrei, 1962, III: 259-294.

Carnelutti, F.: 1944, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo y S. Sentís Melendo), Bs. As., Uthea.

Carnelutti, F.: 1956, *Instituciones del Proceso Civil* (trad. S. Sentís Melendo), Bs. As., Ejea.

Carnelutti, F.: 1952, *Estudios de derecho procesal* (trad. S. Sentís Melendo), Bs. As., Ejea.

Cavallone, B.: 1991, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padua.

Cavallone, B.: 2005, en AAVV, *Le prove nel proceso civile*, Atti del XXV Convegno Nazionale, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, Milano, Giuffré.

Cavallone, B.: 2012: «Alessandro Giuliani processualista», en Cerrone, F. y Repetto, G., *Alessandro Giuliani: 'L'esperienza giuridica fra lógica ed etica*, Milano, Giuffré.

Cerrone, F.: 2012, «Premessa», en Cerrone, F. - Repetto, G.: 2012, *Alessandro Giuliani: 'L'esperienza giuridica fra lógica ed etica*, Milano, Giuffré.

Cervati, A. A.: 2001, «Giuliani, Alessandro», *Dizionario Biografico degli Italiani*, v. 56.

Comesaña, M.: 1994, «La teoría de la verdad en Habermas», en Diánoia, 40, v. XL, UNAM y FCE, México.

Chiovenda, G.: 1922, *Principios de derecho procesal civil* (trad. J. Casais y Santaló), Madrid, Reus.

Chiovenda, G.: 1948: *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. E. Gómez Orbaneja), Madrid, Revista de Derecho Privado.

Chiovenda, G.: 1949: *Ensayos de derecho procesal civil* (trad. S. Sentís Melendo), Ejea, Bs. As.

Chraraudeau, P. - Maingueneau, D.: 2005, «Dialéctica», en *Diccionario de análisis del discurso* (trad. I. Agoff), Bs. As., Amorrortu.

Cipriani, F.: 2003, *Batallas por la justicia civil. Ensayos* (trad. E. Ariano Deho), Lima, Cultural Cuzco.

Cipriani, F.: «El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)» (trad. E. Ariano Deho), *Ius et praxis*, año 13, n. 2, 45-55.

Couture, E. J.: 1958, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Bs. As., Depalma.

Damaška, M. R.: 2000, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal* (trad. A. Morales Vidal), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Damaška, M. R.: 2015, *El derecho probatorio a la deriva* (trad. J. Pico i Junoy), Madrid, Marcial-Pons.

Dworkin, R.: 1986, *Law's Empire*, London, Fontana Books.

Falcón, E. M.: 2018, *Tratado de Derecho Procesal. Parte general*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni.

Fassò, G.: 1982, *Historia de la filosofía del derecho* (trad. J. F. Lorca Navarrete), Madrid, Pirámide.

Fazzalari, E.: 1966, voz «Processo (teoria generale)», en *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, VTET, t. XIII.

Fazzalari, E.: 1987, voz «Procedimento e processo (teoria generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, t. XXXV.

Fazzalari, E.: 1996, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, Cedam.

Ferrajoli, L.: 1995, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés), Madrid, Trotta.

Ferrajoli, L.: 2012, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», en AAVV, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial-Pons.

García Amado, J. A.: 2010, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Gentile, A.: 2013, «Il diritto come discorso», en *Trattato di Diritto Privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milán, Giuffrè.

Ghirardi, O. A.: 1983, *Lecciones de Lógica del Derecho*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.

Gianformaggio, L.: 1999, «La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica», Doxa, n. 14, 159-167.

Gianformaggio, L.: 2018, *Filosofia del Diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli.

Giuliani, A.: 1954, *Contributi ad una nuova teoría pura del diritto*, Milano.

Giuliani, A.: 1957, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano.

Giuliani, A.: 1961 (1971), *Il concetto di prova: contributo alla lógica giuridica*, Milano, Giuffrè.

Giuliani, A.: 1966, *La controversia. Contributo alla lógica giuridica*, Pavia, Università di Pavia.

Giuliani, A.: 1966, «La logique juridique comme théorie de la controverse», *APD*, 87-113.

Giuliani, A.: 1970, «La 'nuova retorica' e la logica del linguaggio normativo», *RIFD*, 374 y ss.

Giuliani, A.: 1972, «Il campo dell'argomentazione: su di un recente volume di Chaïm Perelman», *RIFD*, 100 y ss.

Giuliani, A.: 1972, «The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition», *Philosophy & Rhetoric*, v. 5, n. 3, Summer.

Giuliani, A.: 1975, voz «Logica giuridica», en *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffré, t. XXV.

Giuliani, A.: 1988, voz «Prova in generale», en *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, t. XXXVII.

Giuliani, A.: 1979, en la presentación de la traducción italiana de Crifó de la obra de Chaim Perelman, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, Giuffré.

Giuliani, A.: 1986, «Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del proceso», *Sociologia del diritto*, 81-90.

Giuliani, A.: 1999, «Le disposizioni sulla legge in generale», en *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, Utet, t. I.

Giuliani, A.: 1999-2000, «La filosofía retórico de Vico y la nueva retórica» (trad. J. M. Sevilla), *Cuadernos sobre Vico*, *11-12*, 33-46.

Giuliani, A.: 2017, «Prueba y convicción: perfiles lógicos e históricos» (trad. R. Feijoo), *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, v. 7, n. 1, Lima, 139-170.

Gozaíni, O. A.: 2009, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bs. As., La Ley.

Gozaíni, O. A.: 2016, *Garantías, principios y reglas del proceso civil*, Bs. As., Eudeba.

Grajales, A. A. - Negri, N. J.: 2014, *Argumentación jurídica*, Bs. As., Astrea.

Grajales, A. A. - Negri, N. J.: 2018, *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*, Madrid, Marcial-Pons.

Grossi, P.: 2012, en Cerrone, F. - Repetto, G., *Alessandro Giuliani: 'L'esperienza giuridica fra lógica ed etica*, Milano, Giuffrè Editore.

Guasp, J.: 1948, *Comentario a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, Aguilar, 2ª ed., t. I.

Ihering, R. von, *El fin en el Derecho* (trad. L. Rodríguez), Madrid, Rodríguez Serra editor, s/f.

Kalinowski, G.: 1973, *Introducción a la lógica jurídica* (trad. J. A. Casaubón), Bs. As., Eudeba.

MacCormick, N.: 2016, *Retórica y Estado de Derecho. Una teoría del razonamiento jurídico* (trad. J. A. Gascón Salvador), Lima, Palestra.

Lascano, D: 1946, «Jurisdicción y proceso», en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, Bs. As., Ediar.

Maier, J. B. J.: 1996, *Derecho procesal penal*, Bs. As., 2ª ed., Editores del Puerto.

Marinoni, L. G. - Pérez Ragone, Á. - Núñez Ojeda, R.: 2010, *Fundamentos del proceso civil*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot.

Montero Aroca, J.: 2001, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (los poderes del juez y la oralidad)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Morello, Augusto M.: 2001, *La eficacia del proceso*, Bs. As., Hammurabi.

Murphy, J. J.: 1989, *Sinopsis histórica de la retórica clásica* (trad. A. R. Bocanegra), Madrid, Gredos.

Oteiza, E. (coord.): 2018, *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Madrid, Marcial Pons.

Oteiza, E. (coord.): 2004, «El juez ante la tensión entre libertad e igualdad», en Revista de Derecho Procesal, número extraordinario, homenaje a R. Podetti, Santa Fe, 213-233.

Palacio, L. E.: 2017, *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., 4ª ed., actual. C. E. Camps, Abeledo Perrot.

Perelman, Ch.: 1988, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. L. Díez-Picazo), Madrid, Civitas.

Perelman, Ch.: 1973, *El razonamiento jurídico* (trad. H. Petzold-Pernía), Centro de Estudios de Filosofía del Derecho, Maracaibo.

Perelman, Ch.: 1997, *El imperio retórico. Retórica y argumentación* (trad. A. L. Gómez Giraldo), Bogotá, Norma.

Perelman, Ch. - Olbrechts-Tyteca, L.: 1989, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (trad. J. Sevilla Muñoz), Madrid, Gredos.

Picó I Junoy, J.: 2006, *El juez y la prueba*, Barcelona, Bosch.

Picó I Junoy, J.: 2007, «Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana», en Rivista di Diritto Processuale, n. 6, 1497-1518.

Picó I Junoy, J.: 2012, «El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado», en Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, v. VI, n. 1, enero-junio, Maracaibo, 11-31.

Podetti, R. J.: 1973, *Derecho procesal civil, comercial y laboral. Tratado de la competencia*, Bs. As., Ediar (2ª ed.).

Racionero, Q.: 1990, «Introducción», en Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Gredos.

Raz, J.: 1979, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press.

Reale, G. y Antiseri, D.: 1988, *Historia del pensamiento filosófico y científico* (trad. J. A. Iglesias), Barcelona, Herder.

Redenti, E.: 1939, *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*, Milano, 2ª ed., Giuffré.

Redenti, E.: 1957: *Derecho Procesal Civil* (trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín), Bs. As., Ejea.

Satta, S.: 1971, *Derecho Procesal Civil. Soliloquios y coloquios de un jurista* (trad. S. Sentís Melendo), Bs. As., Ejea.

Repetto, G.: 2012, «Per un'ermeneutica della rilevanza. La teoria dell'argomentazione di Alessandro Giuliani e il suo contributo alla studio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», en Cerrone, F. y Repetto, G., *Alessandro Giuliani: 'L'esperienza giuridica fra lógica ed etica*, Milano, Giufré Editore.

Sentís Melendo, S.: 1959: *Teoría y práctica del proceso*, Bs. As., Ediar.

Taruffo, M.: 2002, *La prueba de los hechos* (trad. J. Beltrán Ferrer), Madrid, Trotta.

Taruffo, M.: 2006a, *La motivación de la sentencia civil* (trad. L. Córdova Vianello), México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Taruffo, M.: 2006b, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* (trad. B. H. Quintero de Prieto), Bogotá, Temis.

Taruffo, M.: 2008, *La prueba* (trad. L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán), Madrid, Marcial Pons.

Taruffo, M.: 2009, *Páginas sobre justicia civil* (trad. M. Aramburo Calle), Madrid, Marcial Pons.

Taruffo, M.: 2013, «Ideologías y teorías de la justicia civil» (trad. D. M. Ramírez Carvajal), en *Proceso judicial y cultura. Una mirada global*, Medellín, Universidad de Medellín, FUTC.

Vallet de Goytisolo, J. B.: 1976, «La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico», en Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 206-207.

Vélez Mariconde, A.: 1981, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Lerner (3ª ed.).

Velluzi, V.: 2017, *Discorsi su Il diritto come discorso*, Pisa, Edizioni ETS.

Vico, G.: 2004, *Obras II. Retórica* (trad. F. J. Navarro Gómez), Madrid, Anthropos.

Vigo, R. L.: 2010, «Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional», *La Ley*, 2010-A-1165.

Vigo, R. L.: 2015, *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

Wróblewski, J.: 1985, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (trad. A. Azurza), Madrid, Civitas.

Zagrebelsky, G.: 2011 (1995), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. M. Gascón Abellán), Madrid, Trotta.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Objetividad de los deberes y razones para la acción. Notas desde el externalismo*

Objectivity of Duties and Reasons for Action. Notes from Externalism

Sebastián Figueroa Rubio

Autor:
Sebastián Figueroa Rubio
Universidad Adolfo Ibáñez, Chile
sebastian.figueroa@uai.cl
https://orcid.org/0000-0001-8181-4812

Recibido: 28-6-2020
Aceptado: 13-9-2020

Citar como:
Figueroa Rubio, Sebastián, (2021). Objetividad de los deberes y razones para la acción. Notas desde el externalismo Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 521-541. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.21

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Sebastián Figueroa Rubio

Resumen

En el trabajo se explora cómo un externalismo respecto de razones para la acción contribuye a comprender la relación entre agentes y normas. Para ello, primero se presenta la distinción entre externalismo e internalismo; segundo, se revisan las dificultades del internalismo para explicar la objetividad de los deberes y; finalmente, se defiende al externalismo de la crítica según la cual no puede dar cuenta del principio «debe implica puede».

Palabras clave: normas; deberes; externalismo; razones para la acción; debe implica puede.

Abstract

This article explores how externalism about reasons for action contributes to understanding the relations between agents and norms. In order to do this, firstly, the distinction between internalism and externalism is presented; secondly, some flaws of internalism regarding the objectivity of duties are analysed; lastly, externalism is defended from the criticism according to which the principle «ought implies can» cannot be explained.

Keywords: norms; duties; externalism; reasons for action; ought implies can

* El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Fondecyt Nº11180421 y también ha contado con el apoyo del Proyecto Redes para la Investigación 2019 de la Universidad Adolfo Ibáñez. El autor agradece a quienes discutieron algunas de las ideas que forman parte de este texto en Barcelona, Génova, Madrid, Mar del Plata, Valparaiso y en el seminario online Relaciones Jurídicas y Actitudes Normativas. Además quisiera agradecer los comentarios de Ricardo Caracciolo, Pablo Navarro, Pedro Parot y Andrej Kristan.

En las últimas décadas un conjunto de tesis sobre la relación entre la *existencia* de normas y su relación con la agencia se han vuelto dominantes. En el ámbito de la acción se ha adoptado lo que se denomina una concepción *humeana* que considera que las razones de una acción se constituyen a partir de los deseos (y su relación con creencias) que causan el comportamiento[1]. En el ámbito de las normas se considera que estas *son* razones para la acción con ciertos rasgos particulares. Esto ha significado concentrarse en lo que sucede en el razonamiento de los agentes para caracterizar los conceptos prácticos y, con ello, replantearse el significado de ciertos principios como aquel expresado por la máxima «debe implica puede» o la idea misma de la normatividad del derecho que comienza a definirse como la capacidad de este (o de las autoridades jurídicas) para generar razones en los destinatarios de las normas[2].

Considerando este contexto, en este trabajo pretendo revisar algunas ideas que se encuentran alrededor de la tesis según la cual las normas (y los deberes que se siguen de ellas) se pueden entender como razones para la acción. En particular me centraré en la forma en que un externalismo respecto de razones nos permite mostrar ciertas características propias de la relación entre agentes y deberes y, con ello, presentar algunos problemas propios de algunas tesis habitualmente presupuestas en la literatura.

Para llevar a cabo lo pretendido, tomaré como punto de partida un artículo de Ricardo Caracciolo publicado en el número 31 de esta revista y titulado *Un dilema en torno a la naturaleza de las normas*. En dicho trabajo, el autor revisa de manera aguda cómo se relacionan las piezas presentes en los debates sobre la materia, presentando una tensión que parece irresoluble. Está tensión se daría entre la idea de que los deberes propios de normas de requerimiento (i.e. aquellas que exigen actuar o abstenerse de actuar de ciertas maneras) no dependen de los deseos de sus destinatarios para ser tales (lo que Caracciolo identifica como su objetividad) y aquella según la cual las normas tienen por finalidad guiar la conducta, la cual en última instancia depende de la existencia de deseos. Para dicho autor está tensión genera un verdadero dilema cuyos elementos paso a explicar a continuación.

1. UN DILEMA

Caracciolo introduce la discusión considerando cinco ideas que usualmente aceptamos (y pueden entenderse como obviedades) sobre acciones y normas que se vinculan finalmente con que, de alguna forma, las últimas *determinan* a las primeras. Precisamente serían estas ideas las que generarían un dilema al ser revisadas con cierto detalle.

Las cinco ideas u obviedades son las siguientes.

1. Tengo presente entre lo que denomino propuestas *humeanas* también aquellas que se denominan como *neo-humeanas* y *sub-humeanas*, cuyos supuestos compartidos se explicitarán más adelante.
2. Entre los textos que han marcado este camino pueden reconocerse Davidson, 1963; Williams, 1979; Raz, 1990; Schauer, 1993; Smith, 1994.

(a.) Cuando estamos ante normas, algunos comportamientos se vuelven no elegibles. Esto no quiere decir que las normas determinan causalmente el actuar de las personas, por el contrario, la existencia de un deber supone, en principio, que aquello requerido puede tanto ser realizado como no serlo. Se trata de una idea normativa, no fáctica, que, a su vez, debe ser comprendida en un sentido fuerte que el autor distingue de un sentido puramente instrumental. Más específicamente, para el autor el «deber de hacer p» tiene que entenderse como la exigencia de «realizar p con prescindencia de los objetivos o propósitos que [el agente] procura alcanzar» (Caracciolo, 2008: 93).

(b.) El principio «debe implica puede». Para el autor este se traduce en una exigencia conceptual según la cual «no existe el deber de realizar una cierta conducta p, a menos que p *pueda,* de hecho, ser realizada» (Caracciolo, 2008: 94). La manera en que Caracciolo entiende esto refiere a la posibilidad de actuar conforme a deber en circunstancias específicas, no solo con la posibilidad general de poder llevar a cabo lo exigido en el mundo físico entendido de forma abstracta.

(c.) Entender a las normas como razones para la acción. Esto se traduce en que la existencia de «un deber de realizar p implica –de acuerdo con esa propuesta– que existe una razón para realizar p» (Caracciolo, 2008: 96). De este modo, solo se puede demostrar la existencia de una norma cuando estamos ante la presencia de una razón para realizar aquello requerido por la norma. Estas razones se sostendrían, a su vez, sobre la validez o fuerza obligatoria de las normas[3].

En este punto quisiera hacer un breve desvío considerando que precisamente sobre estos conceptos prestaré especial atención. Para aceptar la relación entre normas y razonamiento práctico no es necesario decir que las normas *son* razones en un sentido de definirlas como tales, como propone, por ejemplo, Joseph Raz (1990) al presentar su propuesta en oposición a entender a las normas como prácticas. Para lo que se discute en este texto basta con considerar que las normas están relacionadas con el comportamiento de las personas en, al menos, en el sentido de que guian la conducta de sus destinatarios. Esto nos compromete con una forma de entender la relación entre razonamiento práctico y normas: para que una norma guíe la conducta de una persona, aquella norma (o el deber que se identifica a partir de ella) debe jugar algún rol en su deliberación[4].

Es posible identificar tres formas en que una persona cumple con lo requerido por una norma: generándose una mera coincidencia entre lo exigido y lo realizado, lo que muchas veces se denomina como actuar en conformidad con la norma; realizándose lo exigido teniendo en cuenta la norma, pero realizándolo por razones diversas a la norma (e.g. por miedo a un castigo o para conseguir algún fin personal); y realizando lo exigido

3. Si bien en este trabajo presumo que las normas pueden ser válidas, no presumo ningún criterio para determinar dicha validez (e.g. su contenido, la creación de ella por parte de una autoridad, su derivación por medio del ejercicio de la razón).

4. Sobre diversos modelos en que se puede ver esta relación *vid.* Gur, 2018. Como muestra Juan Carlos Bayón (1991: cap. 2) se presentan importantes diferencias al reflexionar sobre el razonamiento práctico de un agente antes y después de realizada una acción. Si bien no se trata en detalle esta distinción, tendrá cierta relevancia en la sección 4. de este trabajo.

por la norma precisamente porque la norma lo solicita. En el primer caso, el agente no considera la existencia de una norma para actuar de determinada manera, mientras que en los otros dos la presencia de una norma es relevante dentro de su razonamiento práctico, pues directa o indirectamente guía su conducta. De todas formas, el tercero juega un rol central para la idea de norma, pues si nadie cumpliera nunca normas por el hecho de ser ellas normas (i.e. por su validez o fuerza obligatoria), no tendría sentido pensar en ellas como guías de conducta[5]. Negar el tercer tipo de casos es una forma de presentar el denominado escepticismo ante las normas.

(d.) La existencia de normas se considera como algo *objetivo*. Esto quiere decir que la *existencia* de una norma es independiente de «los estados mentales de los agentes que forman la clase de los destinatarios» (Caracciolo, 2008: 96). De esta obviedad se sigue que la idea de deber tiene un carácter objetivo, sea que el deber se identifique con la norma, sea que se entienda derivado de esta.

Hay que tener en cuenta que esta idea de objetividad no hace referencia a la cómo se determina, o descubre el contenido del deber o de los juicios acerca de si algo es o no debido. No es necesario leerla como una visión ética o meta-ética de la objetividad, sino que basta con entenderla como una afirmación acerca de qué implica la presencia de un deber cuando este ya ha sido identificado como tal.

(e.) Ninguna acción concreta puede realizarse sin una motivación. Para Caracciolo la presencia del motivo define a la agencia humana, siendo la motivación una condición necesaria para la realización de acciones concretas. Siguiendo a la tradición *humeana,* el autor entenderá a las motivaciones como estados psicológicos empíricos y nos dirá que estarían constituidas por una conjunción de deseos y creencias[6]. Para Caracciolo, la motivación permite distinguir entre lo que un agente hace y lo que le sucede.

Luego de mostrar las cinco obviedades, el autor presenta el dilema a partir del siguiente argumento que, según su interpretación, se seguiría de ellas:

> Supóngase, ahora, que la siguiente formulación representa una norma:
> N = «Todos los individuos de la clase A deben realizar una acción que pertenezca a la clase P en cualquier tiempo incluido en el intervalo T».
> Parece que hay que admitir, a partir de N, que el deber de un cierto individuo «a» de realizar una acción *token* p, que pertenezca a la acción *type* P, y en cierto tiempo t incluido en T, resulta de su inclusión en la clase A. Entonces, de acuerdo a las proposiciones presentadas arriba, se puede reconstruir el argumento que:
> (1) Si «a» debe hacer p en t, entonces «a» tiene una razón para hacer p en t.
> (2) Si «a» tiene una razón para hacer p en t, entonces puede hacer p en t.
> (3) Si «a» puede hacer p en t, entonces tiene en t una motivación para hacer p en t.

5. Hay otros elementos a tener en consideración que no están explicitados en el párrafo que hacen más complejo el escenario, pero que no son relevantes para lo dicho en estas páginas, en especial aquella distinción entre las normas como razones perentorias y las razones subyacentes que permiten interpretar lo expresado en la articulación lingüística de la norma e identificar lo que es exigido (*vid.* Schauer, 1993).
6. Sobre este punto *vid*. Davidson, 1963; Smith, 1994 y una revisión crítica en Bratman, 1985; Dancy, 2000; Nagel, 1970: part. II.

(4) Si «a» tiene en t una motivación para hacer p en t, entonces tiene en t un deseo de hacer p en t.
De lo que se sigue:
(5) Si «a» debe hacer p en t, entonces tiene en t un deseo de hacer p en t.1 (Caracciolo, 2008: 98).

Según Caracciolo, la suma de las premisas del argumento nos conduce al siguiente dilema: «o bien las normas (y los deberes constituidos por las normas) no son objetivos, o bien la idea de "norma" no implica la posibilidad de cumplimiento» (Caracciolo, 2008: 98). Esto sería así porque «las proposiciones (1) a (5) implican que, si «a» *no tiene* el deseo de hacer p en t, entonces *no tiene* el deber de hacer p en t. Está conclusión sería "manifiestamente incompatible con la postulada objetividad de las normas (…) No obstante, se presenta como una consecuencia directa del denominado principio «debe implica puede» (Caracciolo, 2008: 98)[7]. Cómo puede observarse, el dilema se genera a partir de la forma en que se comprende la relación entre acciones y normas, relación mediada por los conceptos de razón y motivación. Precisamente esto permite enfrentar la tensión desde la discusión entre externalistas e internalistas respecto de razones para la acción, cuestión en la que se centra este trabajo.

Antes de pasar a revisar dicha discusión vale la pena decir algo sobre su relación con el dilema presentado. En el análisis que sigue pretendo negar la conclusión «si "a" *no tiene* el deseo de hacer p en t, entonces *no tiene* el deber de hacer p en t», manteniendo la plausibilidad de la objetividad de los deberes. Aunque se podría decir que el punto crítico del razonamiento presentado por Caracciolo se puede ver en (3), este no será mi foco directo de atención[8]. En este punto, cómo se verá, mi desacuerdo con la propuesta de Caracciolo surge a partir de la forma *humeana* en que se presentan las premisas (3) y (4), por medio de las cuales se afirma que la existencia de una motivación es condición necesaria para poder realizar una acción y que la existencia de un deseo es condición necesaria de dicha motivación. De todas formas, para argumentar a favor de la objetividad de los deberes me centraré en las premisas (1) y (2) del razonamiento. Esto se debe a que la relación entre dichas premisas permite entender en qué consiste dicha objetividad cuando se leen los deberes desde la óptica de las razones para la acción. A su vez, en contra de lo señalado por Caracciolo, creo que la defensa de la objetividad de los deberes permite mantener el principio «debe implica puede»[9]. Algo se dirá sobre esto último, aunque no me detendré exhaustivamente en cómo se debe entender este principio.

7. Un dilema similar es presentado en el contexto de la meta-ética por Michael Smith (*vid.* Smith, 1994: 7, 10).
8. Otros análisis del texto de Caracciolo en Fatauros, C., 2010:, Lariguet, 2011; Navarro, 2016.
9. Más específicamente, (1) hace una clara referencia a la objetividad de los deberes, los cuales, al vincularse con su destinatario, pueden interpretarse diciendo que este «tiene una razón (para hacer en t)». Por su parte, (2) incorpora la idea de «poder hacer (p en t)», lo cual, al conectarse con «tener una razón» se interpreta como manifestación del principio debe implica puede. Esto es consecuencia del razonamiento hipotético que conforman (1) y (2), del cual se sigue que «Si "a" debe hacer p en t, entonces puede hacer p en t».

2. EXTERNALISMO E INTERNALISMO

La discusión entre externalistas e internalistas se sostiene sobre la distinción entre razones normativas y razones motivantes. Las primeras son aquellas que se aducen a favor o en contra de una acción, mientras que las últimas son aquellas que hacen la diferencia al momento de actuar y permiten explicar por qué se realizó una acción específica. Más que distintos tipos de razones, puede decirse que se trata de diversos usos que se dan a las razones: en el primer caso suelen utilizarse para justificarlas, en el segundo para explicarlas[10].

Las razones normativas respaldan aquello para lo cual son razones, pudiendo formar parte de la justificación de una acción. Se presentan como consideraciones a favor o en contra (o buenas o malas, si se prefiere) de actuar de determinada forma. Puede haber mejores o peores razones normativas que se apliquen a una misma acción, así como puede haber conflictos entre ellas y unas pueden superar a otras. Esto se vincula, a su vez, con que pueden ser tomadas o dejadas por el agente que actuará, el cual también, puede no tener consciencia de ellas al deliberar y al actuar (e.g. por falta de conocimiento de las circunstancias en que se encuentra).

> Si pensamos en las normas jurídicas como razones, estás pueden verse como razones normativas cuya *bondad* se define por su validez, sirviendo para justificar una acción conforme a ellas. Esto no quiere decir que las normas sean la mejor razón aplicable a un caso, ni que no puedan ser superadas, ni que sus destinatarios siempre las sigan, ni siquiera que siempre las conozcan, solamente que la presencia de una norma válida cuenta como una consideración en favor de realizar un curso de acción en determinadas circunstancias. Esta es una forma plausible de entender (1), en especial en el contexto jurídico.

Teniendo en cuenta esta distinción, cabe señalar que la diferencia entre internalistas y externalistas se encuentra en la manera en que se comprende la relación entre razones normativas y la motivación de los agentes. No es una discusión acerca de razones motivantes. Más específicamente es una discusión acerca de cómo entender que alguien tiene una razón para actuar, reflexionando acerca de las condiciones en que tiene sentido dicha atribución a una persona. Bernard Williams, en su artículo *Razones internas y externas* señala precisamente que se trata de dar sentido a expresiones como «A tiene una razón para hacer p» o «existe una razón para que A realice p»[11]. En este contexto, quienes defienden el internalismo señalan que cada razón para actuar, para ser tal, debe tener una relación con hechos motivacionales del agente, los cuales, desde la clásica propuesta de Williams, se entienden constituidas por un conjunto

10. Sobre la distinción *vid.int.al.* Álvarez, 2010: 32-39; Bayón, 1991: 43-44; Dancy, 2000: cap. 1; Raz, 2009; Redondo, 1991; Smith, 1994: 94-98.
11. *Vid.* Williams, 1979: 131. La pregunta sobre el sentido de estas oraciones debe distinguirse de la pregunta acerca de la fuente de dichas razones (*vid*. Setiya, 2012: 3).

motivacional subjetivo del mismo (S)[12]. Caracciolo interpreta esta propuesta en los siguientes términos:

> INTERNALISMO: «para cualquier agente A, A tiene una razón R para realizar p solo si p promueve o satisface un deseo, o disposición o cualquier otro estado mental actual de A, con capacidad de conducirlo a la acción.» (Caracciolo, 2008: 99).

Quien defiende un externalismo, por su parte, entiende que es posible separar el elemento justificativo del motivacional de las razones para la acción, negando el carácter necesario de la condición expuesta para identificar una consideración como razón normativa[13]. De esto se sigue que estamos ante una razón externa para realizar *p* aún cuando no hay un deseo en el conjunto (S) del agente que pueda llevarlo a realizar *p* al tener conciencia de dicha razón[14]. Parafraseando a Parfit, paraquien defiende el externalismo hay algunas razones normativas que no son internas, en el sentido de que no satisfacen la condición expresada.

Por último, cabe señalar que internalistas y externalistas están de acuerdo en que las razones motivantes sí deben motivar al agente para ser identificadas como tales, pues es lo que las define. A su vez, un externalista no niega que una razón externa debe devenir en motivante para ser la razón por la que se actúa efectivamente.

Volviendo a la forma en que Caracciolo trata el dilema, el autor nos dice que tener en cuenta la distinción entre externalistas e internalistas no ayuda a resolverlo. Esto sería así porque asumir un internalismo implica renunciar a (1), ya que un deber (objetivo) no tiene por qué estar vinculado necesariamente al conjunto (S) del destinatario, tal

12. Se han desarrollado lecturas alternativas de la propuesta de Williams, así como diversos tipos de internalismo. Para un panorama *vid.int.al*. Finaly, 2009; Finlay & Schroeder, 2017; Paakkunainen, 2018; Setiya, 2012; Brunero, 2017.
13. Derek Parfit, interpretando a Williams (1979) propone que un internalista en cuanto a razones defiende la siguiente tesis:
«Todas las razones normativas son internas en el siguiente sentido: para que sea verdad que
(R) tenemos una razón para hacer algo
debe ser cierto que
(D) hacer eso podría ayudar a cumplir uno de nuestros deseos intrínsecos presentes
o bien que
(M) si conociéramos los hechos relevantes, y deliberáramos racionalmente, estaríamos motivados a hacer eso» (Parfit, 1997: 29).
A su vez, el autor señala que para los externalistas «hay al menos algunas razones para actuar que no son internas, ya que no requieren la verdad de (M)» (Parfit, 1997: 29).
14. Hay que tener presente que si bien se hace referencia a deseos para caracterizar los elementos del conjunto (S) actual de una persona, esto es por simplificación. En sus textos, Bernard Williams incluye en el conjunto (S) todo tipo de actitudes favorables (o pro-actitudes), así como patrones de reacción a estímulos, disposiciones e inclinaciones de diverso tipo sean conscientes o inconscientes (*vid*. Williams, 1979: 135-136; 1989: 35-37: Bayón, 1991: 60-74; McDowell, 1995: 69). De todas maneras, a pesar de su amplitud, este conjunto tiene límites. En primer lugar, se trata del conjunto de elementos de la psicología de un individuo específico, no de uno ideal y, por otra parte, debe diferenciarse de elementos puramente deliberativos o cuya aprehensión tiene que ver con el ejercicio de facultades no desiderativas. Sobre esto, Scanlon ha llamado la atención en este contexto la noción de *pro-actitud* no puede simplemente significar «ser una consideración que cuenta a favor de», pues toda razón puede leerse de esa forma (*vid*. Scanlon, 1998: 50-64).

como se señala en (d). A su vez, el externalismo negaría (2), «porque la existencia de una razón no implica que la correspondiente acción pueda ser realizada» (Caracciolo, 2008: 99). Según Caracciolo, al no hacer depender la existencia de una razón para la acción de la motivación del agente, quienes defienden el externalismo aceptarían que ciertas razones normativas que se aplican al agente pueden no ser realizadas. Esto sería consecuencia de (e) según el autor, agregando que esto «es lo que sostienen algunos teóricos que, precisamente, tienen que negar, o al menos poner en duda, el principio o máxima "debe implica puede"» (Caracciolo, 2008: 99)[15]. Entonces, si se defiende un internalismo, debemos renunciar a (1), mientras que si se defiende el externalismo debemos renunciar a (2). En cualquier caso, se quiebra el razonamiento ya sea negando la objetividad de los deberes o la posibilidad de configurar el principio «debe implica puede». A continuación, quisiera revisar ambas afirmaciones.

3. RAZONES NORMATIVAS Y RAZONAMIENTO PRÁCTICO

Si consideramos la renuncia del internalismo a (1) acusada por Caracciolo, cabe preguntarse cómo debe entenderse dentro del marco internalista que un agente tenga una razón normativa para la acción, pues es perfectamente posible pensar en razones que respalden una acción y que estén fuera de aquello que motiva al agente porque van en contra de sus deseos actuales. Las normas pueden entenderse como este tipo de razones, pues en muchas ocasiones requieren realizar acciones (e.g. pagar impuestos, cumplir con el servicio militar) que van contra los deseos que podemos identificar actualmente en nosotros. Así, bajo la definición de razón dada en la tesis internalista dad por Caracciolo, estas normas no serían razones para la acción en esas circunstancias, definiendo de forma muy estrecha la idea de razón normativa.

Cabe agregar que, una lectura así no permitiría la incorporación de nueva información sobre razones que podemos comprender que son buenas, pero que no provienen de nuestros deseos actuales. Muchas veces accedemos a razones por medio de acceder a nueva información, así como resultado de una deliberación, pero esto no bastaría para decir que se configuran razones normativas para el agente. En este punto la respuesta del internalista supone una negación radical de la objetividad de las razones, pero parece seguirse de la idea de que tener un deseo es condición necesaria para tener una razón, cuestión que se construye a partir de las premisas (4), (3) y (2). Una tesis internalista así leída es muy restrictiva al momento de determinar qué es una acción para actuar.

Los defensores del internalismo han tenido en cuenta este problema presentando alternativas. Así, una segunda versión de la tesis internalista se encuentra precisamente en la propuesta de Williams, quien da herramientas para ampliar el conjunto (S). La alternativa consiste en afirmar que el conjunto motivacional (S) del agente se conforma

15. A esta idea subyace una teoría general de las razones para la acción. Esta se puede enunciar de la siguiente forma: «si es que hay una razón para A para hacer p, entonces A debe contar con un deseo que será satisfecho al hacer p, deseo que es la fuente de la razón» (*vid*. Finlay & Schroeder, 2017).

no solo por los deseo que actualmente tiene, sino que además por todos aquellos elementos psicológicos que, luego de una buena deliberación [*sound deliberation*], influyen en aquello que puede motivar al agente a hacer algo[16]. Dicha deliberación tiene como base los elementos existentes en el conjunto (S), pero permite reflexionar en torno a ellos y, con ello, ampliar aquello que puede llegar a ser considerado una razón para actuar.

Considerando este argumento, la condición presentada por la tesis internalista para identificar una razón normativa cambia. En palabra de Jonathan Dancy, está condición dice que «algo puede ser una buena razón para mí solo si se relaciona con aquello que yo desearía si deliberara racionalmente y tuviera conocimiento de todos los hechos relevantes, a partir de la situación en que me encuentro ahora» (Dancy, 2000: 16)[17]. En consecuencia, la tesis puede presentarse de la siguiente forma

> INTERNALISMO 2: A tiene una razón para realizar p solamente si, conociendo todos los hechos relevantes y deliberando racionalmente, A se motivaría a realizar p.

Esta propuesta tiene la ventaja de que el conjunto (S) puede ser ampliado e incluso modificado por medio de la reflexión de múltiples formas. A su vez, el constreñimiento internalista se mantiene al señalar que el punto de partida es el conjunto (S) actual del agente que delibera, así como que finalmente es el agente quién debe integrar dicha razón para ser tal[18].

Aún ante este conjunto más amplio, sigue teniendo sentido la pregunta de cómo se vinculan posibles nuevas razones que se puedan presentar (e.g. una orden que se nos da, una norma que se publica por una autoridad, un deber moral identificado por un agente luego de una nueva experiencia[19]) al conjunto motivacional del agente, cuando este no es sensible a esa razón o cuando dicha razón es opuesta a los elementos que forman parte de dicho conjunto y, por ende, este no puede presentarse como punto de partida para la deliberación[20]. Debido a su origen *humeano,* para la propuesta internalista las

16. *Vid.* Williams, 1989: 35; 1995: 185. En la última formulación presentada por el autor se expresa: «A tiene una razón para Φ sólo si hay un buen camino deliberativo desde el conjunto de motivaciones subjetivas de A (que yo denomino "S", como en el artículo original) hasta la realización de Φ por A» (Williams, 2001: 91 -traducción propia). A su vez, según Paakkunainen, su propuesta en general se podría caracterizar así: «p es una razón normativa para que A realice Φ sólo si A tiene alguna motivación contingente en su actual conjunto de motivaciones subjetivas, S, que podría llevarle a realizar Φ porque p *vía* una buena y amplia deliberación instrumental» (Paakkunainen, 2018: 149. Traducción propia). Sobre este punto *vid.* Redondo, 1996: 60-65; Smith, 1994: 151-177.
17. Traducción propia. Para más detalles *vid.* Dancy, 2000: 15-17; cap. 2; Scanlon, 1998: 364-367.
18. *Vid*. Williams, 2001: 92-97.
19. Este punto es especialmente relevante si consideramos que en los sistemas jurídicos muchas veces se crean normas que ordenan realizar acciones que antes estaban prohibidas o que no estaban reguladas. En el primer caso, puede darse la situación en que la prohibición de realizar p este relacionada con los elementos del conjunto (S) de A, pero que su prescripción no lo esté. Si, por ejemplo, por un cambio legislativo, p pasa de estar prohibido a ser obligatorio, para el internalismo la primera norma es una razón para la acción, pero no la segunda. Por otra parte, puede darse el caso de que la regulación de algo por primera vez no tenga ningún vinculo con (S) y, por ende, no se constituya el deber como razón según internalistas.
20. Los argumentos presentados en los siguientes párrafos se desarrollan a partir de Finlay, 2009; McDowell, 1995; Wallace, 1999.

razones que puede tener un agente son detonadas por aquellos elementos presentes en su conjunto (S) concreto. En este punto, el externalismo defiende la idea de que una razón puede ser normativa (y, a su vez, derivar en motivante) aun cuando no encuentre sus raíces en el conjunto (S) actual de un agente.

Ahondando en las raíces *humeanas* de las propuestas internalistas, R. Jay Wallace señala que se trata de propuestas insatisfactorias en un sentido más amplio que el antes expuesto, pues si consideramos que la deliberación lo que hace es identificar y detonar causalmente disposiciones con que ya contamos como parte de nuestro conjunto (S)[21], no se podría rastrear el origen de la motivación en nuestra deliberación, si no que en un conjunto de disposiciones que están fuera de nuestro control, apareciendo la deliberación solo como un mecanismo que permite identificar dichas disposiciones, pero que no tiene poder para transformarlas[22].

Esto tiene problemas ulteriores, pues puede darse el caso que razones que, al deliberar consideramos que son las que debemos tomar, si no se vinculan a nuestro conjunto (S) nunca pasarán a ser parte de nuestras razones para la acción, según la propuesta internalista 2. Esto nos llevaría a pensar que en ocasiones es imposible motivarse por las razones correctas, a pesar de que las conozcamos y aceptemos que son las correctas, por no darse el vínculo causal necesario entre los elementos de (S) y el ejercicio de la razón o al fallar el mecanismo en que se sustenta dicho vínculo. Ante esta imposibilidad de vincular la razón con el conjunto (S), quien defiende el internalismo negaría que ello fuera una razón para la acción para ese agente[23].

Esta cuestión se relaciona con otro supuesto *humeano* que se encuentra arraigado en la mayoría de las propuestas internalistas. Este supuesto tiene que ver con la forma en que se configura el razonamiento práctico en general. Para mostrar el punto, es útil referir a la comparación entre una concepción *humeana* y una *platonista* presentada por Gary Watson en su texto *Free Agency*[24]. La diferencia que resalta el autor entre las dos concepciones es el rol que juegan lo racional y los deseos (tradicionalmente tratados como apetitos o pasiones, la parte desiderativa del alma) en la determinación de la acción. Las perspectivas *huemanas* se suelen basarse en algunos pasajes del *Tratado sobre la naturaleza humana* en donde Hume expresa que «la sola razón no puede nunca producir una acción o dar origen a la volición, (…) [siendo] tan incapaz de impedir la volición como de disputarle la preferencia a una pasión o emoción» (Hume, 1739: 560), lo que se complementa con que «la razón es, y sólo debe ser, esclava de las pasiones, y no puede pretender otro oficio que el de servirlas y obedecerlas» (Hume, 1739: 560). Así, dentro de las perspectivas *humeanas* la razón no es fuente de motivación, sino más bien una facultad para determinar qué es verdadero y qué es falso, pudiendo tener un

21. La relación es causal es parte del supuesto *humeano* (*vid.int.al.* Radcliffe, 2018: cap. 1; Williams, 1979: 134).
22. Vid. Broome, 2013: cap. 13-14; McDowell, 1995: 78
23. Sobre este punto *vid.* Scanlon, 1998: 364-372.
24. *Vid.* Watson, 1975. El modelo *humeano* suele compararse con el kantiano en el contexto de estas discusiones (*vid.* Audi, 2006: part. I; Wallace, 1990).

rol importante en la deliberación de un agente, pero nunca determinándolo a actuar. En este modelo, la razón puede servir para establecer la mejor forma de satisfacer los deseos que el agente ya tiene, pero en última medida, lo que es propio de ella no pasa a formar parte de (S)[25].

En contraste, para una concepción *platonista* la parte racional del alma es en sí misma fuente de motivación. En este esquema, una cosa es pensar que algo es bueno o digno de ser promovido y otra distinta es desear que se lleve a cabo. Lo primero está vinculado con lo que la razón determina como valioso, lo segundo con lo que deseamos y los deseos no determinan en sí mismos que algo es valioso o bueno. Juzgar que algo es bueno o malo es tarea de la razón y, desde esta lectura, determinar que algo es valioso es, a la vez, estar motivado a hacer lo posible por alcanzarlo, lo cual no niega la posibilidad de que otras consideraciones o elementos de nuestra psicología generen una motivación más fuerte y finalmente se actúe por ellos[26]. Así, la razón se presenta como fuente independiente de deseos, pues estos surgirían con independencia del sistema (S) actual del individuo que comienza una deliberación[27].

Lo que muestra el contraste es que la concepción *humeana* determina los límites del internalismo que estamos revisando, pues ancla la motivación en el conjunto de deseos (que configuran el conjunto (S)) que un agente tiene y a partir de los cuales la deliberación hace su trabajo como calculadora de la mejor forma de actuar en términos de satisfacer dichos deseos. Por ello, como señala Wallace, desde esta perspectiva si el agente no cuenta en (S) con las disposiciones necesarias, nunca se podrá motivar con las razones normativas relevantes que pueda identificar, de lo que se sigue que, para el internalista, esas razones no serían razones para ese agente.

Una opción que se abre para el internalista, y que podría considerarse como una tercera lectura de la propuesta, es afirmar que (S) no se constituye a partir de la psicología actual de un agente, sino que de forma contra-fáctica. En este sentido, podemos construir un agente ideal que cuente con las capacidades racionales y disposiciones necesarias para motivarse por las razones normativas correctas. En esta tercera versión afirma lo siguiente

25. *Vid.int.al.* Radcliffe, 2018: cap 2.
26. Cabe recordar que la lectura externalista no niega que las razones externas puedan motivar (y, de hecho, deben hacerlo para ser leídas como razones motivantes que explican *por* qué alguien actúo), el punto acá es que la razón puede ser fuente de dicha motivación, con independencia del conjunto (S) del agente, lo cual parece estar vedado a un internalista. Como señala John McDowell una consecuencia del internalismo de Williams es que «las razones éticas solo son razones para quienes son razones internas: solo para aquellos que cuentan con las motivaciones a las que las consideraciones éticas hablan, o a las que pueden hacer hablar» (Mcdowell, 1995: 68; traducción propia).
Creo que la aclaración es necesaria porque el truismo (e), así como la relación entre las premisas (3) y (4) del dilema se pueden seguir afirmando, siempre y cuando se entiendan que hacen referencia a razones motivantes. Sobre esto se volverá más adelante.
27. Cabe señalar que no es la única forma de presentar la cuestión. Precisamente la propuesta de Watson surge como una crítica a la de Harry Frankfurt y Michael Bratman ha desarrollado una visión alternativa (*vid*. Frankfurt, 1971; Bratman, 2004). A su vez, un modelo que desarrolla en líneas similares a Watson la relación entre deseos y razones se encuentra en Scanlon, 1998: 33-77.

INTERNALISMO 3: A tiene una razón para realizar p solamente si un agente ideal en condiciones ideales se motivaría a realizar p por A.

Si bien esta lectura evita el problema visto anteriormente, pues permite quitar el anclaje que las propuestas criticadas tienen en las características de agentes concretos, su consecuencia es que se ve fuertemente afectado el constreñimiento internalista para identificar razones normativas, haciéndose prácticamente irreconocible. Esto es así, debido a que toda razón normativa puede interpretarse como *pudiendo* motivar al agente en el sentido requerido. Aquello convierte a la tesis en algo trivial, pues un agente ideal debería tener la disposición de verse motivado por las razones normativas que se le aplican, cuestión que no se niega desde el externalismo[28]. De hecho, asumir que esta es la forma que debe tener el internalismo, conlleva a identificar a la tesis externalista como afirmando que «si R es una razón externa de A para hacer p, entonces A no tiene ni siquiera una disposición de estar motivado a realizar p por medio de creer R» (Finlay, 2009: 8). Esto es así porque, como se señaló más arriba, quien defiende el externalismo propone que hay razones normativas que no son internas en los términos expresados por el internalista. En esta tercera versión del internalismo, lo anterior no representa una alternativa plausible y, en definitiva, un externalista no lo defendería, pues, como se ha señalado, un externalista no niega la posibilidad de que toda razón cumpla un rol motivante[29].

Otra consecuencia de estas propuestas es que difícilmente se puede defender una lectura plausible del principio «debe implica puede» ya que una persona real que no cuenta con el conjunto (S) adecuado nunca podrá cumplir con lo requerido por las (normas entendidas como) razones que se aplican a ella[30]. De este modo, si se desea mantener el internalismo, en esos casos habría que afirmar que esas normas válidas no generan deberes para esas personas en esos momentos determinados, pero que sí los generan para aquellas que cuentan con un conjunto (S) que contiene elementos que les permiten verse motivados por dicho deber. Dicha diferenciación parece ser arbitraria al decir que los deberes solo cuentan como tales para quienes se sienten inclinados a seguirlos. Ahora, si se quiere evitar estas consecuencias, debe afirmarse que existe una disposición universal a motivarse por razones normativas, volviéndose a la trivialidad acusada. En contra de modelos de inspiración *humeana* puede decirse que la imagen

28. Otro problema se da incluso cuando aceptamos esto, pues una teoría así tiene dificultades para explicar casos como los de *akrasia* o apatía, en los cuales se realizan intencionalmente acciones que el agente sabe que tiene buenas razones para no hacer o no se realiza intencionalmente acciones para las cuales hay buenas razones (*vid*. Wallace, 1999: 48-58). Según Wallace, el problema surge porque según esta versión de la propuesta, quien se comporta así nunca contó con las capacidades para actuar racionalmente, pero al parecer estos casos suponen que si. Para este autor lo anterior implica negar una cuestión muy importante: que los requisitos de la razón práctica aplican incluso en los casos en que son violados.
29. *Vid*. Finlay & Schroeder, 2017: 1.1.2; Finlay (2009: 3-8). Williams (2001) rechaza esta alternativa explícitamente.
30. Como señalé, creo que en la interpretación dada por Caracciolo esto se sigue de que entiene dicho principio a partir de lo señalado en las premisas (3) y (4).

que tenemos de nosotros como agentes racionales supone la idea de poder identificar razones a pesar de todos nuestros deseos y, luego, actuar conforme a ellas[31].

Recogiendo lo dicho, si volvemos al sentido de (1), cabría decir que es una idea razonable no hacer depender el deber de la motivación de los agentes, y entender la idea de *razón* en clave externalista, como señala Caracciolo. El concepto de deber supone que las personas pueden no estar motivadas a realizar una acción, pero de todas formas es válida la exigencia de que lo hagan (*viz.* tienen el *deber* de hacerla pues se trata de una exigencia válida) y, con ello, decir que existe una razón para A de realizar p. Si solo debemos realizar aquello que nos motiva o que de alguna manera se puede anclar en nuestras motivaciones, el concepto de deber se ve desfigurado[32].

En consecuencia, si se quiere entender que existe una relación entre deber y razón (una lo suficientemente débil para que baste decir que la identificación de un deber de realizar –u omitir– p, supone la presencia de una consideración a favor de realizar –u omitir– p), se debe comprender sin asumir su vinculación con la motivación de los agentes. Si aun así en este contexto podemos entender a esos deberes como razones normativas, el punto es suficiente para dar razón a la lectura externalista. Por otra parte, creo que la idea de Caracciolo de que asumir un externalismo supone negar (2), es discutible. A esta cuestión se dedican las siguientes páginas.

4. TENER RAZONES Y PODER ACTUAR CONFORME A DEBER

He señalado que se puede enfrentar la interpretación que hace Caracciolo de (1) y de (2) para comprender la relación entre razones, agentes y normas. Hasta el momento he argumentado a favor de la idea de Caracciolo de que un internalista tiene problemas para identificar deberes como razones para la acción. En estas líneas quisiera argumentar, en contra de la interpretación del autor, que es posible entender la expresión

31. En este punto es difícil evitar recordar las palabras de Immanuel Kant: «un ser racional posee la capacidad de obrar según la representación de las leyes o con arreglo a principios del obrar, esto es, posee una *voluntad*» (Kant, 1785: 111). Esto, a su vez, se complementa con que «la voluntad es una capacidad de elegir solo aquello que la razón reconoce independientemente de la inclinación como prácticamente necesario, o sea, como bueno» (Kant, 1785: 112).

32. Si bien no es el tema de este trabajo, sospecho que para evitar esta conclusión hay que abrazar una de dos teorías que son polémicas. La primera supone decir que todo deber derivado de una norma válida es motivante por definición y que aquellas consideraciones que son incapaces de motivar a un agente simplemente no son deberes. De esto se puede seguir la idea de que la determinación de la objetividad valorativa de un deber se identifica a través de aquello que motiva a las personas, lo que puede entrar en conflicto con la denominada ley de Hume. La segunda supone decir que, si bien las normas pueden no motivarnos en cuanto tales, siempre hay una razón interna para seguir normas válidas, aunque no sea el deber mismo (e.g. el temor al castigo). Los sistemas normativos, para ser tales, deben generar dichas razones. Esta última teoría niega la idea central del rol que juegan las normas en el razonamiento práctico vista al comienzo de este trabajo al revisar la idea u obviedad c),.
Para un detallado análisis acerca de los efectos de la distinción entre externalistas e internalistas para la determinación de teorías morales *vid.* Bayón, 1991: 131-149; 203-240; Mele, 2003: cap. 5. Estos autores utilizan la distinción para dar cuenta de la conformación de la moralidad, cuestión que no se discute acá.

«razón» en (2) desde una visión externalista. Esto quiere decir que tiene sentido afirmar que, si A tiene una razón externa para hacer p en t, entonces puede hacer p en t. Para ello presentaré dos argumentos. Según el primero, para que se configure realmente el dilema propuesto, se debe entender la noción de *poder* vinculada a las razones de una manera específica, manera que no es necesario aceptar. El segundo argumento supone incorporar la distinción entre *actuar* por una razón y *tener* una razón con el fin de entender las formas en que puede interpretarse (2) y, con ello, ver su relación con las proposiciones (3) y (4).

En primer lugar, quisiera traer a colación la forma en que Caracciolo entiende el problema que se presenta para el externalista. Para este autor, quienes defienden el externalismo deben negar (2) porque, según estos, de tener una razón normativa no se sigue que se pueda hacer lo que dicha razón promueve. Aquello redundaría en la negación del principio «debe implica puede».

El principio «debe implica puede» se deriva lógicamente de la afirmación de las proposiciones (1) y (2), tal como aparecen en el razonamiento. Esto en principio no es problemático, pero requiere una comprensión común de la noción de razón. Por ello en este punto cabe preguntarse por qué Caracciolo asevera que es necesario para el externalismo negar (2), y sospecho que la explicación más convincente de esto es que el dilema tiene sentido cuando se supone como correcto un internalismo de razones. Esta aceptación de un internalismo aparece de manifiesto en que para admitir la existencia del dilema hay que estar en disposición de derivar la conclusión (5) y, para llegar a dicha conclusión, debe asumirse que tener un deseo de hacer p en t es condición necesaria de tener una razón para hacer p en t (lo que se sigue de aseverar (2), (3) y (4)). En la sección anterior se argumentó en contra de esta condición para identificar razones normativas, considerando, además, que las normas (y/o los deberes que se derivan de ellas) son razones normativas.

De todas maneras, dicha lectura externalista todavía no dice nada a favor de cómo entender que una razón externa *puede* ser realizada en los términos exigidos por (2). Surge la necesidad de presentar una lectura de la idea de que «una persona puede hacer p en t» que no acuda a la noción de motivación y deseo que guían a la conclusión presentada en (5). Más aún, es fácil pensar que un externalismo nos puede llevar a afirmar que tenemos razones normativas para hacer cosas imposibles. Por ejemplo, podemos decir que tenemos razones normativas para salvar a la gente que muere de hambre en África, así como razones normativas para tener una conversación con nuestros abuelos muertos, pero puede ser imposible hacerlo. Esta imposibilidad puede darse porque lo exigido por la razón es físicamente imposible o por la dificultad que supone realizar lo exigido, de tal forma que no es posible formarse un plan para cumplir con aquello para lo cual la razón es una consideración en favor o en contra. El reto para el externalismo está abierto.

De todas formas, lo anterior no niega la posibilidad de decir que las razones que son imposibles de realizar no son buenas razones, o que pierde sentido predicar bondad o maldad de ellas. Si bien no es mi interés en este trabajo determinar qué es una buena

razón, creo que la posibilidad de discriminar entre razones en el plano normativo se aplica especialmente en el contexto de las normas y ello puede darnos pistas para entender cómo debe entenderse la premisa (2). Concretamente, creo que habría que considerar que, si bien las normas o deberes son razones externas, se trata de un tipo especial de razones externas. Una de sus características especiales es que están limitadas por el principio «debe implica puede»[33]. Quisiera sumar un par de consideraciones sobre qué supone esto.

La relación entre una norma y una persona puede ser leída tanto antes como después de que se realiza la acción relevante y esto puede conllevar interpretaciones distintas (o a mostrar las dos caras) del principio «debe implica puede» en los diversos contextos[34]. Antes de realizada la acción el principio se aplicaría con independencia de la motivación del agente y querría decir que aquello que es imposible realizar, no puede ser mandado. Respecto de esto, cabría decir que no se trata de que sea imposible, de hecho, ordenar a las personas a hacer cosas que no pueden hacer, sino que es pragmáticamente absurdo, toda vez que no se puede guiar la conducta de otros y, además, el cumplimiento o incumplimiento de lo requerido no puede leerse como obediencia o desobediencia. En estos términos, la noción de deber pierde sentido, con independencia de las motivaciones del destinatario. Pensar lo opuesto supone deformar la idea de deber y de norma de requerimiento.

Ahora, si consideramos la perspectiva de la norma después de ocurrida la acción relevante, podemos ver que las normas sirven para evaluar dichos comportamientos. Por ello, en este contexto se utiliza la expresión «debe» de otra forma a la considerada en (1): ya no refiriéndose al deber (e.g no matar), sino que a las condiciones bajo las cuales parece excusable el comportamiento tales como situaciones de estado de necesidad exculpante o caso fortuito. En estos casos, sin negar que hay un deber, se excusa a la persona porque en las circunstancias *no podía* actuar en conformidad con él. Además, las discusiones sobre excusas suelen distinguirse de las vinculadas a antijuridicidad precisamente porque lo que está en juego no es la justificación de la conducta. Este último es el ámbito de las razones normativas, pues precisamente funcionan como consideraciones que justifican un curso de acción[35]. Creo que esta forma de leer el principio es compatible con defender un externalismo de razones, en cuanto no es necesario negar que la persona que actúa en estado de necesidad exculpante u otra circunstancia está incumpliendo un deber.

Para concluir, quisiera incorporar una distinción invocada por Pablo Navarro en un comentario al mismo artículo de Caracciolo que se ha citado estas páginas y que

33. Este principio presenta múltiples complejidades y se pueden aducir buenas razones en su contra (*vid.int. al.* Domeniconi, 2019; Fischer, 2013; Luque & Torza, 2018; Vranas, 2007), hacerse cargo de ello es objeto de otro trabajo. Por el momento, creo que basta para negar la conclusión de Caracciolo con, por una parte, asumirlo como verdadero y, por otra, dar razones a su favor que sean independientes de las señaladas por el autor para constituir el dilema.
34. Un intento en esta línea sigue Fatauros, 2010, pero asumiendo un internalismo de razones.
35. Una lectura del principio debe implica puede siguiendo esta línea en Dahl, 1984.

me parece está presente en lo hasta acá dicho. Se trata de la distinción entre *tener* una razón y *actuar por* una razón[36]. Según esta distinción, una acción puede ser entendido a partir de muchas razones (que se tienen), a pesar de que haya criterios para definir que solo una de ellas es la razón por la que efectivamente se actuó.

Para Navarro, una consecuencia de esta distinción es la doble interpretación que permite la premisa (3) del argumento presentado por Caracciolo:

(3') Si *a* puede hacer p, entonces *está motivado* a hacer p.
(3") Si *a* puede hacer p, entonces *tiene un motivo* para a hacer p.

Navarro observa, correctamente a mi entender, que no hay razón para abrazar (3') –como parece hacerlo Caracciolo–, pues una persona puede tener razones para actuar que no le motiven a actuar. Por el contrario, (3") «nos dice únicamente que existe una razón para actuar; pero esa afirmación no abre juicio alguno sobre los deseos de los agentes ni sobre la objetividad de los deberes» (Navarro, 2016: 128).

Sobre el último punto de la cita, quisiera agregar que si bien (3") no refiere a la objetividad de los deberes, la distinción entre tener una razón y actuar por una razón sí puede hacer referencia a ello cuando la llevamos al ámbito de discusión entre internalistas y externalistas. Al tener una razón, esta sigue siendo válida en el contexto de la acción, aunque no sea la razón que efectivamente fue la que motivó al agente e incluso aunque no se vincule con su conjunto (S)[37].

Me parece que la aplicación de la distinción en (3) resulta menos convincente que su aplicación en (2). Esto es así porque en un sentido relevante (3´) y (3´´) dicen lo mismo: que si alguien actúa lo hace por un motivo, el cual, al agregarse la premisa (4) se vincula en un deseo como condición necesaria. Pero la distinción propuesta muestra que puede haber diversas interpretaciones acerca de cuáles de los posibles motivos es el que efectivamente determinó la existencia de la acción. De todas maneras, me parece que la distinción entre tener una razón y actuar por una razón, puede ayudar a iluminar lo dicho respecto de (2).

36. Navarro, 2016. Sobre las consecuencias de esta distinción que Navarro recoge de Georg von Wright, *vid*. Bayón, 1991: 53-55, 133-136.

37. Este punto es interesante, además, porque varias personas pueden tener *una misma* razón, lo cual se vincula con el carácter universal de los juicios sobre razones (i.e. una persona que identifica que tiene una razón en determinada situación, puede pensar que cualquier otra persona en su situación la tendría. *vid*. Scanlon, 1998: 73, 371). Se podría pensar que de la interpretación externalista de esto se sigue que puede haber razones normativas que son completamente independientes del conjunto (S) de cualquier agente (*vid*. Bayón, 1991: 138-139, 146-147), pero esto no es necesariamente así, pues es algo que el externalismo no niega, pero que tampoco afirma. Como señalan Finlay & Schroeder (2017) «los externalistas no requieren negar que las razones comúnmente estan conectadas con hechos sobre la motivación, pero pueden atribuir estas conexiones a los deseos o disposiciones que tienen algunos agentes y de los cuales otros carecen» [traducción propia], estrategia que sigue Scanlon (1998: 57). Además, un externalista no necesita defender una concepción sustancial de la racionalidad (*vid*. Scanlon, 1998: 22-33) ni una concepción de la existencia de razones que suponga que estás existen con independencia de los individuos (e.g. contractualistas y constructivistas no requieren de ello).

En primer lugar, si en (2) consideramos que alguien *actuó por* una razón, la conexión entre razón y acción supone que es posible realizar la acción. Esto es así porque, de hecho, se ha realizado o se está realizando. Interpretada de esta forma, (2) tiene sentido en cuanto se entiende como una explicación de lo que una persona hizo.

Así, considerando la idea de Caracciolo de que al hablar de razones para la acción se habla de las acciones por las que efectivamente alguien actúo, lo que realmente querría decir (2) es lo siguiente:

(2') Si «a» *actúa por* una razón X para hacer p en t, entonces puede hacer p en t.

En este sentido, (2') no es algo problemático, pero en este caso la razón es motivante, no normativa, por lo que no está en juego el principio «debe implica puede» (que se aplica a los deberes entendidos como razones normativas), ni es una cuestión que se ponga en duda por externalistas.

En contraste, si asumimos que (2) hace referencia a *tener una razón*, puede leerse así:

(2") Si «a» *tiene una* razón para hacer p en t, entonces es posible para «a» realizar p en t.

En este caso, la razón puede tanto ser como no ser motivante, pues puede ser tomada como dejada por el agente y, según una visión externalista, puede o no tener una vinculación especial con el conjunto (S) del agente. Con esta lectura de (2) queda intacta la idea de que se puede realizar una misma acción por diversos motivos, sin dejar de ser aplicables las razones (que se tienen). Si se considera lo dicho respecto del principio «debe implica puede», el agente *tiene* una razón antes de que ocurra la acción, en el caso del deber la restricción es que lo que se exige sea algo que pueda ser cumplido (sin considerar las motivaciones del agente), lo cual cambia cuando evaluamos posteriormente lo realizado por el mismo, pues pueden entrar en consideración circunstancias que excusan al agente (donde muchas veces es relevante la razón por la que actúo), pero que no niegan la existencia del deber (razón que se *tenía* al momento de actuar), como se señaló.

Vale la pena interpretar (2) de la forma propuesta en (2") porque es consistente con la idea de la objetividad del deber y, con ello, es posible leer a (1) y a (2) como refiriendo a razones externas. Creo que con dicha posibilidad es suficiente defender una interpretación del principio «debe implica puede» en que los deberes se entiendan como razones externas. Además, como señalé al comienzo de este texto, el momento clave del argumento de Caracciolo se encuentra en (3). Teniendo en cuenta la distinción, en (3) se deja de hablar de tener una razón y se pasa a hablar de actuar por una razón (estando en consonancia con (2')), por lo que debe leerse como (3´). En contraste, si se interpreta (2) a partir de tener una razón (i.e. como (2")), esta razón puede ser externa, pero la posibilidad de realización vinculada con dicha razón (que es, a su vez, un deber) no se define a partir de la motivación concreta de sus destinatarios. En (3), por el contrario, a partir de (e), la posibilidad se define por actuar por una razón, la cual plausiblemente puede entenderse como motivante. En este punto, uno podría decir que al utilizar la expresión «motivación» en (3) y no «razón» (como hace en (1) y (2)), se produce un cambio que no permite la transición, pues la «posibilidad de hacer» en ambos casos

significa distintas cosas: en un caso tiene que ver con la posibilidad fáctica de haber sido motivado y en el otro con la forma en que acá se ha interpretado el principio «debe implica puede», compatible con un externalismo de razones.

5. CONSIDERACIONES FINALES

En el ensayo a partir del cual surge lo explorado en estas páginas, Ricardo Caracciolo expresa:

> Es por supuesto obvio que la necesidad de optar por una de las concepciones, reproduce el problema: el «internalismo» conserva la posibilidad de la acción, y el externalismo, la objetividad del deber. Por consiguiente, el dilema no queda erradicado mediante el recurso de precisar el concepto de «razón para la acción» (Caracciolo, 2008: 99).

En estas páginas he procurado mostrar que es posible llegar a la conclusión opuesta. Con un externalismo sobre razones para actuar se sigue conservando la posibilidad de la acción (aunque no necesariamente siempre la de la acción conforme a deber), pues el externalista no niega que cada acción sea realizada con base en una razón motivante. A ello se suma la idea de que los deberes, cuando se presentan como razones, son un tipo especial de razón normativa sensible a los constreñimientos vinculados al principio «debe implica puede». Hay razones normativas que no motivan a un agente específico, así como hay razones normativas que pueden ser imposibles de realizar, en este contexto, los deberes se presentan como razones normativas que no motivan necesariamente, pero que si deben poder llevarse a cabo (i.e. aquello que aconsejan hacer). Esto permite ver en qué sentido las normas guían la conducta, más allá del contenido del conjunto (S) del agente. De esta forma, una lectura externalista de (2) permite mantener la transición entre (1) y (2) sin renunciar al principio «debe implica puede».

Como he argumentado, la expresión «puede» en (2) tiene que ver con los constreñimientos que se hacen a los deberes en cuanto razones normativas, mientras que en (3) es dependiente de la motivación de los agentes. Que ambas cosas signifiquen lo mismo solo se sigue de la defensa de un internalismo, pero he dado razones para interpretar (2) en clave externalista, manteniendo su relación con (1) y, con ello, distinguiéndolo de (3).

El debate entre externalistas e internalistas se centra en las razones normativas y el tipo de vinculación que hay entre estas y las motivaciones del agente. Al externalista le basta con que se puedan identificar razones que respalden una forma de actuar con independencia de las motivaciones que pueda tener el agente, razones que incluso el agente puede identificar y fallar en actuar conforme a ellas. Si se entiende que el tipo de razón al que se está refiriendo Caracciolo en (2) son razones motivantes (i.e. razones que explican porque alguien de hecho actúo de cierta forma), entonces (2) no sería negado por el externalista, mientras que (1) sigue siendo negado por el internalista.

La intuición en que se sostiene lo acá dicho es que cualquiera estaría dispuesto a aceptar lo que aparece en las premisas (1) y (4), pero no sucede lo mismo con (2) y (3),

al menos bajo algunas de sus interpretaciones. De esta forma, se puede decir que lo acá dicho está a favor de defender la objetividad del deber, pero esto no implica negar el principio «debe implica puede», como parece suponer el dilema. Lo que ocurre es que si afirmamos (2"), como acá se defiende, al pasar a (3) el razonamiento se corta, pues este debe ser entendido como (3').

En consecuencia, el problema presentado por Caracciolo de que «las proposiciones (1) a (5) implican: que, si "a" *no tiene* el deseo de hacer p en t, entonces *no tiene* el deber de hacer p en t», solo se da bajo ciertos supuestos teóricos. Aquí he revisado críticamente algunos de ellos y he presentado alternativas para evitar la relación entre las premisas del argumento que llevan a esa conclusión. Estas alternativas nos permiten decir que, si «a» *no tiene* el deseo de hacer p en t, entonces *puede tener como no tener* el deber de hacer p en t. Esto se seguiría de considerar la lectura externalista, así como incorporar la distinción entre tener una razón y actuar por una razón, con lo que se puede entender que la idea de razón que se utiliza en (1) (y que está presente en la idea de «debe hacer» en (5)) no se puede identificar con la de motivación expresada en (4) (y que está presente en la idea de «deseo» en (5)).

La alternativa a las lecturas *humeanas* y/o internalistas acá defendida permite dar cuenta de mejor manera en qué sentido podemos decir que las normas jurídicas generan razones para la acción especialmente cuando tenemos presente que el derecho se configura como un sistema normativo heterónomo para la mayoría, si no para todos, los destinatarios de las normas. Más aún, creo que permite tener una mayor conciencia de lo que significa identificar un deber y, con ello, profundizar en las tensiones existentes entre ciertas tesis ampliamente defendidas dentro de nuestra tradición, tal como Ricardo Caracciolo ha mostrado.

6. REFERENCIAS

Álvarez, M., 2010: *Kinds of Reasons*, Oxford University Press, Oxford.

Audi, R., 2006: *Practical Reasoning and Ethical Decision*, Routledge, London & New York.

Bayón, J.C., 1991: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Bratman, M., 1985: «Davidson's Theory of Intention», en Bruce Vermazen and Merill B. Hintikka, eds., *Essays on Davidson: Actions and Events,* Oxford: Oxford University Press: 13–26

Bratman, M., 2004: «Three Theories of Self-Governance», *Philosophical Topics* 32 (1/2) 21-46

Broome, J., 2013: *Rationality Through Reasoning.* UK: Wiley Balckwell

Brunero, J., 2017: «Recent Work on Internal and External Reasons», *American Philosophical Quarterly* 54 (2): 99-118.

Caracciolo, R., 2008: «Un dilema en torno a la naturaleza de las normas», *DOXA*, 31: 91-103.

Dancy, J., 2000: *Practical Reality.* Oxford University Press, Oxford.

Davidson, D., 1963 (1980): «Actions, Reasons and Causes», reimp. en Davidson, D., 1980: *Essays on Actions and Events*, Clarendon Press, New York: 3-19.

Domeniconi, D., 2019: «Conflicto de deberes y conflicto entre principios: una lectura kantiana» en R. Sánchez Brígido, C. Longhini, C. Villanueva & D. Domeniconi (eds.), *Conflictos de Derechos Fundamentales*, Lex Editoral, Córdoba.

Fatauros, C., 2010: «Normas, acciones y posibilidad», *DOXA,* 33: 671-677.

Fischer, J.M., 2003 (2006): «'Ought-implies-can', causal determinism and moral Responsibility», reimp. en Fischer, J.M., 2006: *My Way.* Oxford University Press, New York: 217-222.

Finlay, S., 2009: «The Obscurity of Internal Reasons», *Philosophers' Imprint,* 9 (7): 1-22.

Finlay, S. & Schroeder, M., 2017: «Reasons for Action: Internal vs. External», E.N Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), URL: https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/reasons-internal-external

Frankfurt, H., 1971, «Freedom of the Will and the Concept of a Person», *The Journal of Philosophy*, 68 (1): 5-20

Gur, N., 2018: *Legal Directives and Practical Reasons*, Oxford University Press, Oxford.

Hume, D., 1739 (2005): *A Treatise of Human Nature*. [Citado por la traducción castellana Hume, D., 2005: *Tratado sobre la naturaleza humana*, trad. F. Duqe, Tecnos, Madrid].

Kant, I., 1785 (2000): *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. [Citado por la traducción castellana Kant, I., 2000: *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. R. Aramayo, Alianza, Madrid].

Lariguet, G., 2011: «Un dilema en torno a la naturaleza de las normas: reflexiones sobre algunas tesis de Ricardo Caracciolo», *Agora Philosophica*, 12: 52-63.

Luque, P. & Torza, A., 2018: «Conflictos prácticos genuinos y racionalidad práctica. Una solución modal», en D. González Lagier & S. Figueroa Rubio (eds.), *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a los 100 años de su nacimiento*, Palestra editores, Lima.

McDowell, J., 1995: «Might There Be External Reasons?», en J. Altham & R. Harrison (eds.), *World, Mind and Ethics: Essays on the Ethical Philosophy of Bernard Williams*. Cambridge University Press, Cambridge: 68-85.

Mele, A., 2003. *Motivation and Agency.* Oxford University Press, Oxford.

Nagel, T., 1970: *The Possibility of Altruism*, Oxford University Press, Oxford.

Navarro, P., 2016: «Deberes, motivación y la determinación de acciones», en P. Navarro & C. Redondo (coord.), *La filosofía desde el derecho*, Fontamara, México: 125-134.

Paakkunainen, H., 2018: «Internalism and Externalism about Reasons», en D. Star (ed.), *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, Oxford University Press, Oxford: 143-170

Parfit, D., 1997 (2004): «Reasons and Motivations», *Aristotelian Society Supplementary,* 71 (1): 99-130. [Citado por la traducción castellana Parfit, D., 2004: «Razones y motivación», en D. Parfit, *Personas, Racionalidad y Tiempo*, Editorial Síntesis, Madrid].

Radcliffe, E.S., 2018: *Hume Passion, and Action*, Oxford University Press, New York.

Raz, J., 1990: *Practical Reason and Norms*, segunda edición, Oxford University Press, Oxford.

Raz, J., 2009: «Reasons: explanatory and normative», en C. Sandis (ed.), New Essays on the Explanation of Action, Palgrave-Macmillan, London: 184-202.

Redondo, M.C., 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Scanlon, T., 1998: *What we owe to each other,* Harvard University Press, Cambridge, London.

Schauer, F., 1993: *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford.

Setiya, K., 2012: «Introduction: Internal Reasons», en K. Setiya & H. Paakkunainen (eds.), *Internal Reasons: Contemporary Readings*, MIT Press, Cambridge, Mass.: 1-32.

Smith, M., 1994: *The Moral Problem*, Blackwell, Oxford.

Vranas, P., 2007: «I Ought, Therefore I Can», *Philosophical Studies*, 136 (2): 167-216.

Von Wright, G.H., 1963: *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Routledge & Kegan Paul - The Humanities Press, London-New York.

Wallace, R.J., 1990 (2006): «How to Argue about Practical Reason», reimp. en Wallace, R.J., 2006: *Normativity and the Will*, Oxford University Press, Oxford: 15-42.

Wallace, R.J., 1999 (2006): «Three Conceptions of Rational Agency», reimp. en Wallace, R.J., 2006: *Normativity and the Will*, Oxford University Press, Oxford: 43-62.

Watson, G., 1975 (2004): «Free Agency», reimp. en Watson, G., 2004: *Agency and Answerability,* Oxford University Press, Oxford: 13-32.

Williams, B., 1979 (1981) (1994): «Internal and External Reasons», reimp. en Williams, B., 1981: *Moral Luck*, Cambridge University Press, Cambridge: 101-113. [Citado por la traducción castellana Williams, B., 1994: «Razones internas y externas», trad. S. Marín, La fortuna moral, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México: 131-145

Williams, B., 1989 (1995): «Internal Reasons and the Obscurity of Blame», reimp. en Williams, B., 1995: *Making sense of humanity*, Cambridge University Press, Cambridge: 35-45.

Williams, B., 1995: «Replies», en J. Altham & R. Harrison (eds.), *World, Mind and Ethics: Essays on the Ethical Philosophy of Bernard Williams*, Cambridge University Press, Cambridge: 185-224.

Williams, B., 2001: «Postscript: Some Further Notes on Internal and External Reasons», en E. Millgram (ed.), *Varieties of Practical Reasoning*, MIT Press, Cambridge Mass.: 91-97.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Incentivos, desigualdad y herencia*

Incentives, Inequalities and Inheritance

Alejandro Berrotarán

Autor:
Alejandro Berrotarán
Universidad Nacional de Córdoba – CONICET, Argentina
aleberrotaran@gmail.com
https://orcid.org/0000-0003-3233-3857

Recibido: 5-3-2020
Aceptado: 23-6-2020

Citar como:
Berrotarán, Alejandro, (2021). Incentivos, desigualdad y herencia Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 543-556. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.22

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Alejandro Berrotarán

Resumen

La discusión entre John Rawls y Gerald A. Cohen, y aquellos que han continuado su debate, se ha centrado en si las desigualdades de ingresos basadas en incentivos materiales están justificadas. En este artículo me propongo realizar dos aportes en este debate. El primero será extender la discusión sobre los incentivos materiales a la herencia de riquezas justificada a partir de la misma idea de incentivos. El segundo aporte será defender la crítica de Cohen contra la objeción de la libertad («Liberty Objetion») que se le ha presentado. Para esto último reconstruiré la objeción que se ha elaborado contra Cohen y concluiré que las limitaciones a la herencia son una alternativa consistente con la crítica de este autor que no afecta el compromiso de Rawls con la libertad de elección ocupacional ni ninguna otra libertad básica.

Palabras claves: incentivos materiales; desigualdades económicas; libertades básicas; herencia; objeción de la libertad

Abstract

The discussion between John Rawls and Gerald A. Cohen, and those who have continued their debate, has focused on whether income inequalities based on material incentives are justified. In this paper I will make two contributions to this debate. The first will be to extend the discussion on material incentives to the inheritance of wealth justified on the basis of the same idea of incentives. The second contribution will be to defend Cohen's criticism against the Liberty Objection that has been presented to him. For the latter I will reconstruct the objection that has been elaborated against Cohen and I will conclude that limitations to inheritance are an alternative

* Agradezco a Hugo Seleme, Daniel Halliday, Fernando Lizarraga, Sofía Berrotarán, Guillermo Lariguet, Ema Demšar, la Red de Investigadores sobre Igualitarismo (RISI), the Philosophy Postgraduate Group de la Escuela de Estudios Históricos y Filosóficos de la Universidad de Melbourne y the Graduate Researchers' Association de la Facultad de Derecho de Melbourne por sus valiosas contribuciones a este trabajo.

consistent with Cohen's position that does not affect Rawls' commitment to freedom of occupational choice or any other basic liberty.

Keywords: material incentives; economics inequalities; basic liberties; inheritance; liberty objection

1. INTRODUCCIÓN

Gerald A. Cohen ha establecido una serie de críticas contra la teoría de la justicia de John Rawls y, en particular, contra la idea de incentivos materiales que justifican las desigualdades de ingresos. En este artículo me propongo realizar dos aportes en el debate entre las posiciones de estos autores: extender la discusión sobre los incentivos materiales a la herencia de riquezas justificada a partir de la misma idea de incentivos y defender la crítica de Cohen aplicada a la herencia contra la objeción de la libertad.

Comenzaré el artículo reconstruyendo brevemente la teoría de justicia de Rawls y, en particular, el principio de la diferencia que fundamenta las desigualdades de ingresos y la herencia de riqueza a partir de la idea de incentivos. Luego presentaré la crítica de Cohen a los incentivos materiales. En el apartado 4 presentaré el trilema entre libertad, igualdad y eficiencia, y la manera en la que, a través de la idea de un ethos igualitario, Cohen resuelve este conflicto de valores. Posteriormente, haré un abordaje pormenorizado de la objeción de la libertad que se establece contra el ethos igualitario. En la sección 6 y 7 extenderé la crítica de Cohen a la herencia de riquezas y abordaré si esta crítica se ve o no afectada por la objeción de la libertad. Finalmente realizaré algunas consideraciones que resumen los argumentos centrales expuestos en este trabajo.

2. RAWLS Y EL PRINCIPIO DE LA DIFERENCIA

El liberalismo igualitario es una filosofía política cuya premisa fundamental es que las personas tienen igual valor moral y, por lo tanto, deben ser tratadas con igual consideración y respeto (Kymlicka 2002, Gutmann 1980). Esto, a su vez, requiere que las instituciones públicas garanticen una protección de las libertades individuales y una distribución equitativa no sólo de las libertades, sino también de las oportunidades y los recursos económicos. El representante paradigmático de esta tradición es John Rawls. Su concepción de justicia propone una forma específica de satisfacer las demandas que la libertad y la igualdad imponen a las instituciones públicas. En primer lugar, las libertades deben distribuirse equitativamente entre todos los ciudadanos (primer principio de justicia), sin que se justifique una pérdida de libertad para poder disfrutar de algún otro bien social primario. En segundo lugar, debe garantizarse una distribución equitativa de las oportunidades entre todos los ciudadanos. Por último, los recursos materiales deben distribuirse equitativamente, a menos que una distribución desigual

sea necesaria para beneficiar a los más desfavorecidos[1] (este último principio se denomina principio de la diferencia) (Rawls 1999).

Según el principio de la diferencia de Rawls, las desigualdades económicas pueden justificarse si, y sólo si, favorecen a los que tienen menos. La suposición detrás de este principio es que las personas son agentes maximizadores. De esta manera, los talentosos ponen sus talentos a trabajar si hay incentivos materiales que los motiven a hacerlo. En ausencia de tales incentivos, los talentosos no pondrían sus talentos a trabajar (o al menos no en la misma medida) y los más desfavorecidos estarían peor de lo que estarían si se les hubieran dado a los talentosos mayores recursos económicos[2].

El principio de la diferencia justifica las desigualdades económicas que son necesarias para beneficiar a los que menos tienen. Pero es importante señalar que el principio de la diferencia, basado en la idea de los incentivos materiales, no sólo justifica las desigualdades de ingresos, sino también a la institución de la herencia de riquezas.

En la teoría de Rawls, las instituciones están diseñadas para aplicar y garantizar los principios de justicia. De este modo, hay instituciones que se justifican sobre la base de las libertades básicas garantizadas por el primer principio de justicia, otras que se basan en la igualdad de oportunidades y otras, como la herencia, sobre la base de las consecuencias económicas que producen.

Según Rawls, la potestad de dejar una herencia funciona para el individuo como un factor motivador para desarrollar y usar sus talentos y así acumular más bienes con el deseo de luego transmitirlos a sus descendientes. En este sentido, la posibilidad de dejar una herencia funciona como un incentivo para que los talentosos produzcan.

Por lo tanto, según el principio de la diferencia, «inheritance is permissible provided that the resulting inequalities are to the advantage of the least fortunate» (Rawls 1999: 245). En otras palabras, para determinar si esta institución está justificada, debemos preguntarnos: ¿si esta institución fuera reconocida en una sociedad los más desaventajados estarían mejor de lo que estarían si no se permitiera la herencia? Si es así, entonces esta institución estaría justificada.

3. CRÍTICA IGUALITARIA DE COHEN A LOS INCENTIVOS MATERIALES

La discusión entre Rawls y Cohen, y aquellos que han continuado su debate, se ha centrado en las desigualdades de ingresos y no sobre la herencia. Sin embargo, este mismo debate sobre ingresos puede extenderse al enfoque sobre la justificación y regulación de la herencia. En lo que sigue, reconstruiré el debate centrado en la justificación de

1. Estos principios de justicia están ordenandos de manera lexicográfica de forma tal que no se pueden sacrificar libertades para mejorar las oportunidades ni una mejor distribución de los recursos económicos a la vez que tampoco es posible sacrificar oportunidades por recursos económicos.
2. Los mayores ingresos y riquezas asignados a los más talentosos pueden beneficiar a los menos favorecidos, por ejemplo, sobre la base de una mayor redistribución posibilitada por la mayor recaudación de impuestos a los ricos o por medio de los nuevos empleos que podrían generarse gracias a sus actividades (Cohen 2008: 35).

las desigualdades de ingresos. En los últimos apartados de este artículo me abocaré a la institución de la herencia.

Según Cohen, los incentivos materiales no son estrictamente necesarios para motivar a los talentosos. En cambio, él dice que «it is they themselves [the talented] who make those rewards necessary, through their own unwillingness to work for ordinary rewards as productively as they do for exceptionally high ones» (Cohen 2008: 122). En este sentido, Cohen señala que la necesidad de incentivos depende de actitudes individuales que los talentosos podrían no tener.

Ahora bien, en la sociedad bien ordenada de Rawls, los ciudadanos muestran un cumplimiento pleno y voluntario con las exigencias de la justicia. Por lo tanto, en esta sociedad cada persona actúa en su vida diaria sobre la base del sentido de la justicia informado por los principios de la justicia. Esto es algo que afirma Rawls cuando dice que la gente «in everyday life […] affirm and act from [those] first principles of justice» (Rawls 1980: 308). El pleno cumplimiento de estos principios significa que las personas actúan según lo que ellos determinan en su vida cotidiana. En este sentido, Cohen señala que la idea de incentivos materiales sólo puede servir para justificar las desigualdades si las personas con talentos tienen una actitud desigual (Cohen 2008: 33) que va en contra de lo que establece el principio de la diferencia como principio que debe ser seguido por los individuos en sus decisiones cotidianas.

A partir de estas ideas, Cohen establece que una lectura apropiada del principio de la diferencia, una lectura *estricta*, debe ser independiente de las elecciones de las personas (Cohen 2008: 69). De allí se sigue que las desigualdades de ingresos sólo se justificarían si fueran estrictamente necesarias para mejorar la situación de los que tienen menos, independientemente de las elecciones y motivaciones de las personas. Como la necesidad de incentivos económicos se basa en la idea de que las personas tienen una actitud que las lleva a tomar decisiones como agentes auto-interesados, una lectura del principio de la diferencia independiente de las intenciones no podría justificar las desigualdades de ingresos sobre la base de los incentivos materiales. Con ello, Cohen concluye, que en una sociedad rawlsiana bien ordenada donde se cumple plenamente con el principio de la diferencia, los talentosos renunciarían a los incentivos materiales que les otorgan las desigualdades económicas.

4. EL TRILEMA: LIBERTAD, IGUALDAD Y EFICIENCIA

Tal como lo he presentado, Cohen hace una crítica interna convincente a la idea de desigualdades económicas basadas en incentivos materiales. Dicha crítica ha sido objeto de diferentes respuestas[3], no obstante, en lo que sigue me centraré en lo que se conoce como la objeción a la libertad (Liberty objection). La tesis central de esta objeción establece que la propuesta de Cohen implica una violación a la libertad de elección

3. Para un abordaje de la objeción de la estructura básica realizada contra Cohen ver Williams (1998).

ocupacional, una libertad básica dentro del esquema rawlsiano. En esta sección trataré esta objeción.

Cohen señala que los incentivos no sólo tienen un papel en la determinación de cuánto trabaja una persona en una línea de trabajo, sino que también influyen en qué línea de trabajo elige la persona (Cohen 2008: 182). Ante este hecho, y reconociendo la relevancia de la libertad como valor, él señala la importancia de tener en cuenta la libertad de elección ocupacional de las personas. Esta libertad implica no sólo con cuanto empeño trabaja una persona, sino también qué ocupación elige. En este sentido, se define esta libertad como el «the negative right to accept or decline offers of employment, which may differ in terms of duties, location, hours of work and compensation» (Mackay: 2016: 25).

La demanda igualitaria referida al tipo de ocupación que las personas deben elegir para beneficiar a los que tienen menos parece ser más exigente que la demanda respectiva sobre la intensidad del trabajo de la gente[4]. Es por ello que el propio Cohen presenta una incompatibilidad que podría plantearse como una objeción a su teoría. Este trilema se presentaría entre tres valores que no podrían ser satisfechos simultáneamente: la igualdad, la eficiencia de Pareto[5] y la libertad de elección ocupacional. Para ilustrar este supuesto trilema, Cohen menciona el siguiente ejemplo hipotético: supongamos que hay una persona (A) que tiene que decidir entre ser médica o jardinera y sabemos que

> «[h]er preference-ordering is as follows (in descending order): doctoring at £50,000 p.a.; gardening at £20,000 p.a.; doctoring at £20,000 p.a. As doctoring is of particular social value to the badly off, her community's preference ordering somewhat differs from hers: they would much rather that she be a doctor at £20,000 p.a., followed by doctoring at £50,000 p.a., and, finally, gardening at £20,000 p.a.
>
> According to the trilemma thesis, we cannot have all three of income equality, freedom of occupational choice and Pareto-optimality. For if we decide to preserve equality and to respect A's freedom, we have to freeze salaries at £20,000 and to let her choose her occupation. However, in so doing, we violate Pareto (since both A and her fellow community members are worse off than they could otherwise be). If, on the other hand, we seek to satisfy both income equality and Pareto, we have to freeze salaries at £20,000 and force A to work as a doctor, thereby violating her freedom of occupational choice. Finally, if we choose freedom and Pareto, we have to allow A to choose doctoring at £50,000 p.a., in violation of income equality» (Fabre 2010: 396).

Evidentemente, el trilema abre compromisos que deben ser tenidos en cuenta. Como Cohen es un igualitarista no puede abandonar su compromiso con la igualdad. Asimismo, en la medida en que se define como liberal, tampoco ve como posible una alternativa en la que el Estado obligue a la gente a trabajar en determinadas profesiones.

4. Como Cohen (2008: 182) reconoce: «after all, people may strongly prefer not to do the job to which egalitarian policy assigns them, for no higher pay»
5. La eficiencia de Pareto es un estado de distribución de bienes en el que no es posible asignar más recursos a un individuo determinado sin empeorar la situación de los demás.

Finalmente, entiende que hay fuertes razones para no abandonar la eficiencia de Pareto[6] (Cohen 2008: 186-187).

Para desarmar este trilema, Cohen ofrece lo que él llama la solución ética (Cohen 2008: 189). Esta solución establece que en una sociedad igualitaria la persona en el caso mencionado, imbuida por un ethos igualitario, elegiría ser médica por el pago de 20.000 libras. De acuerdo con este ethos igualitario, los individuos deben comportarse en sus elecciones en el mercado laboral según un ethos moldeado por el principio de la diferencia. De esta manera, este ethos requeriría que las personas talentosas usen sus talentos para beneficiar a aquellos que tienen menos sin requerir un mejor pago.

En la propuesta coheniana, ya que el individuo cree que ser médico por ese pago es lo correcto y quiere hacer lo correcto, elegiría esa opción sin la presencia de coerción legal y sin exigir una mayor recompensa económica. De esta manera, se lograría la eficiencia, la igualdad y la libertad de elección ocupacional.

5. LA OBJECIÓN DE LA LIBERTAD

Frente a la solución ética, y en contra del ethos igualitario de Cohen, se ha dicho que, aunque su solución ética reconcilia igualdad y eficiencia, la libertad se ve socavada. Dicha réplica, conocida como la objeción de la libertad, se erige como una profunda crítica interna a la tesis de Cohen, especialmente considerando la prioridad lexicográfica asignada a las libertades básicas sobre el principio de la diferencia en la teoría de la justicia de Rawls. Según esta prioridad, las violaciones de las libertades básicas de los ciudadanos «cannot be justified, or compensated for, by greater social and economic advantages» (Rawls 1999: 54).

Para ver si la solución ética implica efectivamente una violación a una libertad básica de los ciudadanos, primero analizaré si la libertad de elección ocupacional puede ser considerada una libertad básica y, luego, si la presencia de un ethos igualitario implica una violación a esta libertad.

5.1. La libertad de elección ocupacional como una libertad básica

¿Es la libertad ocupacional una libertad básica? Aunque hay pasajes en los que Rawls parece indicar que la libertad de elección ocupacional podría considerarse dentro del principio de igualdad de oportunidades (Rawls 1999: 242-243; 2006: 76), la mayoría de las referencias a esta libertad la sitúan dentro del primer principio de justicia (Mackay 2016: 26). En este sentido, en Liberalismo Político, establece que esta libertad es un «constitutional essential» cubierto por el primer principio de justicia y relacionado con otras libertades básicas (Rawls 2006: 228-232, 335). Mientras que en Justice as

6. La objeción de nivelación a la baja es sólo una de las razones por las que la eficiencia debería importar.

Fairness señala que: «[t]he priority of liberty means that we cannot be forced to engage in work that is highly productive in terms of material goods. What kind of work people do, and how hard they do it, is up to them to decide in light of the various incentives society offers» (Rawls 2001: 64, 157-158).

Esta ubicación dentro del primer principio de justicia es consistente con el entendimiento y el papel asignado a los principios de justicia en la obra de Rawls (Mackay 2016: 26-27). En este sentido, el derecho a elegir si aceptar o no un empleo encaja mejor en el primer principio que protege las libertades negativas que en el segundo que se refiere a las políticas sociales vinculadas a oportunidades.

También hay razones, relacionadas con el papel que la libertad de elección ocupacional tiene para el pleno ejercicio del poder moral de las personas, para considerar esta libertad como una libertad protegida por el primer principio de justicia (Mackay 2016: 27-36). En la teoría de la justicia de Rawls lo que define una libertad como básica es su papel central para garantizar el ejercicio de los dos poderes morales que definen al ciudadano como agente moral: la capacidad para una concepción del bien y la capacidad para un sentido de la justicia. En particular, la libertad de elección ocupacional está vinculada al pleno ejercicio de la capacidad para la concepción del bien.

La capacidad para una concepción del bien incluye el poder de formar, revisar y perseguir racionalmente un plan de vida (Rawls 2006: 19). Ahora bien, como el ejercicio de esta capacidad implica configurar y perseguir el proyecto de vida que uno considera mejor, el ejercicio pleno de esta capacidad implica gobernar los diferentes aspectos de la vida desde los propios valores y preferencias (Mackay 2016: 27).

El trabajo de una persona ocupa un lugar esencial en su vida. En este sentido, Casal (2016: 383) señala que la ocupación que tenemos está íntimamente ligada «to the development of our potential, our identity, our intellectual skills, our personality and our ability to develop, revise and pursue our conception of the good» y que «the choice over one's, occupation is thus essential to the ability to shape one's life».

De esta manera, el pleno ejercicio de la capacidad para una concepción del bien exige, como cuestión de justicia, que se permita a los ciudadanos tomar sus decisiones profesionales sobre la base de sus preferencias y valores. En este sentido, «[f]reedom of occupational choice, like liberty of conscience, is therefore necessary if citizens are to fully exercise this capacity, and so is best understood as a basic liberty» (Mackay 2016: 28).

5.2. Ethos igualitario contra la libertad de elección ocupacional

Una vez que se ha argumentado que la libertad de elección ocupacional es una libertad básica de Rawls, se debe analizar si un ethos igualitario podría socavar esta libertad y violar así su prioridad lexicográfica.

Concepción neutral de libertad

Una posible línea de argumentación para justificar por qué un ethos igualitario restringe la libertad se basa en una concepción neutral de libertad. La concepción neutral o no moralizada de libertad ha sido defendida por autores como Hobbes (1985: 262) que dice «[a] free man is he that [...] is not hindered to do what he has a will to.» Esta concepción descriptiva no presupone juicios morales al implicar un concepto valorativamente neutro de libertad.

Según esta noción, cualquier interferencia que obstaculice las opciones disponibles al agente, es decir que interfiera en la capacidad del agente para satisfacer sus deseos, implicará un menoscabo a su libertad. En este sentido, un ethos igualitario que implique una presión moral que interfiriera en las posibles decisiones que un agente puede tomar a la hora de elegir ocupación implicará un menoscabo a su libertad.

Esta concepción neutral de libertad está sujeta a importantes críticas[7], pero al margen de ellas, como la objeción de la libertad pretende ser una objeción interna es preciso ver si esta concepción de libertad es compatible con la concepción rawlsiana de libertad. En este sentido, como claramente explica Rawls en su respuesta a Hart, el concepto de libertad, y en particular de libertades básicas, de su teoría descansa en una concepción normativa de persona. Rawls puntualiza que su concepción de persona, construida a partir de las nociones de racionalidad y razonabilidad, no debe ser considerada una posición «moralmente neutral» (Rawls 1981: 20-21).

Así, en la medida en que la objeción de la libertad se pretende constituir como una objeción interna, no puede fundamentarse a partir de una concepción neutral o no moralizante de libertad no presente en la obra de Rawls.

Concepciones normativas de libertad

Es posible, sin embargo, sostener la objeción de la libertad a partir de una noción normativa de libertad. La concepción normativa de libertad se puede encontrar en autores como Montesquieu que establece: «la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer» (Montesquieu 2003: 204). Una noción moralizante construye la libertad a partir de la moralidad asegurando que esta tenga una significancia normativa intrínseca (Bader 2018: 2).

Existen diversas concepciones de libertad normativa que es preciso analizar para abordar la objeción de la libertad. En este sentido es preciso, siguiendo a Shiffrin (1991: 246), distinguir dos sentidos de autonomía moral ligadas a la idea de libertad.

7. Para un abordaje de estas críticas ver «Moralized Conceptions of Liberty» (Bader 2018)

Concepción normativa 1

Un primer sentido de autonomía moral refiere a la capacidad del individuo, así como a su oportunidad, «to exercise one's own moral judgment and to live one's life in accordance with one's own understanding of what morality requires, free from the interference or coercion of others» (Shiffrin 1991: 246). Esta capacidad no se vería menoscaba si existe un ethos igualitario que establezca una moralidad completamente directiva. Una persona que arriba libremente a la conclusión de que este ethos es el correcto y que tiene la oportunidad de implementar estos criterios morales gozaría de este sentido de autonomía moral. Así, Cohen (2008: 191) nos dice: «the doctor-gardener does not act unfreely if she acts in an egalitarian way because she thinks it's right to do so.»

Recordemos que de acuerdo a Cohen los ciudadanos deben ejercer su libertad laboral de acuerdo con un ethos que les exige tomar sus decisiones ocupacionales de tal manera que beneficien a los que tienen menos sin necesidad de obtener incentivos materiales para hacerlo (Cohen 2008: 181-183). Para él, la presencia de este ethos no implica una violación de la libertad de elección ocupacional y en este sentido, siguiendo a Kagan, señala:

> «The idea that morality itself might constrain […] embodies a category mistake […] people who act morally are no more constrained by the laws of morality than people who get their sums right are by the laws of arithmetic» (Cohen 2008: 192).

Las personas no carecerían de autonomía moral en el sentido señalado en la medida en que son libres de elegir entre seguir la acción moral o no seguirla, así como pueden también elegir qué acción inmoral seguir.

Lo que importa, según este sentido de autonomía, es que las personas sean libres de elegir lo que es moralmente correcto, sean capaces de hacer lo que consideran moralmente correcto y evitar lo que consideran moralmente incorrecto (Shiffrin 1991: 248). Así, lo relevante es que las personas tengan la libertad de determinar y actuar de acuerdo a sus propias creencias morales.

Concepción normativa 2

El segundo sentido de autonomía requiere que el individuo tenga la habilidad de tomar una decisión entre al menos dos alternativas moralmente permisibles; es decir exige la posibilidad de elegir entre un rango de opciones permisibles (Shiffrin 1991: 246). Paula Casal (2013: 10-11), refiriendo a lo establecido por Shiffrin (1991), dice al respecto:

> «[o]ur interest in being self-directing authors of our own lives is threatened when we lack sufficient acceptable options whether this is caused by legal norms backed by formal sanctions, social norms backed by informal sanctions, or an egalitarian ethos of a directive sort, that is, an ethos which requires the performance of the optimal action.»

Precisamente una directiva moral que divida las acciones de los individuos entre lo moralmente requerido y lo moralmente prohibido, no permite la elección entre un rango de acciones moralmente permisibles sobre las que el individuo puede optar. El individuo bajo esta directriz no tiene la habilidad de elegir entre cursos de acción sin el miedo a sufrir culpa o arrepentimiento por su obrar (Shiffrin 1991: 251). En este sentido, se le niega al agente la oportunidad de ejercitar completamente su capacidad de elegir, capacidad que tiene un mérito independiente del valor o contenido de las elecciones tomadas en su ejercicio. El eje, en este sentido de autonomía, está puesto en el valor que tiene para el individuo el tomar decisiones libres de presión moral (Shiffrin 1991: 249).

El valor intrínseco de esta capacidad para elegir entre opciones moralmente permisibles yace en que la existencia de una directiva moral totalizante (como lo es el ethos igualitario) priva al agente de la capacidad para crear el contenido de su vida y de ejercitar completamente su capacidad de elección, «a capacity which encompasses much more than just the capacity for moral decision and action» (Shiffrin 1991: 251).

En este sentido la autonomía moral tiene valor en la medida en que implica la oportunidad sustantiva de los individuos de crear una personalidad única «and to engage and channel their creative and deliberative powers and energies upon themselves and their interests, just for their own sake» (Shiffrin 1991: 251).

Considero que este segundo sentido de autonomía es el que mejor se acomoda a la idea rawlsiana de libertad, en particular de libertad básica, que se deriva de del poder moral ligado a la capacidad para la concepción del bien. Si existe un único plan de vida moralmente correcto, cuya corrección está determinada a partir de una directiva moral totalizante, la capacidad de los individuos para formar, revisar y perseguir un plan de vida *propio* se encontraría, al menos, restringida por esta presión moral que califica como moralmente prohibidas todas las opciones que no se acomoden al curso de acción determinado por el ethos igualitario.

Ethos y libertad ocupacional

El hecho de que este ethos moral implique una restricción a la libertad es pro tanto problemático y en este sentido abordaré si esta limitación a la libertad esta moralmente justificada o no en el esquema de justicia de Rawls.

Como ya he mencionado anteriormente, la justificación de las libertades básicas de Rawls se basa en que son necesarias para el pleno desarrollo y ejercicio de los poderes morales de los ciudadanos (Mackay 2016: 29). En este sentido, el permiso para ejercer la libertad de elección ocupacional, basada en las preferencias particulares de cada persona y con un rango de opciones moralmente permisibles, es de vital importancia teniendo en cuenta el interés de las personas por ejercer plenamente su concepción del bien.

Si la libertad de elección ocupacional es una libertad básica protegida por el primer principio de justicia y si esta libertad puede ser vulnerada a través de una presión moral, la presencia de un ethos igualitario implica una violación de esta libertad básica. Como ya se ha dicho, el ethos de Cohen exige que las personas tengan en cuenta lo que sería mejor para los más desfavorecidos a la hora de tomar sus decisiones ocupacionales, en lugar de sus preferencias y valores personales. Esto implica una limitación en la realización de los intereses personales de unos para satisfacer los intereses económicos de otros. Esta limitación de una libertad básica (la libertad de tomar decisiones ocupacionales en virtud de los propios valores y preferencias a partir de un rango de opciones moralmente permisibles) para satisfacer los intereses económicos de los demás, implica una violación de la prioridad lexicográfica de los principios de justicia de Rawls. Como afirma Mackay (2016: 41): «claims to basic liberties, and the permissions citizens require to justly and fully exercise their two moral powers, simply take priority over claims to income and wealth.»

Por lo tanto, en la medida en que la solución ética nos compromete a un ethos que violaría la libertad que los ciudadanos tienen, como cuestión de justicia, de elegir entre ocupaciones permisibles en base a sus preferencias y valores existentes, esta no es una respuesta posible al trilema presentado. En este sentido, la propuesta de Cohen de un ethos igualitario para eliminar los incentivos materiales, que justifican las desigualdades de ingresos, implica una restricción a la libertad que no es compatible con la teoría de la justicia de Rawls.

6. RESCATANDO A COHEN: LA CRÍTICA A LA HERENCIA DE RIQUEZAS

Si la objeción a la libertad está bien fundada, como he dicho anteriormente, la crítica de Cohen a los incentivos materiales, que justifican las desigualdades de ingresos, es neutralizada. Pero como mencioné antes, el principio de la diferencia de Rawls, basado en la idea de incentivos materiales, no sólo justifica las desigualdades de ingresos, sino también la institución de la herencia de riqueza.

Aunque Cohen no aborda de manera detallada la herencia en sus obras[8], considero que su crítica a los incentivos materiales también puede aplicarse a la institución de la herencia justificada sobre la base de estos mismos incentivos.

8. En «Why not Socialism?», Cohen sostiene que en el modelo del campamento la herencia no sería aceptada. En este texto uno de los personajes del modelo de campamento (Morgan) pretende arrogarse derechos hereditarios sobre una porción de recursos y los demás acampantes le reprochan esta actitud codiciosa (Cohen 2009: 9). No resulta del todo claro si el rechazo a la herencia en«Why not socialism?» se debe a que atenta en contra del principio de igualdad, es decir porque las recompenzas que otorga son el producto de un azar reprochable moralmente (Cohen 2009: 37-38) y/o porque va en contra del principio de reciprocidad comunitaria ligada al ethos igualitario abordado. Me inclino a considerar a que el autor basa su crítica a la herencia en el principio de igualdad. Sin embargo, mi intención en este trabajo es fundamentar una crítica a la herencia como incentivo material a partir de la idea de un ethos igualitario.

Como he dicho, la herencia en Rawls se basa en el hecho de que el poder de legar actúa como un incentivo para que los talentosos desarrollen y usen sus talentos. Sin embargo, según Cohen, los ciudadanos de una sociedad bien ordenada que cumplen plenamente el principio de la diferencia rechazarían la idea de incentivos materiales para trabajar.

Por lo tanto, contra Rawls, en una sociedad ideal la herencia como institución basada en incentivos materiales no estaría justificada[9].

7. LA OBJECIÓN DE LA LIBERTAD CONTRA LAS LIMITACIONES A LA HERENCIA

Ahora bien, lo que puede preguntarse es si la objeción de la libertad planteada contra Cohen prevalece sobre la crítica presentada a la herencia a partir de la teoría de Cohen. Para abordar esto es preciso analizar si la libertad de dejar una herencia es una libertad básica en Rawls que no puede sacrificarse para mejorar la situación económica de los que menos tienen. En caso de ser el poder de testar una libertad protegida por el primer principio de justicia, no podría justificarse la presencia de un ethos que restrinja esta libertad.

Es evidente que el reconocimiento de limitaciones en materia a la herencia no afecta la libertad de elección profesional. Pero la cuestión que se plantea es si el derecho a dejar una herencia puede ser considerado como otra libertad protegida por el primer principio de justicia.

En la obra de Rawls se reconoce el uso exclusivo de la propiedad personal como una libertad básica de las personas fundamentada en que es necesaria para la independencia personal y un sentido de autoestima. Pero, ¿puede incluirse el poder de dejar una herencia en la libertad de hacer uso exclusivo de la propiedad personal? En este sentido, Rawls establece explícitamente que esta concepción del derecho de propiedad no debe incluir el derecho a trasmitir una herencia: «[t]wo wider conceptions of the right of property as a basic liberty are to be avoided. One conception extends this right to include certain rights of acquisition and bequest» (Rawls 2006: 298). Por lo tanto, este derecho no se considera necesario para el ejercicio del poder moral de las personas, de tal manera que, aunque no exista, las personas pueden seguir siendo igualmente libres[10].

9. Es posible someter a los incentivos materiales que justifican la herencia a la prueba interpersonal propuesta por Cohen en «Rescuing Justice and Equality» (2008: 27-87) con respecto a los incentivos que justifican las desigualdades de ingresos. Esta prueba mostraría que los talentosos en una sociedad bien ordenada no pueden justificar estos incentivos en la medida en que son ellos quienes, a través de sus elecciones, hacen que estos incentivos sean necesarios para beneficiar a los que menos tienen.

10. De acuerdo a Freeman (2007: 57) el reconocimiento de libertades económicas, entre las que se incluiría el derecho a trasmisiones irrestrictas, como libertades básicas implicaría considerables limitaciones a las potestades regulatorias y distributivas del Estado lo que menoscabaría «the ability of many free and equal persons to achieve economic independence and enjoy income and wealth adequate to their leading a wide range of

En este sentido, la herencia como institución no se basa en el primer principio de justicia que establece la igualdad de libertades básicas de los individuos. Por lo tanto, si el derecho a trasmitir una herencia no es una libertad básica de los individuos, no tendrá la prioridad de estas libertades básicas privilegiadas. Esto implica que esta potestad puede ser restringida por otros principios de justicia, como el principio de la diferencia.

Si el trasmitir una herencia no es una libertad básica, no se presentaría el trilema entre libertad, igualdad y eficiencia Pareto. Así, se podrían establecer fuertes limitaciones, o incluso la eliminación de la herencia, y estas restricciones podrían estar basadas tanto en un ethos igualitario como en normativas legales apoyadas en coerción estatal. La prohibición de dejar una herencia a partir de la crítica de Cohen a los incentivos materiales, a diferencia de las limitaciones sobre las ocupaciones, no violaría ninguna libertad básica.

CONCLUSIÓN

La idea rawlsiana de que las desigualdades de ingresos funcionan como un incentivo material dado a los talentosos para ponerlos a trabajar ha sido criticada por Cohen. Según Cohen, los ciudadanos en una sociedad bien ordenada pondrían sus talentos a trabajar para beneficiar a los más desfavorecidos sin requerir ingresos adicionales. Como se ha visto, la crítica de Cohen exige la existencia de un ethos igualitario que implica una violación a la libertad de elección ocupacional como libertad básica.

Como he dicho, la crítica de Cohen a las desigualdades de ingresos también puede extenderse a la justificación rawlsiana de la herencia de la riqueza. Esto se debe a que, al igual que las desigualdades de ingresos, la herencia se justifica sobre la base de incentivos materiales. Pero a diferencia de las limitaciones a las ocupaciones, en la medida en que las restricciones a la herencia de la riqueza no violan una libertad básica, no se puede plantear la objeción de la libertad para responder a estas limitaciones. En este sentido, la crítica de Cohen puede ser utilizada para justificar restricciones importantes sobre la herencia, tales como altos impuestos a estas trasmisiones, y estas restricciones no implicarían una violación de la libertad de elección ocupacional ni de ninguna otra libertad básica de Rawls.

BIBLIOGRAFÍA

Bader, R. M., (2018). «Moralized Conceptions of Liberty», *The Oxford Handbook of Freedom,* Ed. Schmidtx D. y Pavel C.E. Oxford Handbooks Online.

Casal, P., (2013). «Occupational choice and the egalitarian ethos», *Economics and Philosophy*, 29: 3–20. Cambridge: Cambridge University Press.

reasonable plans of life.» Esto haría imposible para muchas personas desarrollar adecuadamente sus poderes morales y tener oportunidad de perseguir una concepción razonable del bien.

Casal, P., (2016). «Mill, Rawls and Cohen on Incentives and Occupational Freedom». *Utilitas,* 29 (4): 375-397. Cambridge: Cambridge University Press.
Cohen, G., (2008). *Rescuing justice and equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
Cohen, G., (2009). *Why not Socialism?.* Princeton and oxford: Princeton University Press.
Fabre, C., (2010). «Distributive Justice and Freedom: Cohen on Money and Labour», *Utilitas* 22 (4): 393-412. Cambridge: Cambridge University Press.
Gutmann, A., (1980). *Liberal Equality*. Cambridge, MA: Cambridge University Press.
Hobbes, T., (1994). *Leviathan with selected variants from the Latin edition of 1668*, Edición, introducción y notas Edwin Curley. Indianapolis: Hackett.
Kymlicka, W., (2002). *Contemporary political philosophy: an introduction 2nd edition*. New York: Oxford University Press.
Mackay, D., (2016). «Incentive inequalities and freedom of occupational choice», *Economics and Philosophy*, 32: 21-29. Cambridge: Cambridge University Press.
Montesquieu, C., (2003). *Del Espíritu de Las Leyes.* Madrid: Alianza.
Rawls, J., (1980). *Kantian Constructivism in Moral Theory*. In Rawls, Collected Papers.
Rawls, J., (1981). *The Basic Liberties and Their Priority*. Tanner Lectures on Human Values. Ann Arbor: University of Michigan.
Rawls, J., (1999). *A Theory of Justice, revised edition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
Rawls, J., (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
Rawls, J., (2006). *Political liberalism, expanded edition*. New York: Columbia University Press.
Shiffrin, S., (1991). «Moral autonomy and agent-centred options», *Analysis* 51: 244–254. New York: Oxford University Press.
Williams, A., (1998). «Incentives, Inequality, and Publicity», *Philosophy & Public Affairs*, 27 (3): 225-247. Princeton University Press.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Algunas discrepancias sobre el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi*

Discrepancies on the Concept of Gender, Gender Violence and its Relevance for Law. Comments to Francesca Poggi

Silvina Álvarez Medina

Autor:
Silvina Álvarez Medina
Universidad Autónoma de Madrid, España
silvina.alvarez@uam.es
https://orcid.org/0000-0003-0210-1051

Recibido: 24-3-2020
Aceptado: 11-5-2020

Citar como:
Álvarez Medina, Silvina, (2021). Algunas discrepancias sobre el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 557-585. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.23

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Silvina Álvarez Medina

Resumen

Este comentario parte de exponer algunos conceptos centrales de la teoría feminista y de la teoría jurídica basada en esos conceptos, como la distinción sexo-género o la noción de patriarcado, que constituyen el marco en el que se inscribe el concepto de violencia de género. Desde estas nociones, se pasa a cuestionar la utilización que realiza F. Poggi de los estereotipos como elemento o parte constitutiva de los conceptos de género y violencia de género. En la segunda parte, se inicia con algunas consideraciones sobre los derechos humanos de las mujeres, marco desde el que se analizan las críticas de Poggi a las nociones de «desproporción» y «el hecho de ser mujer», elementos del concepto de violencia de género presentes en la normativa sobre violencia de género.

Palabras clave: género; violencia de género; estereotipos de género; derechos humanos de las mujeres.

Abstract

This comment starts exploring some central concepts of feminist theory and feminist jurisprudence, like sex-gender system or patriarchy, which precede the concept of gender violence. Afterwards, F. Poggi's concept of gender and gender violence based on the notion of stereotypes is questioned. In the second part of the paper, considerarions on women's human rights are the starting point

* Agradezco a María José Añón, Susanna Pozzolo y Cristina Sánchez, por la atenta lectura de un primer borrador de este trabajo, por sus comentarios y observaciones, que me han ayudado a pensar algunos puntos del mismo. Como no puede ser de otra manera, la responsabilidad por las ideas aquí reunidas es exclusiva de la autora. El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación dirigido por el profesor Juan Carlos Bayón, DER2015-69217-C2-R, «Reforma Constitucional: problemas filosóficos y jurídicos».

for analyzing Poggi's critics to «disproportion» and «the fact of being a woman», as appear in the international norms on gender violence.

Keywords: gender; gender violence; gender stereotypes; women's human rights.

En lo que sigue comentaré algunas de las afirmaciones que realiza Francesca Poggi en su trabajo «Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho» publicado en el número 42 (2019) de *Doxa*. En dicho trabajo la autora precisa, al inicio, el significado que entiende debe concederse al género y a la violencia, para luego pasar a analizar la violencia de género, constituyendo esta última el tema central del análisis. Para el desarrollo de sus argumentos relativos a la construcción de los conceptos, tanto el de género como el de violencia de género, Poggi utiliza centralmente la teoría de los estereotipos. A continuación, voy a poner en cuestión la utilización que realiza la autora de los estereotipos como elemento o parte constitutiva de los conceptos de género y violencia de género. Para esto, me centraré primero en el concepto de género tal como ha sido acuñado en el ámbito de la teoría feminista desde donde se ha expandido a la teoría política y la teoría jurídica. Luego me referiré a los estereotipos en el marco de la teoría feminista y del concepto de género. Por último, abordaré las críticas que Poggi formula al concepto de violencia de género a la luz de las cuestiones anteriormente expuestas. Vaya por delante mi respeto y aprecio por el trabajo de Francesca Poggi que suscita estas notas críticas, basadas en una discrepancia que, espero, pueda ser fructífera.

1. SEXO Y GÉNERO

Poggi comienza su artículo haciendo referencia al binomio sexo-género, por lo que iniciaré apuntando algunas consideraciones sobre esta distinción, para luego comentar las afirmaciones de la autora. Un buen punto de partida para abordar la distinción entre sexo y género como nociones recíprocamente condicionadas, es el trabajo pionero de Gayle Rubin –citado por Poggi-, en el que la autora se refiere al «sistema sexo/género» como el binomio en cuyo seno se gesta un complejo proceso. Tomando como dato inicial un conjunto de atributos naturales para la procreación, se configura el *sexo* como dotación biológica; paralelamente, el sexo así configurado pasa a revestirse de características con una fuerte carga normativa que le confieren significado social a las categorías de varón y mujer, determinando aquello que se denomina *género*[1]. Estas nociones han tenido una función pedagógica muy importante en nuestras sociedades en las que, a través de trabajos académicos, manifestaciones sociales, la divulgación, la política y la legislación, se ha incorporado el término género, en frases tales como «políticas de género», «violencia de género», «igualdad de género». Con esta terminología

1. Sobre la propuesta de Rubin, ver Stevi Jackson (1998: 133); Virginia Maquieira (2001: 161-162).

se quiere trascender la denominación *sexo,* para abrazar con el término *género* aquello que de construcción socio-cultural tiene ser mujer en la sociedad, en conjunción con el significado socio-cultural de ser varón.

En el ámbito de la antropología, y como ha señalado Virginia Maquieira, esta línea de desarrollo conceptual puede rastrearse en el trabajo de Michelle Rosaldo, quien afirmó la conformación de lo femenino y lo masculino en torno a lo doméstico o lo público; basándose en sus estudios de campo, la autora agrega que estas orientaciones, a su vez, están cargadas de valor, de autoridad y poder, conformando asignaciones asimétricas que colocan a los varones en una posición de superioridad (Maquieira, 2001:147). Se elaborarían de este modo pautas cristalizadas en roles e identidades asignadas. Estas categorías ponen de manifiesto cómo se produce la construcción del *género* como concepto que dota de significado y posición social a las mujeres en relación con los varones. Por tanto, esta distinción simple entre *sexo y género* encierra un gran valor explicativo y metodológico para la comprensión de las demandas feministas y la búsqueda de soluciones políticas y jurídicas.

Una cuestión recurrente en la teoría feminista es el que se refiere al *esencialismo*, es decir, el riesgo de cristalizar a través de los conceptos, rígidos patrones sobre lo que significa ser mujer y ser varón, con los consecuentes peligros de fosilizar los comportamientos, vetar las posibilidades de cambio, excluir la diversidad, etc. El debate sobre el esencialismo es amplio en la teoría feminista y en él convergen diversas voces, desde el feminismo negro, lesbiano, multicultural, postmoderno y otros[2]. Según Linda Nicholson, el origen de la deriva esencialista en la teoría feminista estaría en la distinción ya señalada entre sexo y género, que tiende a ver en el sexo una constante que atraviesa las distintas formas de socialización y cultura (2000: 291). Nicholson traza un recorrido por las aportaciones realizadas en torno a esta cuestión, para concluir que la teoría feminista, como toda teoría, debe apoyarse en generalizaciones aunque éstas no tengan siempre y necesariamente un alcance universal o necesiten de excepciones y matices, por lo que se deberían precisar los límites de las generalizaciones, introducir claridad y trazar distinciones en la teoría (2000:295-297). Esta tarea de refinamiento se viene llevando a cabo dentro de la teoría feminista en numerosos ámbitos, por ejemplo, a través de los estudios sobre interseccionalidad y multiculturalidad, entre otros[3].

Diana Fuss, por su parte, afirma que el esencialismo lo encontramos en aquellas propuestas que «apelan a una feminidad pura u original, una esencia femenina, fuera de los límites de lo social y por tanto no contaminada (aunque tal vez reprimida) por el orden patriarcal» (1989: 2). Fuss coloca los riesgos del esencialismo en el marco de lo que vislumbra como la contienda entre posiciones esencialistas y posiciones constructivistas. Además del problema específico de deslindar los borrosos límites entre lo natural-biológico-espontáneo y lo social-cultural-construido, se pone también de

2. Sobre el esencialismo en la teoría feminista ver Spelman ([1988]-1990); Fuss (1989); Young (1995). Para una introducción sobre estos temas, ver Alvarez Medina (2001:264-278).
3. Ver, entre otras, K. W. Crenshaw (1989); S. M. Okin (1999); A. Sachar (2001).

manifiesto una dificultad intrínseca del quehacer teórico que necesita elaborar conceptos para sus explicaciones, hipótesis y predicciones, conceptos que casi con seguridad acarrearán un residuo o margen de imprecisión, deberán enumerar excepciones o fijar sus propios límites. Por otro lado, como afirma también Fuss, el esencialismo tal vez pueda realizar alguna contribución en el terreno metodológico y no tenga que ser necesariamente reaccionario o conservador; tal vez pueda «implementar» o «activar» mecanismos positivos para la investigación, proporcionando estrategias o formas de intervenir en las realidades sociales que la teoría aspira a explicar (1989:20). El concepto de género, por tanto, se ve enfrentado al reto de eludir categorías esencializadoras, para poder asumir su funcionalidad metodológica como herramienta de las ciencias sociales para comprender y explicar la realidad incorporando la perspectiva de las mujeres. En esta tarea, el concepto de género debe integrarse en el conjunto de la teoría feminista que contribuye a dotarlo de un significado más preciso. En el entramado teórico-conceptual de la teoría feminista, el *patriarcado* es una de sus piezas claves. Aunque se trata de un concepto que tiene su origen en la antropología, es el feminismo radical el que reinterpreta su alcance en el ámbito político. Para Kate Millet, el patriarcado se construye a través de comportamientos aprendidos por varones y mujeres como las pautas de socialización y cultura recibidas desde la infancia, que a menudo incluyen la internalización de roles y estereotipos[4]. En este esquema, los roles femeninos –vinculados de manera predominante a la esfera doméstica, privada y familiar- son menos valorados que los roles masculinos –vinculados de manera predominante a la esfera pública, política y laboral. Así, el patriarcado se extiende a todos los contextos de la vida, aunque es en la familia donde tiene su origen, donde ejerce mayor influencia y donde revertir sus pautas de distribución del poder sigue oponiendo mayor resistencia –como pone de manifiesto la violencia de género en las relaciones de pareja que se analizará más adelante. Contribuyen al patriarcado aspectos como el uso de la fuerza con una clara connotación sexual (dominación sexual, violación), la herencia histórica, la dependencia económica, emocional o psicológica de las mujeres en el ámbito familiar, las pautas religiosas, las manifestaciones artísticas y literarias y otras expresiones de la cultura a lo largo de la historia.

Es importante tener presente esta inserción del concepto de género en el conjunto de la teoría feminista en cuyo marco se construye, en relación con otros conceptos centrales de dicha teoría. Como se verá más adelante, también el concepto de violencia de género –al que a veces se hace alusión con otras denominaciones, tales como «violencia machista o patriarcal, o también violencia por razón de género contra la mujer» (Añón, 2019:46)–, tiene su anclaje en la teoría feminista, y no puede ser entendido si no es en el marco de un contexto conceptual que lo dota de significado, ya que como ha expresado María José Añón, «cuando nos enfrentamos a categorías complejas […] precisamos argumentos que no solo articulen una caracterización, sino también una teoría que establezca las relaciones de prioridad de las diversas vertientes de la noción»

4. Para una breve introducción a la noción de patriarcado, ver Alvarez Medina (2001:104-115).

(2019:45). Del mismo modo, y como apunta también Añón, no hay que perder de vista que el concepto de género que se incorpora al derecho, en algunos casos de la mano del derecho internacional en otros casos a través de legislaciones nacionales, se nutre de significados que provienen de disciplinas variadas y «aunque no sin tensiones, este precipitado ha sido finalmente asumido y "traducido" por la dogmática jurídica a categorías jurídico-normativas, un proceso especialmente interesante de interacción entre la teoría, la articulación jurídica de la misma y la interpretación y aplicación del derecho» (2019:46).

En su artículo, Poggi señala brevemente la distinción entre sexo y género para concluir afirmando que:

> En términos más breves, 'género' es un *conjunto de estereotipos* asociado con la *apariencia sexual masculina y femenina* (2019:287) (el subrayado es mío).

A la luz de las señalaciones realizadas anteriormente en torno al concepto de género, su contrapunto con el sexo y su inserción en la teoría feminista con base en la noción de patriarcado, la afirmación de Poggi que reduce el género a «un conjunto de estereotipos» resulta, a mi modo de ver, confusa. Para desenredar esta madeja sin cuenda, conviene comenzar haciendo una breve alusión a los estereotipos para luego apreciar cuál es su relación con el concepto de género.

2. GÉNERO, ESTEREOTIPOS Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

Los estereotipos son rígidas etiquetas que se endosan a grupos de personas, caracterizándolas a partir de unos rasgos inescapables. Dichas etiquetas se transmiten a través de pautas sociales y culturales, religiosas, artísticas y de diversa índole, que ejercen una fuerza invisible hacia la identificación y clasificación de las personas en torno a ciertos moldes. Los estereotipos dejan un espacio muy reducido y no exento de altos costes para quienes quieren reivindicar su individualidad en oposición a dichas etiquetas; éstas quieren mantener a las personas ancladas a modelos o patrones que aunque pueden tener una base empírica más o menos verdadera, con frecuencia están vinculados a generalizaciones no necesariamente contrastadas, resabios históricos, tradiciones, etc.

En los últimos años la literatura sobre estereotipos ha entrado en el ámbito jurídico, para señalar tanto su presencia en las relaciones interpersonales que suscitan conflictos de diversa índole, como para exponer su valor predictivo –al que se refiere centralmente Poggi en su trabajo– y su impronta para influir en las decisiones judiciales y el razonamiento jurídico.[5] En relación con los derechos de las mujeres, los estereotipos también han sido objeto de atención tanto en trabajos académicos como en ámbito jurisprudencial. Es precisamente en el marco de la estructura patriarcal descrita en el

5. De especial relevancia en la materia ha sido el libro de Frederick Schauer y, entre nosotros, los trabajos de Federico Arena, ambos citados por Poggi.

apartado anterior que se inscriben los *estereotipos de género*[6]. Éstos han sido extensamente analizados por la teoría feminista y especialmente por la teoría jurídica feminista. Los estereotipos de género son generalizaciones sobre las mujeres que reproducen algún aspecto de la socialización de varones y mujeres, singularizando su identidad en torno a rasgos específicos –que se pueden verificar en muchas mujeres pero no necesariamente en todas-, como pueden ser su inclinación por las tareas de cuidado, su mayor emocionalidad, debilidad física, sensibilidad, su perfil como madres, esposas, asistentes, etc.

Podemos ahora volver a la afirmación de Poggi al definir el género como «un conjunto de estereotipos asociado con la apariencia sexual masculina y femenina» (2019:287). De lo que hemos dicho hasta aquí, de manera excesivamente breve pero apoyado en una extensa bibliografía, se puede extraer que el concepto de género se construye de manera independiente de la noción de estereotipos y sus categorías de referencia se encuentran en la teoría feminista. El *género* recoge la perspectiva de las mujeres en el contexto de la *sociedad patriarcal* y en un espectro amplio de dimensiones: relativas al lugar que ocupan las mujeres en relación con la sexualidad, la reproducción, la familia, la pareja, el matrimonio, las relaciones laborales, económicas, políticas, la educación, y su proyección en todos los ámbitos de la vida. En contraste, los *estereotipos* son construcciones por definición sesgadas, que se ciñen a una o varias características que se predican de un grupo de personas con pretensión de alcanzar a todos los integrantes del grupo. Los *estereotipos de género*, por su parte, refieren a una noción compuesta que resulta de crear prototipos o modelos de mujer a partir de alguna o algunas de las características o aspectos que se pueden predicar de ellas; se han identificado numerosos estereotipos en relación con las mujeres, como la mujer madre, cuidadora, esposa, etc. Reducir el concepto de género al de estereotipos crea confusión al subsumir un concepto en otro cuando en realidad se trata de dos nociones diferentes, una de ellas, el género, con un alcance muy diferente al otro, el de estereotipos, y cuya unión a través del concepto compuesto de *estereotipos de género*, pone de manifiesto que se trata de aplicar la perspectiva de género a la categoría de los estereotipos.

El artículo de Poggi vuelve a confundir las dos nociones cuando afirma:

> En otras palabras, […], 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 feministas han sido acusadas de *«realismo de género»,* es decir, de haber hipostasiado erróneamente el género, concibiéndolo como un objeto existente, una entidad. (2019:289) (el subrayado es mío)

En el párrafo transcrito, la autora persiste en lo que a mí se me presenta como una confusa identificación del género con los estereotipos de género que definirían, afirma, la

6. Sobre estereotipos de género, ver R. J. Cook y S. Cusack (2010); sobre estereotipos de género descriptivos y normativos, ver R. Holmaat y J. Naber (2011:58); sobre estereotipos y derechos humanos, ver E. Brems y A. Timmer (2016); ver también CEDAW, artículo 5.

identidad femenina, a la que añade, desde mi punto de vista, otra fuente de perplejidad o al menos de desorientación conceptual: Poggi se refiere al «realismo de género» sin profundizar demasiado en la noción pero, aparentemente, para referirse a lo que en la literatura feminista se denomina *esencialismo*, y al que se hizo referencia más arriba, es decir, a la identificación de unos rasgos universales y constantes del género que podrían bien cerrar las vías del cambio, bien vetar la diversidad al excluir a grupos de mujeres no recogidos por la teoría. Esta recalificación de un aspecto o problema ampliamente estudiado y debatido -como es el esencialismo-, utilizando una terminología que resulta extraña a la teoría feminista, desde mi punto de vista confunde e impide visualizar las críticas o propuestas –que entiendo es a lo que apunta la autora (quien en la misma página 289 vuelve a referirse al realismo en dos ocasiones más). Poggi cita a Elizabeth Spelman, sin duda una autora de referencia en el debate feminista que indaga en las señas de identidad del feminismo de la segunda ola, a través de autoras clásicas como Simon de Beauvoir ([1988] 1990:57-79), así como del feminismo psicoanalítico de Nancy Chodorow ([1988] 1990:80-113), para cuestionar la validez de un concepto de género demasiado anclado en la identidad de las mujeres blancas de clase media, frente a otras variables como la raza, la clase o la religión, que podrían poner en jaque el alcance conceptual y político del mismo. Spelman explora dónde radicaría la pretendida «esencia» de las mujeres, para exponer la multiplicidad de variables identitarias que conviven en las personas y en las mujeres, cómo se conjugan con la identidad que se construye en torno a la opresión sexual y la potencialidad política de dicha identidad como mujeres ([1988] 1990:11; 15; 142; 159; 169; Young, 1995: 188-189).

Poggi parece referirse a este debate sobre el esencialismo en la teoría feminista, pero utiliza el término «realismo», sin aclarar si con este término quiere dar algún matiz diferente al esencialismo, la deriva esencialista o la pretendida esencia sobre la que podría descansar el concepto de género, nociones éstas ampliamente consensuadas y acuñadas en la teoría. Poggi no cita referencias al término «realismo de género» que tal vez responda a una bibliografía que desconozco. Tal vez Poggi esté importando a la teoría feminista un término más propio de algunas ramas de la filosofía, como la filosofía moral y también la filosofía jurídica. Como es bien sabido y dicho de manera muy esquemática, en el primer caso, el ámbito de la filosofía moral, el realismo hace referencia a la existencia de enunciados cuyo valor de verdad no radica en el sujeto y está vinculado a hechos independientes, y en el segundo caso, el ámbito del realismo jurídico, se afirma que para escrutar el derecho hay que atender a hechos jurídicos como las decisiones judiciales u otros. Pues bien, ninguno de estos sentidos que señalan la vinculación con una perspectiva fáctica en el análisis filosófico está presente de manera semejante en el llamado esencialismo de la teoría feminista. En este último, se trata de señalar las deficiencias o riesgos explicativos de una teoría que se apega demasiado a características pretendidamente universales pero que a menudo se verifica que se extraen de experiencias particulares, por ejemplo, las que recoge el feminismo norteamericano, o el feminismo occidental en general, basado en la experiencia de las mujeres blancas de clase media. Es decir, se señalan los déficits de universalidad de una teoría

que predica su validez para todas las mujeres, a costa de tomar como referencia unas pretendidas características constantes, tal vez naturales, no necesariamente ahistóricas, que, en verdad, solo se encuentran en un subgrupo del universo de mujeres.

Podría alegarse que la conexión entre realismo y esencialismo estaría en esa referencia a los hechos –la naturaleza de las mujeres o las experiencias de las mujeres o de un grupo de ellas- sobre los que se basa la teoría en cuestión. Sin embargo, si solo se trata de la referencia a los hechos, de maneras tan disímiles y con propósitos tan distintos, la conexión es débil e imprecisa y no merece el giro terminológico. Otra vez, se está forzando una terminología que no parece agregar ningún matiz a la ya acuñada y que, en cambio, introduce confusión al debate.

Siguiendo en la línea de crítica al esencialismo por su rigidez en la identificación de los sujetos a los que se refiere, Poggi agrega:

> 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. (2019:289) (el subrayado es mío)

Desde mi punto de vista, en el párrafo transcrito la autora vuelve a abusar de la noción de estereotipos. Poggi parece referirse aquí a las críticas de la postmodernidad y en concreto a Judith Butler –a la que cita en nota a pie de página–. A partir de postulados postestructuralistas, Butler ha planteado que otros géneros son posibles y en tal dirección apunta también la teoría *queer*, la transexualidad y la intersexualidad. Poggi apunta a una de las vías de cuestionamiento al esencialismo e insiste en hacer referencia a que una teoría feminista esencialista impediría «que se puedan tomar en cuenta los diferentes estereotipos sociales, culturales y políticos que afectan a las mujeres reales» (2019:289): pero esto resulta confuso pues lo que afecta a las mujeres reales en primer lugar no son los estereotipos, sino sus diversas formas de vida en sociedad, patrones de actuación, modelos identitarios, etc., que luego podrán dar lugar a la construcción de estereotipos a partir de la exaltación de algún rasgo concreto. Es decir, el género, y no sus estereotipos, se puede manifestar en realidades particulares muy diversas, mediadas por la cultura, la sexualidad, la raza, etc.

Poggi cierra la discusión sobre el concepto de género afirmando:

> 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. (2019:289)

La autora identifica dos problemas genuinos de la teoría feminista y cita autoras representativas del extenso e intenso debate que la teoría feminista mantiene a su interior en torno a estas cuestiones. Desde mi punto de vista, la primera cuestión, conocer qué

elementos de los que definen a varones y mujeres son propios de la biología y cuáles se pueden atribuir a la socialización, es una cuestión que ofrece mayores posibilidades si se propone en otros términos: biología y socialización están mutuamente imbricadas, no tenemos otra forma de acercarnos a la primera más que a través de la segunda y, por tanto, las respuestas que avancemos sobre ambas estarán necesariamente mediadas por la cultura como sucede en todas las ciencias y más específicamente en las ciencias sociales. En cuanto a la segunda cuestión, a la que me he referido ya como el riesgo de esencialismo, es un problema que efectivamente sigue vigente en cierta medida y con el que la teoría feminista debe convivir en un equilibrio siempre precario y sujeto a redefiniciones entre la afirmación de líneas universales, que permitan avanzar en el conocimiento y proponer hipótesis explicativas así como nuevas categorías y alternativas, y la incorporación de las diferencias, las particularidades y las expresiones emergentes. Sin lo primero, sin conceptos y categorías, no se puede hacer teoría, y sin lo segundo, sin atender a las expresiones particulares y contextuales, no se puede aplicar la teoría con éxito. Por otra parte, como ha señalado Fuss, tal vez exista «un riesgo en las esencias» que merezca la pena ser asumido (1989:18), si es que los conceptos, como se señaló ya, difícilmente sean categorías puras, capaces de realizar una identificación o una clasificación sin fisuras ni residuos. Por último, tal vez convenga recordar que todas las vertientes del feminismo se reconocen en la dimensión política de sus reivindicaciones. Como afirma Fuss «es la política aquello a lo que el feminismo no puede renunciar, es la política el componente esencial a las diversas autodefiniciones del feminismo» (1989:37). Mejorar los términos en que se plantean los obstáculos ayudará a disipar la estela de sospecha que las acusaciones de esencialismo han arrojado sobre algunos aspectos de la teoría feminista y contribuirán a fortalecer sus categorías de análisis.

3. GÉNERO Y VIOLENCIA DE GÉNERO

El cuarto y último apartado del artículo de Poggi está dedicado a la violencia de género. En él la autora quiere profundizar en el alcance del concepto de violencia de género, utilizando para ello sus indagaciones sobre el género. Al abordar la tarea, la autora se topa con diversos problemas que, teniendo en cuenta lo ya señalado sobre el concepto de género, parecen tener su raíz precisamente en el marco conceptual adoptado y en las cuestiones señaladas en los apartados anteriores. Vayamos por partes. A Poggi le preocupan y le resultan poco claras dos referencias que identifica en las definiciones de violencia de género contenidas en algunos documentos internacionales –como la Recomendación 19 de 1992, del Comité CEDAW, o el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, Convenio de Estambul, de 2011–, a saber, «el criterio de la desproporcionalidad» de este tipo de violencia que afecta más a las mujeres que a los varones y que la autora llama criterio «cuantitativo», y el criterio «de que la violencia sea dirigida contra una mujer solo porque es mujer» (2019:293). Para analizar estas dos cuestiones,

conviene ponerlas en contexto y recuperar para el caso concreto el marco de análisis expuesto en los apartados anteriores. Para esto me voy a referir, en primer lugar, al enfoque de derechos humanos, en segundo lugar, a las razones de política legislativa en sentido amplio que han determinado el surgimiento en los últimos años de una creciente normativa sobre violencia de género y, en tercer lugar, a la especificidad de las acciones englobadas bajo dicha categoría.

3.1. El enfoque de derechos humanos

Poggi afirma que reconocer la violencia de género como «una violación de 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» (2019:293). Me centraré en el enfoque de derechos humanos para abordar la violencia contra las mujeres. No me parece acertada la afirmación que realiza la autora sobre su inutilidad, si se tiene en cuenta la especial trayectoria que ha seguido el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, significativamente preterido, incluso en la actualidad, particularmente en lo relativo a la incorporación de contenidos específicos, todo lo cual revela carencias significativas. Explicaré brevemente este punto.

No fue hasta la década de los 90 del siglo pasado que se produjeron en el ámbito internacional algunas declaraciones importantes en relación con la violencia contra las mujeres, como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las mujeres, de 1993, o el Estatuto de Roma, de 1998 -por el cual se creó la Corte Penal Internacional-, que incorporó como crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad diversas acciones consideradas delitos sexuales y delitos basados en el género -las agresiones sexuales, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzosa, el embarazo forzoso o la esterilización forzosa[7].

Los derechos humanos de las mujeres proponen algunas especificidades significativas. Así, una de las primeras cuestiones que se propone cuando hablamos de la eliminación de la violencia contra las mujeres como un derecho humano, es la relativa a la división público-privado. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belem do Para, de 1995, establece en su artículo 3 que «toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado»; también el artículo 3 del Convenio de Estambul, de 2011, establece como una «una violación de derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres» los actos que impliquen daños o sufrimientos y que tengan lugar «en la vida pública o privada». A pesar de estos documentos, la protección en el ámbito internacional del derecho de las mujeres a no sufrir violencia sexual o de

7. Ver ICC Prosecutor's Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes» June 2014.

género,[8] ha tenido un recorrido no siempre plenamente garantista. El derecho internacional de los derechos humanos ha estado orientado principalmente a la protección de las violaciones cometidas en la esfera pública y perpetradas o consentidas por el Estado, postergando las cometidas en el ámbito privado. El ámbito privado, en particular el de la intimidad, se presenta tradicionalmente como un ámbito en el que la intervención es vista con recelo y debe ser especialmente justificada. También en el ámbito penal, se ha considerado durante mucho tiempo que debía primar la no intervención en la vida íntima y familiar[9].

Estas señalizaciones apuntan a la demora significativa que se ha registrado en el proceso a través del cual ciertos comportamientos o acciones contra las mujeres han llegado a ser tomados en cuenta por los poderes públicos e incorporadas al derecho[10]. Para poner fin a esta demora el derecho tiene por delante acometer las renovaciones necesarias en sus marcos legales y jurisprudenciales. Así lo entiende Alison Brysk (2017), quien propone una acción global para dotar de nuevos marcos legales e institucionales para la comprensión de la violencia de género, e incorporar mejores herramientas jurídicas para el tratamiento del acoso, la violación o la reproducción.

Volvamos entonces a la utilidad del enfoque de derechos humanos para abordar la violencia de género. La trayectoria que se ha señalado aquí brevemente, pone de manifiesto que hablar de la violencia de género como violación de derechos humanos no resulta redundante al menos por dos razones: la primera porque las mujeres no han sido consideradas sujetos titulares de derechos humanos hasta tiempo muy reciente y, en segundo lugar, porque incluso una vez reconocida tal condición de titulares de derechos, sigue pendiente la toma en consideración y regulación de aquellas demandas e intereses respecto de los cuales las mujeres plantean una mayor atención y protección a través del sistema de derechos humanos, tales como su integridad física y psíquica, la sexualidad o la reproducción. El enfoque de derechos humanos, sin embargo, y en esto podríamos estar de acuerdo con Poggi si se pudiese matizar su afirmación, no es suficiente para abordar la violencia de género. Como ha puesto de manifiesto Añón, hace falta aunar al enfoque de derechos humanos una perspectiva más específica, que esta autora encuentra en «la teorización de la discriminación como proceso sistémico» (2019:50), y que aquí he puesto de manifiesto en la necesidad de articular la singularidad de la protección de derechos humanos para las mujeres.

Las dificultades para proteger los derechos humanos de las mujeres en relación con la violencia se perciben también en las legislaciones nacionales. En el caso de España, por ejemplo, las últimas reformas legislativas en relación con la violencia de género,

8. Para un análisis detallado de las distintas formas de violencia contra las mujeres que se pueden abordar desde la perspectiva del derecho internacional, ver Fitzpatrick (1995). Sobre derecho internacional, derechos humanos y violencia de género, ver, entre la abundante bibliografía sobre la materia, R. Copelon (1994); K. Roth (1994); H. Charlesworth (1994); C. Bunch (1995); R. Segato (2010); C. Sánchez (2021).

9. Aunque como recuerda Elena Larrauri, algunos aspectos de la vida íntima de las mujeres, como el aborto, han sido objeto temprano de legislación penal (1994:56).

10. Ver Larrauri (2005:67-68).

principalmente la LO 1/2004, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG), fueron percibidas en muchos casos como un intento de alterar principios importantes del sistema, y generaron en su día numerosas manifestaciones contrarias[11]. A continuación, me referiré al caso español, para vincularlo a las objeciones de Poggi al criterio «cuantitativo». La referencia a la legislación española me parece que es pertinente ya que puede ayudar a esclarecer algunas cuestiones.

3.2. Las razones de política legislativa

Señalaré a continuación algunas de las cuestiones que han generado mayor debate dentro de la extensa discusión académica sobre la referida LOVG y que resultan pertinentes en relación con las afirmaciones de Poggi sobre lo que denomina como «criterio cuantitativo». A menudo las conclusiones críticas a las que se ha llegado en relación con el tratamiento diferencial que propone la LOVG tienen origen en un diagnóstico social y político que no logra captar la extensión del problema. Los hechos que motivaron en el caso de España la legislación del 2004, se refieren a la persistencia con la que se registran casos de agresiones contra las mujeres, es decir que se verifica un problema social puesto de manifiesto por el número de casos con una tipología similar[12]. Siguiendo a Elena Larrauri, se pueden citar las siguientes razones para proponer normas específicas de protección de las mujeres en el contexto de la relación de pareja: principalmente una cuestión de hecho, relativa al número de mujeres que son víctimas de violencia en la pareja (90% de mujeres frente a un 10% de varones, según datos recabados en el momento de elaborar la legislación en cuestión), sumada a la existencia de una situación de desigualdad estructural que coloca a las mujeres en una posición de mayor vulnerabilidad (2007:122). Ambas cuestiones señalan asimetrías relevantes para justificar la necesidad de abordar el problema atendiendo especialmente a quienes lo sufren o son objeto de los daños que se producen[13]. Larrauri agrega además, frente a quienes contestan que las cifras sobre los comportamientos dañinos no son suficientes para acreditar la vulnerabilidad del colectivo en cuestión, otras razones adicionales, entre las que figuran el «desigual poder político, económico y social de las mujeres en la sociedad», la asignación tradicional de roles en la pareja que ubica a la mujer en una situación de menor reconocimiento social y la distinta constitución física de mujeres y varones reforzada por la construcción simbólica patriarcal (2007:123). Estas razones apuntan a la persistencia de asimetrías entre varones y mujeres que resultan relevantes al momento de valorar el diferente impacto que las mismas acciones o comportamientos pueden tener en relación con unos y otras.

11. Ver E. Gimbernat (2005:21-22); F. Molina (2009:83); M. L. Maqueda (2010:10).
12. Así lo expresan, entre otros, A. RUIZ MIGUEL (2006:36); F. REY (2012:135).
13. En relación con las peculiaridades criminológicas de los delitos de violencia de género, así como sobre la caracterización de las víctimas, ver F. J. ALVAREZ GARCÍA (2013: 95-96).

Cuando se habla de implementar desde el Estado políticas criminales, políticas públicas, políticas sociales, que quieren ofrecer amparo legal a una situación, se hace siempre teniendo en cuenta hechos, situaciones o realidades que se han verificado en la sociedad en cuestión. En este sentido me parece que, aunque puede haber otros tipos de violencia cuyas víctimas podrían encontrarse en situación de vulnerabilidad similares, la extensión del conjunto de víctimas mujeres efectivamente registrado marca la diferencia de diagnóstico en relación con otros colectivos[14]. Es esa diferencia la que desencadena la necesidad de intervención del Estado. Desde la perspectiva de la política legislativa y más precisamente en relación con la legislación penal, un cuidadoso diagnóstico de la situación social que motiva la legislación parece indispensable. La dimensión cuantitativa, por tanto, se constituye como una razón de política legislativa para abordar la violencia de género, es decir, para abordar una normativa que tome en cuenta la especificidad de la violencia. Esta especificidad nos introduce en la segunda cuestión planteada por Poggi.

3.3. La especificidad de ciertos actos de violencia contra las mujeres

En el caso de la LOVG, la especificidad de la violencia contra la mujer en la pareja, que se condensa en el criterio que Poggi describe como violencia «solo porque es mujer» (2019:293), adoptó la forma de regulación «sexo-específica»[15] o género-específica, que introdujo una novedad importante respecto de los tipos penales neutros: se trata de tipos que califican la acción de manera diferente cuando el agresor es varón y la víctima mujer[16]. Al momento de caracterizar las acciones que el derecho recoge con vistas a sancionar determinados comportamientos, el contexto de relaciones y circunstancias en las que dichas acciones tienen lugar forma parte de la caracterización y puede motivar valoraciones diferentes respecto de lo que aisladamente podría ser la misma acción. En palabras de Larrauri:

> ¿Es cierto que un golpe de un hombre es el mismo comportamiento que un golpe de la mujer? A mi parecer no. Las dos respuestas de por qué los ataques del hombre –en la pareja- son valorados de forma más grave que los de la mujer son de forma sucinta las siguientes: a) porque la agresión del hombre produce mucho más temor que la de la mujer; b) porque la agresión del hombre conlleva un mayor peligro de ocasionar una lesión más grave.
>
> […] Me limito a reaccionar a la afirmación de que por «el mismo comportamiento el hombre y la mujer son castigados con distinta pena», intentando explicar por qué a mi juicio «el mismo golpe» no es «el mismo golpe», de la misma forma que tampoco es el mismo comportamiento que por la noche un hombre siga a una mujer que a la inversa. (2007:128)

14. Ver en este sentido J. C. GAVARA (2013:359).
15. Ver AÑÓN y MESTRE (2005).
16. Añón y Mestre señalan otros ámbitos del derecho penal en el que se apela a este recurso de calificación diferenciada de los actos basada en el tipo de relación entre víctima y agresor, como en el parricidio o el infanticidio (2005:48).

Un indicador central de la difícil acogida que tuvo en su día esta legislación específica en relación con las mujeres, lo podemos encontrar en la jurisdicción constitucional. Se ha tratado, a juzgar por las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, de la ley más controvertida en relación con su posible vulneración del principio de igualdad[17]. El tenor de las dudas planteadas gira precisamente en torno a la especificidad de las acciones que tienen como víctimas a mujeres y como perpetradores a varones. El Tribunal Constitucional establece en el punto siete de los Fundamentos Jurídicos de la citada sentencia, lo siguiente:

> La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son *más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja* de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada. (el subrayado es mío)

Respecto de la posición de subordinación, se trata de dilucidar si constituye un elemento subjetivo, que debe ser comprobado en cada caso, o si por el contrario se trata de un elemento objetivo, cuya presencia no se mide por la especial intencionalidad, sino por los resultados que las acciones en cuestión producen dado el marco relacional existente[18].

Con estas consideraciones, volvamos ahora al artículo de Poggi. Para entender la cuestión planteada por la autora sobre «quiénes pueden ser los autores y las víctimas» de la violencia de género (2019:294), resulta relevante la mención que se hace en la sentencia citada al *contexto relacional* en el que se ubican los sujetos protagonistas de la agresión o el maltrato en cuestión. Resulta central ubicar a los actores en su contexto para poder apreciar el diferente impacto que las mismas acciones –aisladamente consideradas- pueden generar. A su vez, esas mismas consideraciones sobre el contexto de relaciones son las que permiten apreciar las asimetrías (sociales, culturales, económicas, físicas o de otro tipo) que caracterizan a los sujetos de la relación. En otras palabras, se trata de inscribir las acciones de violencia señaladas, en el contexto de la estructura social en cuyo marco tienen lugar. En un trabajo ya clásico sobre el maltrato a las mujeres en la esfera íntima y su regulación jurídica, Elizabeth Schneider pone de manifiesto la necesidad de vincular los casos individuales, lo «particular», con la experiencia social de las mujeres, es decir el alcance «general» de la posición que las mujeres ocupan en la estructura social (2010a:23). La autora afirma:

> Si enfocamos de forma simultánea lo particular y lo general, ello no significa negar lo distintivo de las experiencias de las mujeres abusadas […] las experiencias particulares del abuso son configuradas por el género, por los roles de género, por experiencias de la

17. Ver Gavara (2013:348).
18. Sobre «el contexto de dominación o miedo para la víctima» y la interpretación subjetiva u objetiva de estos elementos, ver C. VÁZQUEZ, C. (2013:407-410). Sobre la exigencia de «elemento machista» o «ánimo machista», ver P. M. de la CUESTA (2013:62-64); SOUTO (2013:342). Ver también M. Pérez Manzano (2017:18-23).

> maternidad, por relaciones desiguales y restringidas con hombres, y por actitudes sociales hacia las mujeres. […] debemos poner en contexto el maltrato y relacionar el abuso de la mujer con cuestiones más generales de subordinación de género, relaciones de poder y violencia en vínculos íntimos. (2010a:41)[19]

Schneider pone de manifiesto aquellos elementos del concepto a los que ya nos hemos referido en los primeros apartados de este trabajo: para poder subsumir las experiencias particulares de las mujeres en conceptos que reconozcan e integren la totalidad de su experiencia, hace falta inscribir dichos conceptos en el marco de una teoría más amplia y en relación con otros conceptos que le confieren significado. Como afirma Añón, todas las manifestaciones de violencia sobre las mujeres que caracterizamos como violencia de género incorporan un patrón o modelo de las relaciones entre varones y mujeres que responde a una construcción sociocultural; así, las diversas manifestaciones de la violencia de género tienen el mismo origen en la estructura social que ubica a las mujeres en una posición diferente de la de los varones, creando desigualdad y discriminación[20].

En general, persiste en el ámbito jurídico una resistencia a admitir la necesidad de soluciones singulares para afrontar los conflictos que las mujeres encuentran en la sociedad tal como están conformadas las relaciones de género; parece persistir en las disciplinas jurídicas en general, la creencia en la no necesidad de desarrollos innovadores o que puedan representar desafíos para los modelos existentes. Larrauri ha señalado cómo la interpretación de la ley penal (tipos penales, dolo, agravantes y atenuantes) y de las instituciones penales (como la legítima defensa, en sintonía con la cita que hace Poggi al análisis de Susanna Pozzolo sobre este tema (2019:296), es llevada a cabo por los operadores jurídicos a través de conceptos, categorías y estereotipos que lejos de tener en cuenta a las mujeres, su cuerpo, su contexto de relaciones, sus valores y creencias, revelan la perspectiva masculina sobre los hechos (Larrauri, 2008; 2009:48-51). Algo parecido sucede en el ámbito de aplicación de las penas. La falta de diferenciación de perfiles delictivos en función del género, lleva a aplicar las mimas penas a varones y mujeres, en relación con delitos que allí donde son cometidos por mujeres no revelan, generalmente, los mismos índices de peligrosidad que al ser cometidos por varones (un ejemplo de esto es la comisión de delitos relacionados con el tráfico de drogas (Larrauri, 2009:53).

Me he detenido más arriba en algunos aspectos de la legislación española[21] porque su examen ilustra en qué consiste el criterio que Poggi señala como «solo por ser mujer», es decir, la especificidad de género. En definitiva, el concepto de violencia de género resalta la pertinencia de pensar la violencia desde la singularidad de las mujeres y teniendo en cuenta los aportes que ha realizado la teoría feminista en lo relativo a la estructura social patriarcal. Tal singularidad se pone de manifiesto cuando incorporamos al análisis una perspectiva que tome en cuenta las peculiaridades de los comportamientos y

19. Ver también Schneider (2010b).
20. Ver AÑÓN (2016:6-7).
21. Para un análisis más extenso, ver Alvarez Medina (2018: 370-381).

acciones que tienen lugar en el ámbito privado, íntimo y de las relaciones familiares y de pareja, así como las asimetrías relevantes, el contexto y el entramado de relaciones en el que las mujeres identifican sus intereses y hacen uso de sus libertades. Todos estos aspectos comienzan a hacerse presentes en las normativas nacionales e internacionales, así como en la jurisprudencia, que incorporan la perspectiva de derechos humanos para las mujeres; la referencia a los derechos humanos, por tanto, resulta útil.

4. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU UTILIDAD PARA EL DERECHO

4.1. La *irreversibilidad* del concepto de género

Los últimos apartados del artículo de Francesca Poggi están dedicados a distinguir «diferentes sentidos de la violencia de género» (2019:294 y ss.). La primera opción explorada por la autora es «la violencia como estereotipo de género», referida a que «la actitud hacia la violencia es un estereotipo de género con base estadística: 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» (2019:294). Aquí la autora explora las conclusiones que se podrían derivar del hecho estadístico que revela que los actos violentos son cometidos mayormente por varones. Más allá de la relevancia de este hecho en el ámbito de la política criminal y la política legislativa, se trata de un significado muy alejado de los conceptos manejados tanto en la normativa sobre violencia, como en la jurisprudencia y la teoría jurídica, por lo que no me parece que esta opción proporcione aportes significativos al concepto de violencia de género.

Desde el punto de vista conceptual, Poggi sigue confundiendo los estereotipos con el género, y éste con algo así como un concepto *unisex*, una categoría *reversible*, que valdría tanto para mujeres como para varones. Pero el género no es una categoría reversible; como se refirió ya en la primera parte de este comentario, el género introduce la perspectiva de las mujeres. Esto no quita que se pueda, o incluso que sea deseable, introducir una perspectiva que indague en las peculiaridades de los varones; esto podría ser un ejercicio fructífero y coincidir con los más recientes estudios sobre la masculinidad[22]. Así, cuando Poggi afirma que «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» (2019:295), parecería más adecuado hablar de estereotipos sobre la masculinidad, ya que se refiere al comportamiento o caracterización de conductas de los varones. De manera similar, cuando afirma que «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

22. Sobre masculinidades, ver Connell (2005); sobre masculinidades y violencia de género, ver García Sáez (2021).

estadísticamente más inclinados a la violencia respecto de los miembros de género femenino» (2019:298), se está utilizando el término «género» en un sentido que nada tiene que ver con el acuñado por la teoría de referencia y recogido por la normativa sobre violencia de género, al que la propia Poggi se refiere en la primera parte de su trabajo, sino que recoge otra acepción del vocablo como grupo al que pertenecen las personas según su sexo (2019:298).

La segunda opción explorada por Poggi es la que entiende por violencia de género «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» (2019:298). Aquí la autora vuelve a utilizar el vocablo género en la acepción señalada en el párrafo anterior, es decir, como concepto *unisex* -válido para unos y otras- o *reversible* -que de un lado valdría para las mujeres y del otro para los varones- y en referencia al grupo al que pertenecen las personas en razón de su sexo, como dice el diccionario de la RAE en una malograda definición de género, como «grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico». Los ejemplos que ofrece Poggi de este segundo sentido revelan una casuística variada, pero no parecen ayudar a dilucidar el concepto. Por un lado, la autora menciona específicamente los casos llamados de «defensa cultural», especialmente condenados por el Convenio de Estambul, en referencia a prácticas tales como los «crímenes de honor» o las justificaciones que apelan a la costumbre, la cultura, la religión u otros (2019:299). Por otro lado, Poggi refiere como «agravante de género» los casos de incremento de la pena por homofobia previstos por algunos sistemas penales (2019:299). En este último supuesto la autora estaría incluyendo dentro del concepto de violencia de género los casos de comportamientos homófobos, cuya definición excede las consideraciones de género tales como han sido definidas más arriba, lo que requeriría, por tanto, justificar la ampliación conceptual. En cualquier caso, se trataría de usos vinculados a la violencia de género, pero no centrales al concepto, que la autora expone abusando nuevamente, a mi entender, de la noción de estereotipos, cuando afirma que esta acepción de la violencia de género pretendería «contrastar estereotipos sociales» (2019:300).

Poggi descarta estos primeros sentidos de la violencia de género ya que, afirma, no responden al concepto que aparece en la normativa sobre la materia y, podemos agregar, no responden al marco teórico de referencia del concepto. En el resto de su trabajo, la autora se centra en analizar los dos criterios que ya anticipara al inicio de su artículo que sí aparecen en las definiciones contenidas en los preceptos normativos nacionales e internacionales, es decir, «el criterio cuantitativo» y el que se refiere a la violencia motivada por el hecho de ser mujer, que ahora denomina «criterio ideológico» (2019:303).

Con respecto a las consideraciones basadas en la mayor incidencia de ciertos actos de violencia sobre las mujeres, es decir el «criterio cuantitativo», me remito a lo ya dicho en el apartado anterior. Solo agregaré algunos comentarios a afirmaciones que realiza la autora que me parece que vuelven a introducir perplejidad en torno a la cuestión. En

la página 302, Poggi afirma que el criterio cuantitativo no es relevante para identificar la violencia de género:

> 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; sin embargo, este crimen nunca ha sido considerado como una forma de violencia basada en el género (2019:302).

Este párrafo vuelve a tergiversar el alcance de la violencia de género en sentido técnico jurídico, basado en las categorías y conceptos desarrollados primero por la teoría feminista y luego por la teoría jurídica y plasmado en la normativa y la jurisprudencia. Poggi utiliza nuevamente el vocablo género como grupo de pertenencia de las personas identificadas por su sexo cuando se refiere «a los individuos de un determinado sexo o género», apelando al ya aludido concepto reversible, pero esto nada tiene que ver con el concepto de género al que la propia autora se refiere en el apartado 2 de su artículo y sobre el que quiere indagar mencionando alguna bibliografía de teoría feminista -aunque tomando luego la deriva de los estereotipos que la llevan a confundir el género con los estereotipos. Si se entiende el género en los términos ya señalados, como categoría que refiere a una estructura socio-cultural, entonces, que los varones sean con mayor frecuencia víctimas de homicidios y, asimismo, sean con mayor frecuencia perpetradores de homicidios, son datos que deberían analizarse también en relación con dichos factores socio-culturales, para observar si revelan alguna especial necesidad jurídica de protección o garantías. En cualquier caso, se pone de manifiesto que la condición de afectar desproporcionadamente a un grupo de personas no es una condición suficiente para ser considerada violencia –no ya de género, sino, tal vez, específica-, lo que en absoluto quiere decir que no sea una condición relevante.

Respecto del ejemplo del llamado *snatching* –que se caracteriza por la sustracción con violencia, a través de una acción sorpresiva y seguida de fuga-, afirma Poggi que se trataría de una tipología de delito que tiene una mayor incidencia en las mujeres ancianas. En este sentido, resultaría interesante contar con los estudios necesarios para trazar el perfil de género de tal delito, e investigar el contexto en el que este tipo de conductas tienen lugar. En los últimos años, por ejemplo, diversos tipos de acoso, tradicionalmente ejercidos sobre las mujeres y largamente silenciados, han sido puestos de manifiesto y están siendo objeto de mayor atención por parte de las autoridades públicas, tanto en su actividad reguladora como en sus políticas públicas -piénsese en los recientes estudios sobre el acoso a las mujeres en el transporte público en diversas ciudades latinoamericanas[23].

23. Al respecto pueden consultarse los siguientes informes de Naciones Unidas sobre la seguridad de mujeres y niñas en las ciudades (agradezco a la jurista y consultora en género y derechos humanos, Tania Sordo, por

Consideraciones similares merece el ejemplo ofrecido por Poggi sobre la mutilación genital, para mostrar que la identificación de la violencia de género no necesita del criterio cuantitativo. En primer lugar, como se dijo ya en el apartado anterior, el criterio cuantitativo es importante al momento de tomar decisiones de política legislativa, política criminal y política pública; esto no quiere decir que sea el único criterio ni el más importante, pero es ciertamente un indicador que las autoridades públicas no deberían ignorar ni pasar por alto. Dicho esto, el ejemplo de la mutilación genital introducido por Poggi resulta sorprendente, al desconocer los términos diametralmente distintos de la comparación que lleva a cabo. La autora afirma que cuantitativamente son muchos más los casos de mutilación genital masculina, especialmente de niños, que los de mutilación genital femenina, realizando una comparación entre tipos de intervenciones muy distintas que tienen lugar en contextos también distintos. La comparación, así planteada, oculta que mientras en el caso de los varones circuncidados se trata de una práctica que no conlleva secuelas ni complicaciones para la vida sexual de los afectados -hasta el punto incluso que en algunas asociaciones médicas se ha llegado a afirmar que la extracción del prepucio a niños recién nacidos puede acarrear más beneficios que riesgos-, en el caso de las mujeres conlleva graves trastornos, no solo durante la intervención, ya que afecta la futura vida sexual y reproductiva de las mujeres[24]. En el último párrafo dedicado a esta cuestión, la autora admite que «puede ponerse en duda que la circuncisión no terapéutica de varones sea una forma de violencia de género, mientras que es indiscutible que lo son las mutilaciones genitales femeninas (infibulación, varios tipos de escisión, etc.)» (2019:302). Tal vez haya que empezar entonces por el final y constatar que estamos frente a una comparación que no ha sido planteada en todos sus términos, por tratarse de dos prácticas cuya diferencia central radica en el daño que produce una frente a la ausencia de daño en la otra. Al respecto, como ha señalado y problematizado con acierto Ruth Mestre, la mutilación genital femenina suele ser enfocada como una forma cultural de violencia (2017), cuya gravedad en la salud de las niñas y jóvenes a las que se le practica no parece guardar relación alguna con la circuncisión masculina. Como recuerda Mestre,

> hablar de MGF [mutilación genital femenina] es hablar de sexo, identidades, género y poder, donde poder significa tanto el que tienen los hombres sobre las mujeres en sociedades patriarcales como el que tienen las familias en el establecimiento y diseño del plan de vida de las personas, y en particular las mujeres (2017:210).

Vuelve a sorprender que Poggi no indague en el contexto, las circunstancias, los sujetos, los significados y las consecuencias físicas y psíquicas que este tipo de intervenciones

haberme facilitado estos materiales): https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2019/01/safe-cities-and-safe-public-spaces-international-compendium-of-practices; https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2017/10/safe-cities-and-safe-public-spaces-global-results-report; http://www.americalatinagenera.org/es/index.php?option=com_content&view=article&id=295&Itemid=170; https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2017/03/diagnostico-ciudades-seguras; https://plan-international.es/inseguras-en-las-calles-experiencias-de-acoso-callejero-en-grupo-en-ninas-y-mujeres-jovenes

24. Ver https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation

tienen en uno y otro caso, y por el contrario realice una comparación en términos cuantitativos de dos supuestos tan distintos, admitiendo solo que «puede ponerse en duda» que se trate en ambos casos del mismo tipo de violencia. Hay que agregar que, una vez más, Poggi entiende aquí por género la pertenencia a un grupo identificado por su sexo –varones/mujeres- como hace en otros pasajes de su texto. Esta conceptualización resulta, por un lado, escasa para explicar prácticas, comportamientos y fenómenos culturales y sociales complejos y, por otro lado, a contracorriente de la asentada literatura sobre la materia. En cualquier caso, el rendimiento explicativo que puede sacarse al concepto así planteado no parece tener mucho recorrido.

4.2. La ideología y los conceptos jurídicos

Por último, Poggi se centra en lo que llama «el criterio ideológico» para caracterizar la violencia de género, según el cual «una violencia está basada en el género si está dirigida contra una mujer como tal, por el hecho de serlo» (2019:303), y en seguida agrega que «no es fácil entender lo que esto significa, dado que no hay formas de violencia que solo afecten a las mujeres» (2019:303). La afirmación, como sucede en otros pasajes del texto, sorprende, porque la realidad ofrece numerosos supuestos de violencias que solo afectan a las mujeres[25]; por poner solo unos pocos ejemplos paradigmáticos, piénsese en violencias reproductivas tales como embarazos forzosos o abortos forzosos, o en la violencia sexual perpetrada a través de la penetración vaginal. Más allá de estos casos, la terminología violencia de género, como su nombre indica y como se viene insistiendo desde el inicio de estas páginas, quiere hacer referencia a una especificidad que no alude tanto al sexo ni a singularidades biológicas, sino al significado que ciertos actos adquieren en una estructura social determinada. A lo largo de su trabajo, Poggi elude esta contextualización de los actos de violencia, aparentemente en el intento de construir categorías cuya abstracción las llevaría a prescindir del contexto; sin embargo, conceptos que prescindan de tener en cuenta la tipología de casos en que serán aplicados, no parece que puedan servir para dar respuesta a conflictos que son sociales, es decir, que se gestan y se dotan de significado en contextos sociales y culturales. Como se mencionó ya más arriba, en dicho contexto, la misma acción, el mismo gesto, puede revestir significados distintos en varones y mujeres.

Para Poggi, la referencia a la «estructura social» es lo que caracteriza el que denomina criterio ideológico. La autora menciona en relación con dicha estructura «la subordinación/opresión/dominación» (2019:303), y aunque no nombra en ningún momento al patriarcado, la referencia a la estructura de dominación alude precisamente a lo que se explicó al principio de este comentario, es decir, el patriarcado como aquella categoría que la teoría feminista ha elaborado para dar connotación política a la estructura social de subordinación. El abuso de la noción de estereotipos, que vuelve a aparecer

25. Sobre violencias contra las mujeres, ver Alvarez Medina y Bergallo (2021).

aquí, desdibuja también la crítica de Poggi sobre la estructura social, ya que realiza una caracterización algo endeble al afirmar que,

> 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 (2019:303).

Evidentemente, este planteamiento crea numerosos problemas, fundamentalmente porque la «sumisión» de que habla la autora no es el resultado de los estereotipos de género, sino de complejas relaciones entre varones y mujeres que la teoría feminista ha puesto de manifiesto desde la antropología, la historia, la sociología, la literatura, el arte, la psicología, la economía, las ciencias, la medicina y, por supuesto, también el derecho. Como se ha explicado ya, el patriarcado no se refiere a estereotipos, ni siquiera a relaciones de poder reflejadas en estereotipos.

Poggi agrega algunas críticas puntuales. La primera en relación con la autoría de los actos de violencia de género, los cuales, señala, «pueden ser ejecutados también por mujeres» (2019:303) y menciona específicamente la mutilación genital femenina, la cual es con frecuencia propiciada por las mujeres de la familia y practicada también por mujeres. El concepto de violencia de género que Poggi maneja desde el principio de su trabajo se centra en los dos criterios ya numerosas veces aludidos, el cuantitativo y el ideológico, basados en las personas víctimas o potenciales víctimas de este tipo de violencia. A pesar de esto, la cuestión de la autoría es relevante y en algunos supuestos ha sido estudiada a raíz de las legislaciones específicas. Por ejemplo, en España, y en relación con la ya mencionada LOVG, que tipifica los casos de violencia en la pareja en los que el varón es el agresor y la mujer es la víctima, se ha planteado la singularidad de aquellos casos de parejas del mismo sexo en los que el sexo de la agresora y la agredida (o el agresor y el agredido) son el mismo. No voy a profundizar aquí en esta cuestión que, efectivamente plantea casos especiales que las legislaciones y la jurisprudencia deberán analizar para desentrañar las soluciones adecuadas. Sin embargo, la presencia de estos casos singulares no resta validez a las categorías que recogen una tipología de agresión que se verifica en atención al primer criterio analizado por Poggi, el cuantitativo, con la relevancia para la política legislativa a que ya se ha hecho referencia. Como sucede a menudo con las categorías jurídicas, la casuística y sus innumerables posibilidades sobrepasan la construcción de categorías en las que sean subsumibles de manera perfecta todos los casos que se presentan para ser resueltos en los tribunales. De manera que constatar que una norma resulta infraincluyente -lo que podría poner en evidencia una deficiente técnica legislativa-, como en el caso señalado, no necesariamente resta validez a los conceptos sobre los que se basa.

La segunda objeción de Poggi se refiere a la posibilidad de «violencia de género contra hombres» (2019:303) y a la falta de inclusión de esta posibilidad por el concepto de violencia de género tal como aparece en los documentos analizados por la autora. Los términos de la expresión «violencia de género contra hombres» expresan un contrasentido, no hay violencia de género contra hombres, teniendo en cuenta,

como se ha señalado ya muchas veces a lo largo de estas páginas, los términos en que ha sido acuñado el concepto; podría haber formas específicas de violencia contra los varones y habría que conceptualizarlas como tales. El caso de las personas transexuales e intersexuales, otra vez, puede plantear cuestiones específicas que la legislación y la jurisprudencia deberán analizar e interpretar y que, eventualmente, podrían requerir nuevos conceptos o categorías. En cuanto al matrimonio forzado o forzoso, también aludido por la autora, nuevamente Poggi persiste en lo que he llamado la reversibilidad del concepto: si es violencia de género para las mujeres, también debería ser violencia de género para los varones sometidos a esta práctica ya que, dice Poggi, «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» (2019:304).

Poggi afirma aquí la diferencia entre el caso de la mutilación genital –respecto de la que ahora parece reconocer que merece una valoración diferente según se practique en varones o mujeres- y el caso de los matrimonios forzados. Pero Poggi no repara ahora en la desproporción con que en el mundo se produce dicha práctica: según información de Naciones Unidas, «las niñas permanecen desproporcionadamente afectadas, con *1 de cada 5 mujeres jóvenes de 20 a 24 años de edad que se casaron antes de cumplir 18 años*, en comparación con 1 de cada 30 hombres jóvenes»[26]. No cuestionaré la afirmación de Poggi en relación con el igual desvalor, para niños y niñas, jóvenes en general, de tal forma de matrimonio, a igualdad de condiciones, supuesto que muy probablemente no se verifique en las sociedades en las que esta práctica tiene lugar. Sin embargo, el dato de la desproporción en relación con este tipo de matrimonios demanda una explicación que se halla en la estructura de la sociedad no igualitaria, que empuja a las mujeres hacia la privación de autonomía, las fuerza al matrimonio, la maternidad o los cuidados; las oprime; es el hecho de ser mujer.

Pero según Poggi,

> el defecto más grave del criterio ideológico es su imprecisión y falta de selectividad: no es un criterio claro […] la relación entre el acto de violencia 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 (2019:304).

Me parece que aquí hay una confusión entre el diagnóstico de una situación social, estructural, de alcance general, y los casos particulares con las correspondientes percepciones individuales. La violencia de género es un problema de alcance social, no es un problema puntual o que responda a causas estrictamente particulares o individuales[27]. Es práctica legislativa fundamentar las leyes en un diagnóstico social que pone de relieve un problema extendido. Por poner un ejemplo, la legislación laboral que tutela a los tra-

26. https://news.un.org/es/story/2019/06/1457291.

27. En este sentido se expresa Añón, quien suma al carácter social de la violencia de género su vinculación con la discriminación y la desigualdad (2019:48). No me he extendido aquí sobre la vinculación entre violencia y discriminación ya que Poggi no se refiere expresamente a esta cuestión –a pesar de existir una referencia expresa en el artículo 3 del Convenio de Estambul- y requeriría más espacio; ver también Mestre (2017:207).

bajadores, regula los sindicatos, el derecho a la huelga, etc., se basa en constatar que los trabajadores son la parte más débil en la contratación laboral, frente al mayor poder de los empleadores, las empresas o, incluso, las compañías multinacionales. Se trata de una diferencia o desigualdad que estructura la sociedad de mercado en la que se inscriben las relaciones laborales. Dicho esto, el análisis de casos individuales hará que encontremos supuestos de trabajadores altamente cualificados –piénsese en los conocidos escándalos de los «trabajadores» del sector financiero con importantes retribuciones, responsabilidades y capacidad de decisión-, con gran poder de negociación con sus empleadores, respecto de los cuales, la legislación laboral más garantista no parece guardar proporción alguna con su situación. Sin embargo, sería difícil argumentar que estos casos puntuales invalidan la legislación laboral o los presupuestos que la impulsan. Volviendo a la violencia de género y a la noción de patriarcado o estructura de dominación en la que se enmarcan las relaciones entre varones y mujeres, reconocer dicha situación estructural que sirve de antecedente legislativo, hace innecesario tanto que haya que identificar la misma en cada caso (precisamente porque es un dato antecedente y estructural de la sociedad, no particular de cada caso, un elemento objetivo, no subjetivo), como que las víctimas o los autores tengan que reconocerse como participantes en dichas relaciones.

Hacia el final su artículo, la autora insiste en la posibilidad de extender el concepto a otros grupos de sujetos, afirmando 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 (2019:304).

Vayamos por partes. En primer lugar, entra en el párrafo transcrito un concepto diferente, el de violencia doméstica, que a menudo ha sido utilizado con alcances diversos en contextos diversos, por ejemplo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, pero que conviene aclarar y deslindar. Me parece que Poggi intenta aquí fusionar dos conceptos que denotan cosas distintas: la violencia doméstica no se debe equiparar a la violencia de género ya que, como se ha insistido muchas veces, de una parte el ámbito doméstico o familiar constituye solo uno de los diversos ámbitos en los que puede tener lugar la violencia de género, y de otra parte, la violencia doméstica encierra muchos y diversos tipos de violencia, no solo de género, como la violencia contra los hijos y las hijas menores de edad, entre otras[28]. Dentro del ámbito doméstico, la violencia de género es una forma específica de violencia en la familia que involucra a las mujeres; típicamente, como en el caso de la legislación española en la materia, se alude a la violencia de género para referirse a la violencia en las relaciones de pareja –aunque hay otros tipos de violencia contra las mujeres en la familia que se

28. Ver Quicios Molina y Alvarez Medina (2019:18); ver también Añón (2019:53-57).

pueden considerar violencia de género, por ejemplo, la ejercida por los padres sobre las hijas u otros. La violencia doméstica, por tanto, no es violencia de género sin más y los estereotipos, como se ha dicho ya reiteradamente, poco aportan en la tarea de clarificar estos diversos conceptos.

Llegados a este punto, conviene que nos preguntemos por qué Poggi se ha referido a la presencia de un «criterio ideológico» para dar cuenta de los problemas que según la autora plantea la violencia de género, sobre cuestiones variadas relacionadas con lo que podríamos llamar, la *capacidad inclusiva* del concepto –en relación con los matrimonios forzados, el *snatching* o la violencia doméstica. Estas señalaciones de la autora parecen apuntar a que la noción de «violencia de género» no se corresponde con una categoría suficientemente incluyente, porque no es una categoría neutral y, por tanto, no llega a ser universal en relación con todos los sujetos, varones y mujeres: no se expresa en términos neutrales respecto del sexo de las personas, a la luz de las consideraciones introducidas por la categoría «género». Pero entonces tendremos que preguntarnos: ¿deben todas las categorías jurídicas tener este alcance universal? ¿No identifica, a veces, el derecho, grupos de personas respecto de los cuales debe legislar y eventualmente introducir conceptos específicos? ¿Es la legislación sobre aborto, por ejemplo, deficiente en este sentido porque solo afecta a las mujeres? ¿O lo son las leyes laborales que recogen la especificidad de las mujeres en el contexto social y legislan en consecuencia, teniendo en cuenta el embarazo, la maternidad, la lactancia?

Da la sensación al finalizar la lectura del trabajo de Poggi, que la autora está en busca no ya de categorías que tengan un alcance general, sino de categorías cuya capacidad inclusiva responda al universo de personas, a todos los seres humanos con independencia de su sexo o género; conceptos capaces de captar realidades homogéneas y relaciones perfectamente simétricas. ¿Pero existe una realidad perfectamente homogénea que captar? ¿son las relaciones entre varones y mujeres en nuestra sociedad perfectamente simétricas? Si esto no es así y descubrimos que la sociedad es heterogénea y que las relaciones no son perfectamente simétricas, que hay estructuras de desigualdad, personas en situación de vulnerabilidad, sexismo y otros complejos fenómenos sociales, entonces tal vez las categorías universales[29], en el sentido de incluir por igual a varones y mujeres, –que parecen propiciar las indicaciones de Poggi–, en algunos casos no logren plasmar el tipo de relaciones que el derecho aspira a regular. Las categorías jurídicas deben servir para captar la realidad, sin pretender que sea la realidad la que se adapte a las categorías. Querer encorsetar la realidad en categorías perfectamente incluyentes, o puras en algún sentido, pero que borran o niegan las especificidades relevantes en las relaciones, no parece una buena técnica jurídica.

En esta misma línea de reflexión, el derecho se nutre continuamente de otras disciplinas que le ayudan a comprender la realidad y los conflictos que en ella se gestan. ¿Es ideología para Poggi escrutar la realidad apelando a la sociología, la antropología, la psicología, la filosofía política, la criminología, los estudios sobre la infancia, la

29. Sobre universalismo, abstracción e idealización, ver Beltrán (2001).

discriminación, el racismo, la homofobia, la economía, la teoría feminista u otras disciplinas? La realidad no solo proporciona cifras y hechos, sino que éstos, como ha quedado de manifiesto en algunos de los ejemplos ofrecidos por Poggi, hay que interpretarlos a la luz de contextos, relaciones, teorías y nociones, a veces complejas, que puedan dar buena cuenta de los fenómenos sociales. Y una buena legislación no puede sino nutrirse de la realidad e interpretarla con las herramientas adecuadas. ¿Por qué entonces Poggi clasifica como «ideológico» el criterio que recoge las nociones proporcionadas desde diversas disciplinas y que sirve de fundamento a la normativa internacional en análisis?

Retomando las referencias a los dos criterios señalados por Poggi, la desproporción que afecta a las mujeres y el hecho de ser mujer, podemos afirmar, con Añón, que

> la violencia contra las mujeres se ejerce por razón de género, por el hecho –y el significado- de ser mujer y hombre, y porque los actos violentos que sufren las mujeres de forma desproporcionada derivan de la desigualdad sistémica que les afecta tanto en el espacio público como en el ámbito privado. Así, el artículo 3 del Convenio de Estambul recomienda al intérprete que no solo valore la relación interpersonal entre víctima y agresor, sino también el elemento del contexto estructural, es decir, las razones de género que permean esa estructura social desigual (2019:49).

Para terminar, Poggi afirma que reconoce el «valor político positivo» del criterio ideológico, aunque no le parece acertado «recurrir a una herramienta conceptual tan indeterminada» (2019:304-305). Me parece que la insatisfacción de Poggi con el concepto de violencia de género puede provenir, en primer lugar, de que la autora construye una noción de género alejada del concepto de género tal como ha sido acuñado en la teoría feminista e incorporado al ámbito jurídico; la noción pergeñada por la autora con base en los estereotipos encuentra así dificultades para explicar las acciones y comportamientos a que se refiere la normativa jurídica que analiza. En segundo lugar, algunas de las críticas de Poggi van encaminadas a señalar lo que aquí he denominado la irreversibilidad del concepto, es decir, que el género no caracteriza la perspectiva de los varones –no en primer lugar, ni centralmente–, deja fuera de su ámbito excepciones y resulta a veces infraincluyente. Estas críticas, sin embargo, no invalidan el concepto si se tienen en cuenta las consideraciones aquí aportadas sobre la especificidad de las mujeres. El género es un concepto que recoge la situación y perspectiva de las mujeres.

Dicho esto, por supuesto puedo estar de acuerdo con Poggi en que el concepto y, sobre todo, las diversas concreciones del concepto de violencia de género que tienen lugar a través de las los convenios internacionales, las regulaciones nacionales o la interpretación jurisprudencial, son susceptibles de mejoras. Aún con sus aspectos mejorables, la importancia de que se haya acuñado un concepto como el de violencia de género hay que ubicarla en el contexto de la ausencia histórica de las mujeres como sujetos y como objeto del derecho. De ahí también la relevancia de la perspectiva de derechos humanos. Que las mujeres no hayan sido ni ciudadanas, ni actoras políticas, ni sujetos de derechos a lo largo de los siglos y hasta hace apenas unas décadas, ha determinado la ausencia en el derecho de muchas acciones, comportamientos e intereses que son relevantes en la vida de las mujeres. Cuestiones como la sexualidad, la reproducción

o la violencia en el ámbito público y, especialmente, en el ámbito privado, no han sido sino hasta hace muy poco objeto de tratamiento jurídico desde la perspectiva de las mujeres, es decir, no atendiendo a la autonomía, los intereses y propósitos de los varones, sino atendiendo a la autonomía y los intereses legítimos de las mujeres. Esta prolongada ausencia y la consecuente desprotección jurídica que han vivido las mujeres ha sido un elemento más en la construcción de las relaciones de poder entre varones y mujeres, esa estructura social en cuyo marco se incardinan las acciones individuales. Suelo recordar, en este sentido, las palabras de Alda Facio cuando señala que el gran problema jurídico de las mujeres no ha sido solo la discriminación, es decir, que no se las tratase con igualdad o no se les reconociesen y aplicasen los mismos derechos que a los varones; el gran problema han sido «las leyes que no existen, […] las instituciones que no se han creado» (1999:108). También en el ámbito de los derechos humanos hay derechos que han faltado, y que siguen faltando, y que recién en nuestros días se empiezan a articular[30]. Por eso la importancia de contar con un Convenio de Estambul o con una LOVG como la española, porque al reconocer la violencia de género articulan, garantizan y protegen los intereses legítimos de las mujeres.

Utilizando sus términos, creo que Poggi no ha escogido todas las herramientas necesarias para analizar la violencia de género contra las mujeres; me parece que falta en su trabajo el trasfondo que proporciona la teoría que incorpora la perspectiva privada, pública, política y jurídica de las mujeres; así como esa genealogía de reivindicaciones, de denuncias, de lucha por el reconocimiento de los derechos, que no son solo los derechos que ya estaban, son derechos nuevos que reconozcan la ciudadanía pública y privada de las mujeres. Tal vez, entonces, haga falta volver a equipar la caja de herramientas del teórico y la teórica del derecho, de las y los juristas, dotarla de instrumentos, nociones, perspectivas nuevas, aquellas que han faltado tradicionalmente en el derecho, pero que son necesarias si vamos a incorporar conceptos también nuevos, como el de violencia de género. Vayan por tanto estas notas como aporte para el debate.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez Medina, S., 2001: «Diferencia y teoría feminista», en E. Beltrán y V. Maquieira (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza.

Alvarez Medina, S., 2001: «Feminismo radical», en E. Beltrán y V. Maquieira (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza

Alvarez Medina, S., 2018: «Derechos humanos emergentes. Fundamentación, contenido y sujetos desde una perspectiva de género», en A. Ródenas (ed.), *Repensar los derechos humanos*, Lima, Palestra.

30. En consonancia con esta perspectiva, y en relación con la legislación en materia de derechos reproductivos, Letizia Gianformaggio afirmó que la terea pendiente del feminismo radica en el «riconoscimento delle specificità delle donne» (2005:218).

Alvarez Medina, S. y P. Bergallo (coords.), 2021: «Presentación», en S. Alvarez Medina y P. Bergallo, *Violencias de género: relaciones en contexto*, Buenos Aires, Didot, en prensa.

Alvarez García, F. J., 2013: «Indicadores de violencia de género», en Castillejo Manzanares, R. (direc.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidad de Santiago de Compostela.

Añón Roig, M. J., 2016: «Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 33.

Añón Roig, M. J., 2019: «Violencia y discriminación: evoluciones conceptuales», en S. Quicios Molina y S. Alvarez Medina (directoras), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Madrid, Aranzadi.

Añón Roig, M. J. y R. Mestre i Mestre, 2005: «Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho», en J. Boix Reig y E. Martínez García (coords), La nueva Ley contra la Violencia de Género, Iustel, Madrid.

Beltrán Pedreira, B., 2001: «Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad», en E. Beltrán y V. Maquieira (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza.

Brysk, A., 2017: «Expanding rights: new frames for violence against women», en *Expanding Human Rights. 21st Century Norms and Governance, Cheltenham*, Uk, Edward Elgar Publishing.

Bunch, C., 1995: «Transforming Human Rights from a Feminist Perspective», en J. Peters y A. Wolper (eds.), *Women's Rights, Human Rights*, Routledge, New York.

Charlesworth, H., 1994: «What are 'Women's International Human Rights'?», en R. J. Cook (ed.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia.

Connell, R. W., 2005: *Masculinities* (2ª ed.), Cambridge, Polity.

Copelon, R. «Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture», en Cook, R. J. (ed.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994.

Crenshaw, K. W., 1989: «Demarginalizing the intersection of race and sex», *University of Chicago Legal Forum*, pp.139-67.

Cuesta Aguado, P. M. de la, 2013: «Machismo y Violencia», en Castillejo Manzanares, R. (direc.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidad de Santiago de Compostela.

Facio, A. y L. Fries (eds.), (999: *Género y Derecho*. American University, Lom Ediciones, La Morada, Santiago de Chile.

Fitzpatrick, J., 1995: «The Use of International Human Rights Norms to Combat Violence Against Women», en Cook, R. J. (ed.), *Human Rights of Women*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Fuss, Diana, 1989: *Essentially Speaking. Feminism, Nature & Difference*, London, Routledge.

García Sáez, José Antonio, 2021: «Estudios sobre masculinidades y violencia de género. Una aproximación filosófico-jurídica», en S. Alvarez Medina y P. Bergallo (coords.), *Violencias de género: relaciones en contexto*, Buenos Aires, Didot, en prensa.

Gavara de Cara, J. C., 2013: «Tribunal Constitucional y violencia de género», en Castillejo Manzanares, R. (direc.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidad de Santiago de Compostela.

Gianformaggio, L., 2005: *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, Il Mulino.

Gimbernat, E., 2005: «Prólogo a la décima edición», Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ed. de E. Gimbernat Ordeig con colaboración de E. Mestre Delgado, Tecnos, Madrid.

Jackson, Stevi, 1998: «Theorising Gender and Sexuality», en S. Jackson y J. Jones (eds.), *Contemporary Feminist Theories*, Edinburgh University Press.

Larrauri, E., 1994: «Control informal: las penas de las mujeres…», en E. Larrauri (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo xxi, Madrid.

Larrauri, E., 2007: *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, Madrid.

Larrauri, E., 2009: «Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y Derecho penal», en *Anuario de Filosofía del Derecho de la UAM*, Número 13, pp. 37-55.

Laurenzo Copello, P., 2013: «Apuntes sobre el feminicidio», en R. Castillejo Manzanares (direc.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidad de Santiago de Compostela.

Maqueda Abreu, M. L., 2010: «1989-2009: veinte años de "desencuentros" entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», en Puente Aba, L. M. (directora), *La respuesta penal a la violencia de género*, Granada, Editorial Comares.

Maquieira, V., 2001: «Género, diferencia y desigualdad», en E. Beltrán y V. Maquieira (Eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza.

Martínez García, E., 2005: «La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre», en J. Boix Reig y E. Martínez García (coords), La nueva Ley contra la Violencia de Género, Iustel, Madrid.

Mestre I Mestre, R. M., 2017: «Las MGF como una forma cultural de violencia contra las mujeres en el convenio de Estambul», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2017:29, pp. 205-219.

Molina Fernández, F., 2009: «Desigualdades penales y violencia de género», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, número 13.

Nicholson, L., 2000: «Gender», en A. M. Jaggar y I. M. Youngs (eds.), *A Companion to Feminist Philosophy*, Oxford, Blackwell.

Okin, S.M., 1999: *Is Multiculturalism Bad for Women? Susan Moller Okin with respondants*, New Jersey, Princeton University Press.

Pérez Manzano, M., 2017: «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción», *RJUAM*, nº 34, 2017-II.

Quicios Molina, S. y S. Alvarez Medina, 2019: «Introducción», en S. Quicios Molina y S. Alvarez Medina (directoras), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Madrid, Aranzadi.

Rey Martínez, F., 2012: «Diferente sanción penal de conductas semejantes e igualdad constitucional», en S. Huerta Tocildo y M. Pérez Manzano (directoras), *Cuestiones Actuales de la Protección de la Vida y la Integridad Física y Moral*, Thomson Reuters, Navarra.

Roth, K., 1995: «Domestic Violence as an International Human Rights Issue», en Cook, R. J. (ed.), *Human Rights of Women*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Schneider, E., 2010a: «Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición, identificación y desarrollo de estrategias», en J. Di Corleto (comp.), Justicia, género y violencia, Argentina, Libraria Ediciones.

Schneider, E., 2010b: «La violencia de lo privado», en J. Di Corleto (comp.), Justicia, género y violencia, Argentina, Libraria Ediciones.

Ruiz Miguel, A., 2006: «La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva», *Jueces para la Democracia*, n. 55, pp. 35-47.

Sachar, A., 2001: *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press.

Sánchez, C., 2021. «El género de la guerra y el genocidio: reconocimiento jurídico y debates feministas en los noventa», en S. Alvarez Medina y P. Bergallo (coords.), *Violencias de género: relaciones en contexto*, Buenos Aires, Didot, en prensa

Segato. R. L., 2010: *Las estructuras elementales de la violencia*, Buenos Aires, Prometeo.

Souto García, E. M., 2013: «El concepto de 'violencia de género' en el código penal: a propósito del informe del consejo general del poder judicial de enero de 2011», en R. Castillejo Manzanares (direc.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidad de Santiago de Compostela.

Spelman, E. V., [1988] 1990: *Inessential Woman. Problems of exclusion in feminist thought*, Aylesbury, England, The Women's Press.

Vázquez González, C., 2013: «La interpretación judicial de la violencia de género», en R. Castillejo Manzanares (direc.), *Violencia de Género y Justicia*, Universidad de Santiago de Compostela.

Young, I. M., 1995: «Gender as seriality: thinking about women as a social collective», en L. Nicholson y S. Seidman (eds.), *Social Postmodernism. Beyond identity politics*, Cambridge University Press.

ENTREVISTA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Entrevista a Vincenzo Ferrari*

Interview to Vincenzo Ferrari

Nicoletta Ladavac

Autor:
Nicoletta Ladavac

Citar como:
Ladavac, Nicoletta, (2021). Entrevista a Vincenzo Ferrari Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *44*, pp. 589-609. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.24

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.

© Nicoletta Ladavac

1. El año pasado, se publicó en *Diálogos Jurídicos* una larga y detallada entrevista con Benjamín Rivaya, donde discutiste y analizaste a fondo muchos problemas de la filosofía del derecho y de la sociología del derecho. ¿Cuáles han sido los hitos más destacados y decisivos de tu carrera académica?

En primer lugar, la decisión de volver a la filosofía del derecho, que había abandonado, a pesar de haber definido ya el tema de mi tesis de licenciatura para graduarme en 1962 en derecho procesal civil. Era 1964 y Renato Treves estaba empeñado en la ardua tarea de poner en marcha, en Italia y en el extranjero, los estudios de sociología del derecho y hacer que la disciplina fuera reconocida en las universidades. Me acogió entre sus alumnos, precisamente en vista de mi título en derecho positivo, y en 1969 me confió la parte documental de una investigación sobre instituciones sucesorias que había sido financiada por el Consejo Nacional de la Investigación. De esta investigación, que llevé a cabo coordinando un grupo prometedor de estudiantes muy jóvenes, surgió en 1972 mi libro *Successione per testamento e trasformazioni sociali*, cuya publicación, en 1973, me valió el puesto de profesor en la Universidad de Cagliari. Luego, diez años muy fértiles en Cerdeña, otras publicaciones y la victoria en el concurso para profesor ordinario en 1980, fueron determinantes para mi llamada a Bolonia, en 1983, para reemplazar al renunciante Alessandro Baratta, y para la siguiente, en 1990, en Milán, para reemplazar a Vincenzo

* Traducción de Félix Morales Luna.

Tomeo prematuramente fallecido. Mi nombramiento como decano de la Facultad de Derecho de Milán, en el año 2000, fue el último hito, también fundamental, porque me abrió el camino a una intensa colaboración con el Rectorado para las relaciones internacionales de la Universidad, incluyendo la fundación y las actividades de la *League of European Research Universities,* prestigiosa organización de la que la Universidad de Milán es el único miembro italiano. Cinco años después de mi jubilación, inesperadamente, mi carrera se reanudó entre 2016 y 2018 con la dirección científica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.

2. La filosofía del derecho y la sociología del derecho son dos disciplinas estrechamente relacionadas entre sí. ¿Puedes explicar su relación recíproca? ¿Cuáles son los puntos en común, cuáles son las diferencias, y cómo se han desarrollado mutuamente en las últimas décadas?

Académicamente hablando, y limitándonos a la posguerra, el vínculo entre la filosofía del derecho y la sociología del derecho es particularmente estrecho en Italia donde Treves tuvo un papel decisivo, facilitado por la apertura de otros filósofos del derecho como Norberto Bobbio, Vittorio Frosini, Uberto Scarpelli y Giovanni Tarello, cada uno con su propia visión de la sociología del derecho, pero todos convencidos de que se trataba de un discurso científicamente coherente y digno de reconocimiento. También en España hubo esta proximidad, principalmente por una figura como Elías Díaz, filósofo del derecho y de la política, y querido amigo de Treves y mío también durante muchos años. En otros lugares las cosas fueron diferentes. A veces, las figuras de referencia eran juristas, otras veces sociólogos, otras incluso historiadores del derecho, no necesariamente filósofos del derecho.

Desde un punto de vista científico, la filosofía del derecho garantiza una base cultural de gran importancia para la sociología del derecho, cualquiera que sea la orientación de una escuela o de un académico. La filosofía analítica es esencial porque educa en la claridad conceptual y terminológica, pero también es importante la reflexión filosófica sobre los fundamentos valorativos del derecho, sobre los principios de justicia o sobre la raíz neuro-psicológica de las elecciones jurídicas, por mencionar esta área de investigación muy prometedora actualmente. Sin olvidar la teoría de la experiencia jurídica y las corrientes fenomenológicas, que ven el derecho desde un ángulo visual teórico cercano al de la sociología del derecho. En resumen, la filosofía del derecho me parece esencial para el sociólogo del derecho, en todo caso, porque ofrece una base sólida para el pensamiento crítico acerca del derecho.

3. Al igual que Renato Treves y como muchos de tus colegas, te has dedicado y has practicado tanto la filosofía del derecho como la sociología del derecho. ¿Puedes describir este doble compromiso tuyo y cuál de los dos roles te involucró más y por qué?

Ciertamente, he estudiado la filosofía del derecho, y continúo estudiándola. Ocasionalmente también la he enseñado. Mi producción, sin embargo, es esencialmente sociológico-jurídica. Está afectada por la filosofía del derecho, creo en cada punto, como también por la historia del derecho, por el conocimiento (y de la práctica) del derecho positivo y, sobre todo, por el pensamiento sociológico, pero no puede definirse como filosófico-jurídica en sentido estricto, aunque pueda estar dentro en el campo más amplio de la *jurisprudence*, tal como la entienden los anglosajones. Sólo en este sentido es posible hablar tal vez de un «doble compromiso», pero estoy seguro de que no todos mis colegas filósofos del derecho lo piensan así. Recuerdo que cuando, en el año 2008, fui elegido presidente de la Sociedad Italiana de Filosofía del Derecho por dos años, algunos (muy pocos en realidad) ponían mala cara porque era un «sociólogo del derecho».

4. ¿Cuál es el filósofo del derecho y el sociólogo del derecho que más te ha influido y por qué?

En filosofía del derecho diría, por un lado, Hans Kelsen, a quien tuve el privilegio de estudiar con Treves, su traductor y comentarista. Por otro lado, las corrientes realistas, en particular la escandinava, y las corrientes antiformalistas en general. Esto no tiene por qué parecer una contradicción. Con la teoría pura, Kelsen desarrolló una teoría del derecho formal, no formalista en el sentido más común del término, ya que refuta el mito de la certeza en el derecho y reconoce el rol creativo del juez cuando, al decidir, emite con la sentencia una «norma individual». Este reconocimiento, particularmente explícito en el último Kelsen (hablo de la *Teoría General de las Normas*), abre un puente hacia el antiformalismo, el realismo y el institucionalismo. Además de Treves, Bobbio también se preocupó en términos claros de negar que entre estas corrientes de pensamiento y el kelsenismo hubiese una contradicción insalvable.

En la sociología del derecho, mi principal autor de referencia es sin duda Max Weber, a quien debemos el giro epistemológico que permitió a la sociología en general liberarse de las raíces positivistas decimonónicas gracias a su concepción hermenéutica de la acción social. Todo lo que sigue en la sociología (y en la sociología del derecho), sea micro o macro, el interaccionismo, el constructivismo, el neo-funcionalismo, la teoría de los sistemas de Parsons y la de Luhmann, provienen de ahí. Además de otros autores, como Georg Simmel y Alfred Schütz, por supuesto. Añado que también he aprendido mucho de la lección metodológica de Robert King Merton, sobre todo por su opción a favor de las hipótesis de rango medio, sujetas a control empírico. Ha sido la figura más típica de científico social en el campo de la sociología.

5. En tu libro *Funzioni del diritto*, de 1987, analizas el derecho, en particular la interpretación tradicional de la acción social y el análisis sociológico funcional de las acciones humanas, sobre todo desde el punto de vista de su función. ¿La disociación entre el análisis funcional y el funcionalismo, o bien, entre la metateoría y la teoría funcional ha experimentado alguna evolución? ¿Qué función desempeña hoy el derecho?

Funzioni del diritto fue el fruto de una reflexión que, podría decir, me ha atormentado desde mucho antes de que me ocupase de la sociología del derecho, e incluso del derecho. Me refiero a mi relativismo de fondo, a la idea de que toda sensación es personal y a veces, incluso, no comunicable, y que, por lo tanto, todo instrumento del que disponemos para organizar nuestra vida realiza la función que nosotros mismos le asignamos con nuestra voluntad, libre en el fondo, aunque en parte socialmente condicionada. Cuando me ocupé del mundo del derecho, no hice sino recuperar esta actitud básica, obviamente reforzada por el perspectivismo filosófico de Treves y, añado, por el falibilismo de Karl Popper. Por esta razón he intentado escapar de la tradicional representación objetivista y absoluta de las funciones del derecho, a favor de una representación subjetivista y relativa, concibiendo la función de una institución social como una contribución no al estado de una estructura preexistente como en Parsons, o a una exigencia social esencial como la reducción de complejidad o la congruencia de las expectativas, como en Luhmann, sino como contribución a proyectos de acción social. De ahí también la definición sociológica del derecho que prefiero, como medio o modalidad de acción social.

Releyendo el libro muchos años después (lo hice para su reedición en español por la Universidad Externado de Colombia, en el año 2014), pensé que hoy cambiaría algunas partes, profundizaría especialmente la comparación con Luhmann a la luz de su producción posterior a los años ochenta, pero no cambiaría el fondo.

Llegando a la disociación entre análisis funcional y funcionalismo, que fue propuesta por primera vez por Bobbio desde una perspectiva teórico-jurídica, pero con un fuerte impacto sobre la sociología del derecho, no diría que el discurso se profundizó en el nivel epistemológico. No explícitamente, al menos, porque me parece que gran parte de la actual sociología del derecho haga precisamente esta distinción cuando reflexiona sobre las funciones –o el funcionamiento, o los efectos– de tal o cual institución, evitando la macro teoría funcionalista, incluso en sus formas más actualizadas.

En cuanto al derecho vigente y a sus funciones, me limito a decir que el derecho debe afrontar una creciente dificultad para llevar a cabo precisamente aquellas funciones que tradicionalmente se le reconocen. Su crisis actual es profunda.

6. Te has detenido mucho en la relación entre derecho y justicia, un tema clásico que se remonta a los antiguos filósofos griegos. Más allá de su idealismo y utopía, ¿qué significa para tí el concepto de justicia y cómo vez su realización, en particular, en relación con el derecho?

Inicialmente, me ocupé del derecho y de la justicia un poco del lado de los estudios de sociología del derecho, por ejemplo, cuando le propuse a Francesco Mercadante, director de la colección «Civiltà del Diritto» de la Editorial Giuffrè, para hacerme cargo de la edición italiana de *On Justice in Society*, de Morris Ginsberg, autor que estaba en peligro de ser olvidado. He sido un apasionado de la filosofía moral y social, sobre todo británica, de los últimos tres siglos en sus distintas versiones, no sólo el utilitarismo de Bentham y de Stuart Mill, preponderante, sino también otras como la de Bernard

Bosanquet, idealista, y la de Leonard H. Hobhouse, que oscila entre el utilitarismo y el idealismo, rica, pero ella también en riesgo de olvido. De esas lecturas me inspiré para partes especiales de cursos universitarios, en Cagliari y luego en Bolonia, donde en 1986 propuse a los estudiantes realizar conjuntamente una investigación empírica sobre las opiniones de sus compañeros, y ellos mismos sugirieron el tema de los principios de justicia. Dos años después, este tema desembocó en el de los derechos humanos, con un interés preponderante por los conflictos entre derechos proclamados como irrenunciables. De esas investigaciones nació *Giustizia e diritti umani*, de 1995, el volumen que constituye el informe final. El aporte de los estudiantes fue extraordinario aún durante cuatro años académicos.

Todo esto me llevó a compartir con otros estudiosos –pienso en particular en Scarpelli– una concepción de la justicia no cognitivista pero tampoco emotivista. Los principios de justicia son fruto de una libre elección, pero surgen de convicciones fácticas y del consiguiente razonamiento. A su vez, proporcionan la base para sacar conclusiones cuando se debe decidir sobre casos concretos. Obviamente, las creencias pueden estar equivocadas, al igual que las decisiones que llevan de los principios a las decisiones concretas. El riesgo de decisiones puramente instintivas y también el de un doble rasero está siempre presente, pero en el plano pragmático y político es legítimo exigir coherencia a los interlocutores. Si uno expresa la sacralidad de la vida, no puede defender la pena de muerte. Si lo hace, sale de la discusión, o del juego, es como si pretendiese jugar al fútbol con las manos.

El derecho refleja las concepciones de justicia prevalentes en cada época, y puede ser un vehículo bastante eficaz. El problema es «qué derecho» para «qué justicia». Yo me pongo del lado, como muchos otros, de una justicia fundada sobre el binomio libertad-igualdad, pero hay muchos que, por el contrario, optan por una «justicia» basada en la desigualdad y en la discriminación, apoyándola con argumentos de distinta índole, por ejemplo, pseudo antropológicos: pienso en el Manifiesto de la raza, suscrito por muchos reconocidos intelectuales en 1938, durante el régimen fascista. Argumentos que la ciencia ha demostrado que son falaces, pero desgraciadamente ellos lo creyeron así, aunque no todos, supongo. Y no son pocos quienes todavía lo creen, si prestamos atención a lo que dice la gente.

7. La sociología del derecho, como disciplina, se desarrolló en Italia con Renato Treves en la primera mitad de los años sesenta. El objetivo era fundar una sociología del derecho empírica, dirigida a estudiar los fenómenos del derecho en acción (*law in action*). Han transcurrido sesenta años. ¿Cómo ha evolucionado la sociología del derecho en ese periodo de tiempo?

Treves, como otros estudiosos de su generación, concebía la sociología del derecho como ciencia «prevalentemente empírica», pero provista de un fundamento teórico. Su perspectivismo (más que relativismo) le impedía tener una confianza absoluta en la objetividad del dato empírico. Esto se lee claramente en varios de sus escritos, incluso muy antiguos. Naturalmente, para él, ni siquiera la teoría era indiscutible, por cuanto

la concebía como un sistema de afirmaciones hipotéticas, no cerrado y refutable sobre la base de la experiencia. Ciertamente, Treves vio al derecho como *law in action*, que para él es la perspectiva sociológica distinta (como en Kelsen o en Weber, autores muy distintos entre sí, recalco) de la dogmática jurídica.

En las décadas siguientes, desde hace tiempo he identificado tres etapas (corro el riesgo de aburrir repitiéndolas). En la primera, propia de los años setenta, prevaleció sobre todo en Europa una visión holística de la sociología, inspirada principalmente en el marxismo, asumido como una teoría infalible (contrariamente, lo digo siempre, al espíritu crítico de Marx). La criminología crítica se vio afectada por ella, aunque, incluso así, en ese periodo dio óptimos resultados. En la segunda etapa, propia de los años ochenta, irrumpió (no en todas partes, por ejemplo, no en los Estados Unidos) la teoría sistémica de Luhmann, compleja y muy rica, pero también asumida como infalible por sus seguidores, algo a aceptar en bloque en todos sus aspectos.

En ambas etapas se llegó, siempre con excepciones, a cuestionar la investigación empírica, considerada sectorial y artificial. Me parece que, desde la década de los años noventa, ha resurgido una visión más abierta y crítica, a partir de la cual se han desarrollado corrientes de pensamiento y de investigación de diversa índole, donde la teoría y la observación han comenzado a coincidir de nuevo: pienso en las teorías neo-pluralistas, en el neo-constitucionalismo, en la teoría de los derechos (incluidos los derechos de los animales), en las teorías sobre derecho y globalización, y aquellas sobre pobreza y derecho, especialmente en el «sur del mundo», en el derecho como narración, en el derecho visto con el lente de las ciencias cognitivas y, cada vez más intensamente, en la relación entre derecho e inteligencia artificial. Y, sobre todo, menciono la incesante evolución de las teorías feministas, que hacen su propia historia dada su importancia, incluso desde el punto de vista epistemológico, cuando afirman una diversidad de perspectivas del pensamiento femenino respecto al masculino. En el último congreso anual del *Research Committee on Sociology of Law*, al que asistí, en junio de 2019 en Oñati, advertí una notable riqueza y variedad de contribuciones.

8. Se ha enfatizado mucho la relación entre la sociología del derecho y la política, en particular, su relación con los conceptos de justicia, igualdad y libertad. Estos conceptos los encontramos en la filosofía del derecho en diferentes épocas, empezando por los antiguos griegos. ¿El enfoque de la sociología del derecho a estos conceptos se distingue del de la filosofía del derecho? De ser así, ¿de qué manera?

Ya lo he dicho, a propósito del derecho y la justicia en general, subrayando la relatividad de estos conceptos, en el sentido de su dependencia de las opiniones socialmente prevalentes en los distintos momentos históricos. La sociología del derecho y la sociología en general –creo– tiene la importantísima tarea de estudiar estas correlaciones espacio-temporales, de verificar la validez de las afirmaciones fácticas que están en la base de los distintos principios y también de verificar si las opiniones no están contaminadas por una comunicación manipulada, hoy más que nunca, dado el infinito e incontrolable flujo de actos comunicativos que nos invade. En particular la comunicación política, en

tanto que dirigida a conseguir cuotas de poder, por lo tanto unilateral por definición, es un vehículo constante y muy peligroso de falsificación, productor de falsa conciencia, como decía Karl Marx.

9. La desviación y la criminología crítica han derribado el concepto de la criminología tradicional, en el sentido de que el acto desviado no es tal por su sustancia sino porque es definido como tal por el poder (teoría del etiquetamiento). Según la teoría de la desviación el castigo se considera como castigo de las clases dominantes, pero ¿el derecho penal puede resolver los problemas de la sociedad, cambiar las relaciones sociales? ¿Cómo se define exactamente el delito en la sociología del derecho?

La teoría del etiquetamiento representó un punto de inflexión esencial en la criminología, tematizando en el nivel teórico un punto incontrovertible, o sea, un comportamiento es o no es «delito» en función de decisiones políticas en sentido amplio, es decir, incluyendo a todos quienes toman decisiones, generales o particulares. La teoría de la desviación se basa sobre esta adquisición, que expresa una concepción relativista de la conducta que difiere de las normas jurídicas. Y esta concepción ha sido llevada aún más lejos por quienes, por ejemplo, prefieren hablar de simple 'divergencia' en lugar de 'desviación', como el criminólogo colombiano Germán Silva García, o por quienes sostienen, como Enrico Pattaro, que respetar o no una norma jurídica es una cuestión de agrado (*like*) o desagrado (*dislike*) (salvo la imposición del poder), o hasta una cuestión «estética», como dijo el difunto Morris Ghezzi. Me permito, sin embargo, observar algunas cosas.

En primer lugar, aunque elaborada teóricamente solo en tiempos recientes, esta concepción no es nueva. La escuela penal del siglo XIX, si bien insistía en la existencia de *mala in se*, comportamientos ontológicamente negativos, los contrapuso a *mala quia prohibita*, delitos artificiales inventados por el poder político para conseguir finalidades contingentes. Lo mismo leemos en un clásico de la sociología como *La división del trabajo social*, de Durkheim. Y en el sentimiento común la capacidad incriminatoria del poder siempre se ha percibido socialmente. A menudo recuerdo que los relatos de Marx sobre el debate parlamentario en Renania sobre el robo de madera caída, que llevó a definir como delito lo que había sido siempre un derecho –colectivo, inalienable e imprescriptible– representan una efectiva exposición de cómo nace el etiquetado social del «desviado». Lo mismo puede decirse de la reacción de los pastores sardos contra el *Editto delle chiudende*, de Víctor Manuel I, que en 1820 impuso el cerco de las tierras de pastoreo, suprimiendo así otro derecho colectivo secular, transformado ahora en el delito de ocupación de la propiedad ajena. De ahí nace el denominado «bandolerismo» sardo, aunque en tiempos recientes tomó otros caminos. Esto, por limitarme a decisiones jurídicas de naturaleza general, y sin detenerme en los efectos de etiquetado de las sentencias, en la desviación secundaria, etc.

En segundo lugar, observo que la teoría del etiquetamiento se ha aplicado en muchos casos de un modo mecánico e ideológico, sobre todo cuando se ha insertado

en un cuadro crudamente marxista –digo crudamente porque, reitero, la lección de Marx fue una gran y articulada lección crítica. Me explico. Nadie ignora que el factor económico juega un rol fundamental, quizá más que ningún otro, en la estratificación social y se traduce también en decisiones de «etiquetamiento». Sin embargo, teorizar que estas decisiones conciernen solo al «proletariado» en contraposición a la «burguesía» (como en la expresión «los presos deben ser proletarios, los proletarios deben ser encarcelados», común en los años setenta) constituye una indebida simplificación, que lleva a ignorar o subestimar otras formas de violación de la ley penal, por ejemplo, de origen cultural o psicológica, como la violencia contra la mujer, extendida en muchos países, o política, o racista, etc. Sin olvidar, por ejemplo, que los diversos factores de los que se origina la desviación pueden concurrir, y tal vez nunca aparecer de forma aislada. Las actuales investigaciones sobre la interseccionalidad nos dicen mucho sobre el peso de cada uno de estos factores, escapando del causalismo único.

Lamentablemente, añado, la teoría del etiquetamiento se ha aplicado en muchos casos (como el propio marxismo) con espíritu «paradigmático», es decir, con exclusión de toda otra explicación científica, que es relegada al mundo supuestamente precientífico como la teoría ptolemaica del sistema solar. Ello condujo a fundir en una única categoría la desviación de la norma jurídica y la desviación del hábito conductual estadísticamente mesurable, que son dos cosas muy distintas, y a descalificar cualquier otra teoría de la desviación en tanto que incompatible con el «paradigma». En cambio, cada una de estas categorías, la de la escuela liberal clásica que se centró en la libertad de actuar *contra legem*, la de las subculturas criminales (pensemos en la criminalidad mafiosa) y, para efectos limitados, quizás también la de la escuela positiva criminal (pensemos, por ejemplo, en la pedofilia) no pueden ser desechadas y sustituidas *tout court* con la idea del modo de producción capitalista y su relacionada política del «etiquetamiento».

Me preguntas sobre el derecho penal. Me parece, como a muchos (pienso, entre otros, en Gustav Radbruch), que es un instrumento políticamente tosco, aunque se base en finas concepciones filosóficas y jurídicas. Tan hermoso de estudiar como feo de aplicar. Sus sanciones, sobre todo la cárcel, pueden por supuesto tener un efecto disuasivo, aunque atenuado en el origen del cálculo riesgos-beneficios que muchas personas inteligentes realizan cuando pretenden violar la ley penal. En casos excepcionales, sin embargo, no tienen ese efecto reeducativo que también prevé la Constitución italiana. Por lo tanto, me reconozco en las posiciones minimalistas, a lo Ferrajoli, según las cuales el derecho penal, en particular la detención, debe ser el último recurso. No acepto las posiciones abolicionistas sólo porque, de hecho, hay comportamientos, como los propios del crimen transnacional, sobre todo mafioso, para cuyo combate no se ha inventado nada mejor: pero precisamente en ese campo –reitero– estamos notando la debilidad de las políticas penales ante el poder desmedido de las organizaciones criminales.

10. Tus escritos de sociología del derecho parten del análisis teórico de la sociología del derecho como rama especializada de la sociología para llegar al análisis de la acción social, de las normas, del derecho como sistema normativo y de su función. El entrelazamiento sociológico y jurídico de la sociología del derecho es un rasgo característico de la disciplina. Normas jurídicas, normas sociales, derecho como sistema normativo, acciones sociales, comportamientos, sistema jurídico como estructura comunicativa del orden al desorden. ¿Puedes delinear este entrelazamiento y su evolución en el tiempo?

Trataré de sintetizarlo al máximo.

En primer lugar, veo a la sociología del derecho como una rama especializada de la sociología, como la veía Treves, influido por Kelsen y por Weber. No me detendré en este problema, salvo para decir que, en general, estas clasificaciones valen lo que valen porque son en gran parte artificiales y, en particular, para subrayar que la sociología, con sus aparatos teóricos y sus métodos de investigación, ofrece un lente muy especial a través del cual observar las relaciones humanas, entre ellas, las jurídicas. Es extraño que algunos piensen que se pueda hacer sociología del derecho sin estos instrumentos.

En segundo lugar, concibo el derecho como un fenómeno normativo –lo que no significa legalista (confusión que está en el origen de tantas polémicas inútiles contra el normativismo) – considerando que todo sistema jurídico se compone también de normas en sentido amplio, orales o escritas, transmitidas o establecidas, duraderas o efímeras; en efecto, las normas están presentes en cualquier definición seria de derecho, ya sea dogmática, filosófica, antropológica o sociológica. Es obvio que, junto con el actuar que podemos llamar jurídico por estar orientado por las normas que el actor considera tales, concurren también otros elementos: elementos éticos, estratégicos y, sobre todo, organizativos, que junto con las normas encontramos en las definiciones sociológicas más comunes de «sistema jurídico».

En tercer lugar, estoy de acuerdo con la sociología post-weberiana al considerar al derecho como un fenómeno social de tipo predominantemente comunicativo. Las normas en sí son conjuntos de signos y, una vez enunciadas y comunicadas, son mensajes que circulan según esas leyes de la semiótica que encontramos bien descritas, entre otros, por Umberto Eco. Es decir, que parten de una o más fuentes y se dirigen hacia los receptores, que a su vez las interpretan y retransmiten en un ambiente –subrayo– intrínsecamente conflictivo, en el que los intérpretes, persiguiendo objetivos contrapuestos, tienden a discrepar también sobre sus significados. La acumulación de interpretaciones contradictorias produce un desorden sistémico, no solo en el ámbito jurídico sino también en otros ámbitos. El derecho, en efecto, puede generar tanto orden como desorden social, paz o guerra, libertad u opresión, congruencia o incongruencia en las expectativas. Sabemos mucho sobre estos fenómenos, pero no lo suficiente. Por ejemplo, no sabemos lo suficiente sobre la relación que existe entre los roles profesionales del derecho y los efectos ordenadores o desordenadores de sus respectivas actividades, así como el rol in-formador o de-formador que juegan los medios de comunicación

masiva, hoy, por ejemplo, las redes sociales. Sobre todo esto necesitamos afinar la teoría y hacer mucha más investigación empírica.

11. Hemos visto que la sociología del derecho es una rama especializada de la sociología, y se distingue de la ciencia jurídica por su objeto, método y finalidad, aunque no puede entenderse sin un conocimiento de las instituciones jurídicas, así como de la cultura jurídica. Se sitúa fuera del sistema jurídico, pero lo conoce desde adentro. ¿Cuál es, entonces, la relación entre cambio jurídico y cambio social?

Ya me he referido a la ubicación de la sociología del derecho en el ámbito de la sociología. Solo añadiré que, si no se puede hacer sociología del derecho sin sociología «pues la contradicción no lo consiente» (Dante, *Infierno*, XXVII, 120), mucho menos se puede hacer sociología del derecho sin derecho, faltando en este caso el objeto mismo de la investigación. «Interno-Externo» sólo es una metáfora, con todas sus limitaciones. Lo que importa es que el sociólogo del derecho conozca el derecho también como jurista, en su totalidad y en sus detalles –en sus *intricacies*, como dicen los anglosajones– y, sin embargo, lo analize con espíritu crítico, comparándolo con la realidad que el derecho pretende regular, midiendo la distancia constante entre una y otra, y en cierto modo, despojando al derecho de su presunción de modelar el mundo según sus esquemas. Y desacralizando a las figuras de las decisiones jurídicas de todo nivel, comenzando por la clase política que las manipula con efectos sociales extendidos y terminando con las élites profesionales que son en cierto modo sus custodios, filtros entre el derecho y otras formas de acción social. La sociedad en su conjunto se mueve más rápido que el derecho, que a menudo se esfuerza por seguirle el paso. De hecho, los propios juristas suelen ser más conservadores que progresistas, aun cuando a lo largo de la historia han inspirado y dirigido revoluciones.

12. En los grandes momentos de crisis social y política, como el actual, nuestras instituciones sociales corren el riesgo de perder tanta credibilidad que pueden generar inestabilidad en nuestras sociedades. Desde el punto de vista político, social y jurídico ¿qué consecuencias pueden ocurrir?

Debo decir que no recuerdo ni un solo momento de mi larga vida, hasta ahora afortunada y realizada en el mejor lugar y tiempo que se pudiera pensar (dejando de lado los primeros años vividos durante la guerra mundial), en que no haya escuchado decir que estábamos atravesando un período de crisis. Y así también, con mayor razón, mis padres y mis abuelos. La crisis es inherente a los asuntos humanos o, mejor dicho, a las percepciones humanas, porque en general nos adaptamos al estado de cosas presente y tememos los cambios. Entonces, no puedo decir si la crisis de hoy es más o menos grave que la de los llamados años de plomo, cuando una facción extremista asesinaba individuos inermes y la facción opuesta provocaba también masacres a gran escala; o la de los años noventa, con las masacres mafiosas y todo lo que había detrás. Esto por

limitarme a Italia, donde hoy las cosas no son peores que entonces, al menos en la superficie, y olvidando el aspecto económico siempre más preocupante.

Debo, sin embargo, agregar que, quizás por defecto de la edad, hoy veo ante nosotros un horizonte más oscuro, precisamente bajo el aspecto institucional que has mencionado. Es decir, reitero, que constato la creciente debilidad de las instituciones jurídicas oficiales –me refiero a aquellas reconocidas por el derecho internacional, entendido kelsenianamente, como una especie de «paraguas» normativo general– frente a fenómenos que les sobrepasan. Como ya he dicho, pienso en la dimensión macroscópica que ha asumido el crimen organizado en todas sus manifestaciones (narcotráfico, pedofilia, tráfico de órganos, tráficos de seres humanos), que se ha hecho transnacional en la era informática, y capaz de escapar al control institucional. Pero también pienso en la devastación de medio ambiente, anunciada desde hace muchas décadas (recuerdo *Los límites del desarrollo*, que apareció en 1972, fruto de la clarividencia del Club de Roma, cuyas sombrías previsiones se confirmaron cuarenta años después), pero hacia la cual el derecho es casi impotente no solo por las causas naturales del fenómeno sino también por la virulencia de los intereses económicos y políticos que dificultan cualquier intento de circunscribirlo, manipulando a la opinión pública. Estos fenómenos me aterrorizan precisamente como jurista, y lo he seguido repitiendo en diversos foros, aun sabiendo que me podrían acusar de simplificar las cosas, o de aparecer como un *laudator temporis acti*, ahora incómodo en el mundo. Sin embargo, no llego a vislumbrar cómo el derecho puede ayudar a la humanidad a salir de estos callejones sin salida. De hecho, la desconfianza en el derecho mismo y en las instituciones democráticas ha alcanzado niveles preocupantes. Esto, en el fondo, representa una novedad en comparación con las crisis de hace veinte o treinta años y, en definitiva, también con las de mis padres y abuelos.

Todo esto, miro de pasada, implicaría de modo central precisamente a la sociología del derecho.

13. Tus intereses en el derecho han sido múltiples. Has publicado innumerables escritos como jurista, como abogado, como profesor y como filósofo. ¿Con cuál de estos roles te identificas más?

Quizás he publicado bastantes escritos breves respecto a las no tantas monografías. También he dedicado mucho tiempo a editar volúmenes colectivos o traducciones al italiano de otros autores, como el ya mencionado Ginsberg y luego *Teoría de los derechos fundamentales*, de Gregorio Peces-Barba, *Speech and Respect* de Richard L. Abel, y *Ancient Law*, de Henry Sumner Maine. Tal vez debí haber equilibrado mejor mis energías, sobre todo teniendo en cuenta el peso diario de los distintos roles que mencionas y a los que sumo una cierta actividad periodística, realizada hasta cuanto he podido: el periodismo me gusta y creo que me ha acostumbrado a ser más claro y conciso al escribir (lamentablemente los grandes periódicos pronto se convirtieron en los habituales oponentes en juicio de mis clientes periodistas, lo que redujo este compromiso al mínimo).

Todos estos roles están interrelacionados. El de estudioso y de profesor lo están por necesidad intrínseca; el de abogado fue fruto de una elección primigenia, casi automática y mantenida en el tiempo, aunque la universidad me absorbió cada vez más, hasta obligarme en los últimos años de carrera a dejar de lado la profesión, que retomé inmediatamente después de jubilarme. La práctica del derecho, que también desempeñé en otros roles, en mi juventud como magistrado honorario, recientemente como juez de la autorregulación publicitaria, últimamente como juez de disciplina del Colegio de los periodistas, me ha servido sobre todo para conocer al derecho *in corpore vivo*, como si fuera una investigación sociológica permanente sobre fragmentos importantes de las relaciones humanas, especialmente las de trabajo, pero no sólo. Algunos importantes procesos penales en los que participé han sido fundamentales precisamente para comprender –en el sentido del *verstehen* weberiano, como sociólogo y teórico del derecho– cómo funciona el derecho. En muchos casos de un modo valioso, en otros mucho menos, hasta algunas aberraciones a las cuales he presenciado personalmente.

14. ¿Qué tema te interesó más y por qué? ¿Cuál es tu pensamiento sobre la filosofía del derecho y sobre la sociología del derecho contemporáneas? ¿Existe una sociología de los derechos humanos? ¿Qué influencia ejerce hoy la sociología del derecho en las profesiones jurídicas?

Tal vez me ha interesado de un modo particular la relación entre el derecho y la politica. El derecho positivo –en el sentido de vigente, no de establecido mediante ley– me parece sobre todo una proyección simbólica de la acción política en sentido amplio. Y de la filosofía del derecho, así como de la sociología del derecho, me interesaron sobre todo las corrientes que se ocupan de estos temas. Obviamente los derechos humanos son una parte integrante e importante de ellas. Desde el punto de vista sociológico, habían sido poco investigados hasta hace unos treinta años, luego, progresivamente y cada vez más, principalmente en algunos países, en especial en América Latina. Es esencial estudiar no sólo cómo los derechos humanos, aunque «positivizados», son constantemente vulnerados, o el uso instrumental que se hace de ellos para justificar acciones muchas veces inhumanas, sino también, en el nivel teórico, el proceso comunicativo que conduce a la reivindicación y al reconocimiento de un derecho como «humano», y no menos los conflictos entre derechos reconocidos como «humanos», cuyo ámbito se ha ido ampliando en las últimas décadas, y los efectos de las decisiones de los tribunales de justicia especialmente sobre la parte vencida y sobre la opinión de los grupos sociales de referencia. Cabe considerar que, como ya he mencionado, un derecho «humano» suele proclamarse como no negociable, lo que debilita la legitimidad de los tribunales de justicia que están llamados a equilibrar derechos contrapuestos.

Debería hacerse una amplia investigación empírica sobre los efectos de la sociología del derecho en las profesiones jurídicas. Como mera hipótesis, expreso la sensación de que el espíritu sociojurídico, por así decirlo, ha penetrado sutilmente en la cultura jurídica. En Italia, diría que antes (y de forma más visible) en la magistratura que en

la abogacía. En algunos países de América Latina que he frecuentado, he notado que esta sutil influencia está creciendo más de lo que esperaba.

15. Tus escritos sobre el derecho y sobre la sociología del derecho son muy numeroros y algunos muy importantes. Pienso, en particular, en *Funzioni del diritto*, de 1987, en *Lineamenti di sociologia del diritto*, de 1997, y en *Diritto e società*, de 2006. ¿Puedes describir la evolución de tu pensamiento en estas obras?

Permíteme agregar a los títulos que mencionaste, la pequeña *Prima lezione di sociologia del diritto*, de 2010, que tuvo poca difusión en comparación con las otras obras, más allá de un comentario en *Droit et Société*, en el que se deseaba una traducción al francés, y la perfecta traducción al español aparecida en México a cargo de Héctor Fix Fierro, un amigo recientemente fallecido. Este breve texto me sirvió no sólo para resumir lo que pienso de la disciplina que he cultivado toda mi vida, sino también para corregir algunas elecciones, terminológicas por ejemplo, hechas en los libros anteriores.

Si queremos hablar de evolución, podría reiterar que he comprendido cada vez con mayor claridad lo que significa hablar del carácter comunicativo del derecho, visto en el contexto de un sociedad conflictiva, caracterizada por la escasez de recursos, que condiciona fuertemente la propia comunicación, haciendo que prevalezca la discordia sobre la concordia, el *misunderstanding* sobre la comprensión. Básicamente, tanto Habermas con su acción comunicativa, como Luhmann con la idea del sistema jurídico que lleva a la congruencia las expectativas normativas, han expresado concepciones más axiológicas que fácticas. Es decir, que han descrito más cómo debería funcionar el derecho que cómo funciona.

16. ¿Cuál ha sido tu mayor contribución a la teoría del derecho?

If any, como se diría en inglés, lo que acabo de expresar, que quizás también se aplique a la teoría del derecho, no solo a la sociología del derecho, hasta donde pueda contar la distinción. Pero reconozco que no he elaborado completamente estas hipótesis.

17. ¿Quiénes fueron tus maestros y qué autores influyeron mayormente tu obra y por qué?

Aparte de Treves, aprendí mucho de Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli y Giovanni Tarello. Incluyo también a Amedeo Conte, más allá de algunos excesos (más terminológicos que analíticos) en sus últimas obras, por la nitidez de sus conceptos que «destilaba»–como dije en el prefacio a su *Sociologia filosofica del diritto*, del 2012: retomando una expresión de Bobbio referida a Guido Calogero, solía decirle que lo consideraba «el más joven de mis maestros». Naturalmente, algunos de mis profesores tuvieron una fuerte influencia: un historiador del derecho como Giovanni Pugliese y estudiosos del derecho positivo como Enrico Tullio Liebman, con quien discutí la tesis de grado, o Giacomo Delitala, un gran abogado penalista. Y siempre he tratado de aprender de estudiosos que provenían de una formación distinta a la mía.

Recientemente, comentando un libro de Paolo Grossi, historiador de formación católica muy crítico del positivismo jurídico y de la Ilustración a cuyos principios siempre me inspiré, he notado coincidencias que hace veinte años no hubiera imaginado, por ejemplo respecto a la idea de que el derecho debe «encontrarse», en el sentido del verbo latino *invenire*.

Saliendo de las fronteras italianas, he mencionado a Popper y a Merton. Entre los sociólogos del derecho que he conocido he admirado mucho a Vilhelm Aubert, por la capacidad de volver a poner la observación sobre las vías de una teoría, y a Jean Carbonnier, el gran civilista francés, quien enseñó a todos qué es el pluralismo sin ser él mismo un pluralista. Mi gran amigo André-Jean Arnaud solía decir que, aunque al final de sus análisis Carbonnier terminaba poniéndose siempre el traje de civilista, su idea de lo *infra-jurídico* y su *Flexible Droit* son hitos en la sociología del derecho moderno. Además, el intercambio cultural de décadas con Lawrence Friedman, autor que tiene la gran virtud de simplificar las cosas difíciles, ha sido y continúa siendo muy fértil para mí. En un plano distinto, el filosófico-político, en mis primeros años me influyó Ralf Dahrendorf, en cuyas obras había buscado las respuestas de un autor liberal a la teoría marxista, dado que yo mismo oscilaba entre el liberalismo y el socialismo. La *Intervista sul liberalismo e l'Europa*, que le hice en 1978-79, fue un intercambio muy vivo, no exento de asperezas, de la que aprendí mucho. Siempre en el mismo ámbito, me he beneficiado mucho de los amigos españoles de inspiración análoga a la mía, como Elías Díaz, a quien ya he mencionado, Gregorio Peces-Barba, sobre todo por su contribución al estudio histórico de los derechos humanos.

Créeme: en la formación cultural de una persona, además de la familia, cuentan sobre todo los primeros maestros, los de la escuela primaria, secundaria, del bachillerato. Nombrarlos –mencioné a algunos de ellos en los pliegues de algún escrito o discurso– puede no tener sentido en el contexto de una entrevista como ésta, especialmente dirigida a una revista extranjera. Pero siempre son los primeros que me vienen a la mente cuando me hacen una pregunta como ésta. Pienso sobre todo en numerosas figuras femeninas importantes entre mis cinco y dieciocho años (incluso la de la terrible profesora de matemáticas que nos aprobaba si, al menos, «sabíamos que no sabíamos»). La base de lo que creo saber, y también la conciencia de lo que no sé, proviene principalmente de ellos. Y también existe la sensación de que las mujeres, incluso en la cultura, ofrecen algo diferente, a menudo un *quid pluris* en comparación con los hombres, incluso si son hombres de gran valor.

18. ¿Puedes describir la relación con el positivismo jurídico y el derecho natural?

Tomando prestado lo que dijo Paul Lazarsfeld a propósito del funcionalismo en sociología: «no se puede vivir con él o sin él». Lo mismo puedo decir del derecho natural: es imposible removerlo del todo de nuestro horizonte, sobre todo cuando constatamos los miles de defectos del derecho positivo, su potencial discriminador y desintegrador cuando cae en manos no solo del tirano, sobre lo que siempre se detenía Treves, sino también de élites políticas y económicas sin escrúpulos. En sus lecciones de filosofía

del derecho, Treves solía decir que todas las teorías del derecho, aunque partieran de concepciones iuspositivistas, al final desembocaban en un iusnaturalismo más o menos implícito. Con esto no sostengo que exista un cuerpo de principios jurídicos detallados válido en todos los tiempos y en todos los lugares, y mucho menos –subrayo– que exista una autoridad humana que posea su monopolio: la propia Iglesia católica ha cambiado, y no poco, sus principios en 2000 años de historia. Sin embargo, todo ser humano que no sea alguien perverso posee un sentimiento de justicia que provoca indignación ante el abuso. Y quizás también exista un cuerpo muy limitado de principios de justicia socialmente extendidos en todas las épocas, que reúnen a la mayoría de los seres humanos: el respeto a la vida, la hospitalidad al extranjero, la obligación de salvar a quien está en peligro, etc. Todos sabemos, sin embargo, que existen muchas excepciones.

19. ¿Cuál debería ser hoy un concepto correcto de libertad y de justicia?

Aquél que reúna libertad e igualdad, porque la igualdad no es más que el reflejo social de la libertad. La enseñanza de Carlo Rosselli, de Guido Calogero, de Norberto Bobbio y de Renato Treves, entre los autores italianos, y, fuera de Italia, también de John Rawls, para luego remontarme hasta John Stuart Mill, sigue siendo para mí el punto más firme de todos. Hay, naturalmente, algunas libertades que no conocen límites, como la de conciencia y de pensamiento, que hay que defender enérgicamente ante quien quiera conculcarlas, incluso, y quizás, sobre todo, si lo hace en nombre de Dios. Muchas otras libertades –quizás todas las demás– están limitadas por los espacios físicos o virtuales de la libertad de los demás, y el mejor modo de conciliarlas es trazar una línea intermedia entre dichos espacios. Obviamente, todo esto debe calar en los diferentes contextos. No es posible la absoluta libertad ni la absoluta igualdad, y no son siquiera deseables (las utopías suelen acabar en distopías), pero es necesario intentar maximizar una y otra: son dos curvas que deben encontrarse en un punto óptimo.

20. ¿Qué tipo de relación debería existir entre el derecho y la ética? ¿Cómo se sitúan hoy los derechos morales? ¿Consideras lícito que el derecho imponga valores morales? ¿Posee el derecho una escala de valores?

Ya lo respondí. El derecho positivo incorpora valores éticos y puede ser su vehículo. Precisamente por esto puede ser sumamente peligroso cuando prevalece la ética del más fuerte. También por este peligro no seré nunca un paladín del denominado estado ético. El estado debe proteger con su fuerza solo un núcleo esencial de valores sociales compartidos, sobre todo aquellos puestos para la protección de la generalidad de los ciudadanos actuales y futuros –me refiero, nuevamente, a la protección del medio ambiente– y de los menos favorecidos, con el fin de maximizar el bienestar general, como precisamente lo dijo John Rawls con su segundo principio de justicia. Y también cito a Rawls para evitar que mi idea de estado se confunda con la de Robert Nozick, con la que no concuerdo precisamente por su desinterés por el principio de igualdad.

21. ¿Consideras que el derecho tiene una función prescriptiva y evaluativa?

Una norma de conducta, como lo sugiere la etimología latina (como es sabido, 'norma' significa 'escuadra'), es un instrumento de guía y de medida, es decir, de evaluación. De este modo, el derecho cumple su función orientativa primaria, o si se prefiere informativa, con un guion. Esto no quiere decir que oriente o informe a todos de una manera única, porque todo depende de las interpretaciones, que varían según muchos factores, entre ellos, el poder de quien interpreta.

22. ¿Cómo te sitúas ante la meta-ética?

Repito: no soy cognitivista, pero tampoco emotivista. La elección ética es libre, pero no es como dar un golpe sobre la mesa, como dijo Alf Ross. Y cuando siento que alguien pega un golpe sobre la mesa para afirmar su juicio ético, solo entiendo que no tiene argumentos para sostenerlo. Hasta de niño rechacé la imposición pura y simple de las reglas, y pedía que me las explicaran.

23. ¿Puedes describir la situación actual de la sociología del derecho con respecto al pasado, y cuáles podrían ser sus mejores perspectivas?

También aquí ya lo he respondido en parte. La sociología del derecho actual es más ecléctica y abierta que la de los últimos años del siglo xx. Se ocupa de una gama más amplia de temas que en el pasado y, de alguna manera, ha redescubierto su misión como crítica de las instituciones jurídicas. Antes señalé algunos de los sectores más prometedores, y no me repetiré. Sin embargo, quisiera subrayar que, quizás, el espíritu de la sociología del derecho también se haya infiltrado en la mente de los juristas puros, quienes hacen jurisprudencia sociológica con más frecuencia que en el pasado. Como dijo Benedetto Croce a propósito del liberalismo como meta-teoría política común a todos los partidos, una perspectiva sociológica, aunque se le defina de manera diferente, se está volviendo cada vez más común entre los estudiosos del derecho. Lamentablemente, esto no se corresponde con un desarrollo análogo de la sociología del derecho como disciplina académica, más bien, en cierto modo, este fenómeno a menudo lo obstaculiza, también porque en muchos países persiste un prejuicio antisociológico, incluso en las mentes más abiertas. La palabra misma 'sociología' molesta aún a muchos. Un colega italiano que enseñaba sociología del derecho llegó a decir una vez que la expresión misma «es inefable».

Creo, sin embargo, que las dificultades que la disciplina encuentra en la universidad dependen también, en parte, de algunos de sus defectos. Tomo el ejemplo de Italia, donde la producción se ha concentrado durante mucho tiempo principalmente en algunos sectores –familia, criminalidad, roles profesionales, migraciones– olvidándose de otros no menos importantes, por ejemplo, relacionados con la economía, las finanzas, el trabajo; obviamente con excepciones, como los estudios de Maria Rosaria Ferrarese sobre las instituciones jurídicas de la economía avanzada. Incluso sobre el proceso civil y penal, cuyo campo de observación sería inmenso, advierto graves lagunas. La

justicia civil italiana ha sido objeto de continuas reformas, o pseudo-reformas, que la han desfigurado con la finalidad de acelerar sus tiempos, pero la voz de los sociólogos del derecho rara vez se ha escuchado en los últimos años. En la justicia penal no ha habido un verdadero estudio, por parte de los sociólogos del derecho italiano, sobre los efectos del proceso acusatorio vigente desde 1989: mi amigo Ennio Amodio, alumno de Giandomenico Pisapia y uno de los artífices del código, me ha reprochado muchas veces por esta desatención de nuestra categoría. Obviamente, tengo que dirigir este reproche a mí mismo, dado que llevo la vida frecuentando los tribunales, pero mis fuerzas también son limitadas y me he ocupado principalmente de otras cosas.

En resumen, diría que la sociología del derecho debería, por así decirlo, «talonear» al derecho en su cambio continuo, en las conciencias y en las leyes, comprometiéndose a prever los efectos del cambio con instrumentos teóricos y empíricos adecuados. Las investigaciones de Marc Galanter sobre el denominado *vanishing trial*, el «proceso que se desvanece» en los Estados Unidos dejando espacio a otros instrumentos no judiciales de solución de los conflictos o de tratamiento de los delitos, es un excelente ejemplo.

24. Aunque hayas dejado la docencia, siempre estás en contacto con el mundo académico. ¿Qué tipo de interés muestran hoy los estudiantes por la sociología del derecho y cuáles son los temas que más los motivan?

Siempre es un interés vivo, como lo pude comprobar en mis últimos cursos, dirigidos sobre todo a estudiantes de posgrado, como en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, o en la Universidad Externado de Colombia, donde desde hace años imparto un curso introductorio de la disciplina para los estudiantes del doctorado en derecho.

Lo mismo, sin embargo, he notado también en las lecciones individuales que a menudo doy aquí y allá a estudiantes muy jóvenes. En algunos casos he visto también un verdadero entusiasmo, en Italia y en el extranjero, últimamente en México donde he dado clases tanto a estudiantes de sociología como de derecho. He notado, por ejemplo, que el tema de la discriminación de género despierta un interés muy grande no solo entre las jóvenes, así como también el de la comunicación jurídica y sus aspectos distorsionantes, o el de la relación entre el derecho y la política. He tenido la misma experiencia también en otras culturas. Recuerdo con especial agrado una lección dada a los estudiantes de pregrado sobre estos temas en la Universidad Ain Shams, en la ciudad del Cairo-Nasr, en el ya lejano 1998. Ahí, particularmente las jóvenes me parecían más animadas y deseosas por conocer.

Aprovecho para decir que la relación con los alumnos siempre ha sido muy importante para mí, tanto por lo que he aprendido de ellos como por lo que he podido comunicarles, lo que les toca juzgar a ellos. En mis primeros años en Cagliari, también aprendí de ellos muchos matices de la cultura sarda. Hice investigaciones empíricas con los estudiantes, como ya he mencionado. En Bolonia el ambiente era incluso efervescente, debido también a los distintos orígenes y distintas culturas de estudiantes de todas

las regiones de Italia. Confieso que no me gusta para nada la idea de que la universidad virtual pueda reemplazar a la de siempre, con estudiantes de carne y hueso reunidos.

25. ¿Cómo orientarías hoy a los estudiantes de sociología del derecho, y cuáles son los temas que hoy deberían ser analizados?

Los que acabo de señalar sobre la sociología del derecho en general, con la advertencia de combinar siempre teoría y observación, con espíritu crítico, lo que significa, ante todo, autocrítica.

26. ¿Consideras que tras la pandemia y los cambios que se han dado en los estudios sociales y sociológicos habrá nuevos parámetros de investigación? Hemos asistido a un retorno forzoso del Estado social que reclama una ética de la responsabilidad en el momento en el que los gobiernos han llevado a cabo la más grande operación de confinamiento de la historia. Hemos pasado de un Estado que nos dejaba en libertad a un Estado que se pone por encima de nuestras voluntades individuales, y que coordina las acciones de los individuos. Según Carlo Galli, evocando a Carl Schmitt, asistimos a una contraposición entre libertad y coerción, entre normalidad constitucional y excepción. La norma implica la anomia; excepción y decisión se contraponen a la norma y a los derechos, y prevalecen sobre la Constitución, aunque la competencia sobre el caso de excepción sigue siendo interna a la Constitución misma. La excepción está contenida en la cadena de las normas, y en la gestión de la emergencia el poder político desmantela los órdenes existentes, denominados normales, y crea otros nuevos. Esto es propio de la soberanía, incluso liberal y democrática, es decir, salvar la Constitución mediante la anomia, ordenando y desordenando la sociedad.

La discusión sobre la pandemia del Covid19 y sus efectos sería larga y compleja. Haré algunas observaciones tratando de sintetizar.

En primer lugar, debo confesar que he notado, aparentemente en contra de cuanto he dicho antes acerca de la crisis general del derecho de la que estamos siendo testigos, que en todas partes la gran mayoría de la gente parece haber obedecido espontáneamente a las normas emanadas de gobiernos y parlamentos, mostrando un alto grado de responsabilidad individual y social. Naturalmente, influyó el instinto de conservación porque la pandemia existía y dejaba muchas víctimas. También pesó el poder de persuasión de los medios de comunicación y, en parte, quizás, también el temor a las sanciones previstas por las violaciones del *lockdown*. Pero incluso donde las víctimas eran relativamente pocas, como en el sur de Italia, siempre acusado de desviación, ha prevalecido la obediencia. E incluso en países donde se practica una concepción casi sagrada de la libertad individual, como en Gran Bretaña, la gente se quedó en casa sin protestar demasiado.

Esta obediencia generalizada puede resultar sorprendente sobre todo porque, forzados o no por los acontecimientos, todos los gobiernos han tocado, si no traspasado,

los límites de sus poderes constitucionales. La restricción de algunas libertades fundamentales –de tránsito, de reunión «física», de culto– fue sentida profundamente y, de hecho, notada por acreditados juristas como, en Italia, Sabino Cassese, quien expresó dudas sobre la constitucionalidad de las limitaciones impuestas por el gobierno. Por mi parte, aunque con algunas dudas, coincidí con quienes, como Jürgen Habermas o, en Italia, Gustavo Zagrebelsky, justificaron las limitaciones impuestas por los gobiernos afirmando la primacía del derecho a la vida y a la salud. Cabe recordar que el Covid19 era un «enemigo invisible» desconocido, como lo demuestran los juicios discordantes de los virólogos de todo el mundo, que sigue viva la memoria histórica de la «española» de hace cien años que dejó decenas de millones de víctimas, y que el principio de precaución es sagrado, sobre todo, cuando se trata del derecho a la vida. El razonamiento de Galli que citas es articulado y original, pero no me parece que, en la mayoría de los casos, los gobiernos hayan «desmantelado los órdenes existentes», al menos por ahora. Casi en todas partes, incluidas Italia y España, me parece que el orden constitucional se ha mantenido a pesar de las tensiones que indudablemente ha habido. Y que son mucho más criticables las posiciones de aquellos gobernantes, como Trump, Johnson o Bolsonaro, quienes minimizando la gravedad de la pandemia contribuyeron a la propagación del virus y a la multiplicación de los contagios y de las víctimas.

Dicho esto, es en todo caso evidente que en este período excepcional el poder de decisión se ha concentrado en los órganos ejecutivos, sea el central como los regionales donde, como en Italia, ejercen competencias en materia de salud. Y desde este punto de vista diría que lo que ha sucedido, aquí y en otros lugares, lamentablemente ha dejado en evidencia, una vez más, la creciente debilidad de la institución parlamentaria, ya visible desde hace mucho tiempo. Incluso si los parlamentos se expresaron en lo esencial, ciertamente no ocuparon un papel central en las decisiones. Y hemos llegado al punto que un parlamento como el húngaro votó contra sí mismo concediendo al poder ejecutivo plenos poderes sin límites de tiempo. En otros países también se están produciendo tendencias similares. Esta involución de la democracia liberal es muy preocupante porque puede allanar el camino a regímenes populistas sin cuerpos intermedios donde los vértices del poder político –más o menos dependientes de oligarquías económicas– derivan su legitimidad de asambleas populares a veces invisibles y fácilmente manipulables, incluso a través del medio informático. Aquí veo un problema muy grave de derechos humanos, sobre todo de protección de las minorías. Y de los ciudadanos pensantes.

27. Se diría que el distanciamiento social es el nuevo criterio sobre el que se funda la organización social en nombre de un nuevo derecho fundamental, la salud, y con base en el principio a la protección de la vida y de la integridad física. ¿Cómo se desarrollará la relación entre el derecho y el poder? Muchos pedirán ayuda al Estado y a las instituciones públicas. Se crearán más desigualdades que sin duda incidirán profundamente en el tejido social y del Estado, excepto en nuestras

libertades. ¿Sobrevivirá el Estado de Derecho y la democracia y, de ser así, cómo? ¿Cómo prevé este cambio como sociólogo y como jurista?

Las consecuencias de la pandemia serán notables. No solo se han restringido algunos derechos fundamentales, sino que se han alterado hábitos de comportamiento consolidados por décadas. La crisis económica resultante de muchos meses de parálisis en casi todos los campos –industria, comercio, turismo– aún no se puede medir en sus consecuencias. Temo, como todos, que será larga y dolorosa. La padecerán, sobre todo, las clases sociales menos afortunadas: en Gran Bretaña, esas mismas clases sociales que votaron firmemente a favor del Brexit, cavando su propia tumba bajo sus pies, y ahora sufrirán las consecuencias, quizás dramáticas, de ambos factores de crisis. Y, naturalmente, habrá consecuencias políticas sobre las cuales ya he expresado mi opinión al hablar de la crisis del parlamentarismo. Pero eso no es todo, si miramos la cuestión desde el punto de vista sociológico.

Por ejemplo, el trabajo a distancia ha demostrado ser más factible de cuanto se podía imaginar, incluso desde el perfil muy delicado del control del empresario sobre las actividades cotidianas de los empleados. Lo mismo ocurre con la educación a distancia a todo nivel, desde la escuela primaria hasta la universidad. Ambos fenómenos, combinados con el desarrollo exponencial de la inteligencia artificial, pueden incidir fuertemente sobre la organización social, incluso con consecuencias positivas en términos económicos y ecológicos, por la reducción de los desplazamientos y del tráfico, pero con un serio detrimento de la sociabilidad que surge de la convivencia y del diario compartir de los problemas entre trabajadores o entre estudiantes. La crisis del sindicato, ya bastante profunda por la dispersión de las actividades productivas en marcha desde hace muchos años, podría agravarse aún más: quizás sea necesario reinventar este instrumento esencial de reivindicación social, que históricamente nace de la vida fabril y de las categorías compactas de los trabajadores. Incluso, la reducción de los desplazamientos puede tener efectos sobre los mercados inmobiliarios, provocar una redistribución de la población sobre el territorio y, también, influir sobre el estilo de vida de las familias debido a la convivencia más constante de sus miembros.

Todo esto, repito, son solo algunos de los posibles efectos sociales de la pandemia Covid19, no inmediatos y, sin embargo, ni siquiera a largo plazo. Por lo tanto, no sólo la sociología del derecho, sino todas las ciencias sociales (y no sólo) tienen hoy un inmenso campo que cultivar. Necesariamente de modo interdisciplinario.

28. Si hoy tuvieras que escribir un libro, ¿sobre qué tema lo escribirías?

En este momento, sobre todo, estoy leyendo más que pensando en escribir un libro.

Mi superyó (proviene sobre todo de mi madre, calvinista sin saberlo y teórica del sentido del deber por el deber) me impondría emprender el segundo volumen de los *Lineamenti di sociologia del diritto*, que apareció en 1997, con la incauta indicación «volumen I». Más prudentemente, la edición española del 2000 salió sin esa indicación y con el subtítulo transformado en título (*Acción jurídica y sistema normativo*). Pero

de este segundo volumen solo tengo apuntes y esquemas, por lo que será difícil que vea la luz: debería hablar de procesos normativos, que es más difícil de hablar que del sistema normativo como en el primer volumen, dados los desarrollos frenéticos de la tecnología que se reflejan en el derecho.

Si tuviera que seguir mis instintos y las invitaciones de la familia, quizás preferiría describir el mundo que he observado y las personas que he conocido, empezando por la guerra vista con ojos de niño, durante muchos meses a pocos kilómetros del frente. En la entrevista a Benjamín Rivaya, que citaste al inicio, hice una alusión. No sería una autobiografía, obviamente, pero, todo considerado, ¿a quién podría interesar incluso esta panorámica unilateral? Quizás baste transmitirlo oralmente por extractos a las personas más cercanas, aunque ya no haya chimeneas encendidas y las historias de los abuelos no atraigan más a los nietos y nietas, que disponen de otros medios de comunicación.

Gracias.
Gracias a ti.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2021), *44*, pp. 589-609

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 en la nota inicial del trabajo).
   La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investiga- dor, centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico, el código ORCID, en su caso, y si el trabajo ha contado con financiación.
   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, separados por punto y coma.

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 sistema APA. Los apellidos del autor, 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, pp. 10-15).

   — Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (Pérez, S., 2007a, pp. 10-15).

   En bibliografía, seguir el sistema APA. Apellidos, inicial del nombre, año entre paréntesis, punto 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, las páginas y, en su caso, el DOI.

   Pérez, S., (2007). «Una teoría», Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, *30*, 3-25. doi: 10.14198/DOXA2007.43.07

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:

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.

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.

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.

Michele Taruffo, *in memoriam*

Michele Taruffo
El juez y el historiador: consideraciones metodológicas

Perfecto Andrés Ibáñez
Michele Taruffo: el magisterio y la obra ejemplares del genial procesalista «todoterreno»

Maximiliano A. Aramburo C.
Los anteojos de Taruffo: una concepción de la jurisdicción

Artículos

Owen M. Fiss
La acumulación de desventajas

Mauro Barberis
Populismo mediático. Definición, explicación, remedios

Luka Burazin
Funciones jurídicas

Francisco J. Campos Zamora
De la muerte del autor a la muerte del legislador. La interpretación constitucional desde el derecho como literatura

Alejandro González Monzón
La ideologización de los principios jurídicos en la teoría soviética del derecho. Entre el legalismo y la teoría estatalista de las fuentes formales del derecho

Sebastián Reyes Molina
Escepticismo ante las reglas y pedigree *democrático de la dificultad contramayoritaria*

Tomás Agustín Céspedes
Sobre la legitimidad del estándar de prueba en el proceso penal

Hugo Omar Seleme
Deber de veracidad, regla del silencio y estándar de prueba

El Derecho entre la moral y la política

Antonio Enrique Pérez Luño
El posthumanismo no es un humanismo

Miguel Ángel Alarcón Cañuta
El principio del Fresh Start *como exigencia normativa derivada de la dignidad humana*

Guillermo Vicente y Guerrero
Hacia la legitimidad ética de la decisión jurídica: los principios de ética judicial (CGPJ, 2016)

Gabriel Encinas
La teoría alexiana de los principios y dos concepciones de la democracia

Emilio José Rojas Molina
Equilibrio reflexivo y justificación: ¿intuicionismo o coherentismo? (*en el 50º aniversario de la publicación de* A Theory of Justice)

Juan Iosa
Autonomía moral, autonomía personal y derechos humanos en Carlos Nino

Notas

Alfonso Ruiz Miguel
Laicidad liberal y laicismo

Humberto Luis Cuno Cruz
Estado Laico: ni libertad religiosa, ni superioridad de un saber secular

Nicolás Jorge Negri
Giuliani: Proceso y racionalidad. La relación jurídica procesal «dialéctica»

Sebastián Figueroa Rubio
Objetividad de los deberes y razones para la acción. Notas desde el externalismo

Alejandro Berrotarán
Incentivos, desigualdad y herencia

Silvina Álvarez Medina
Algunas discrepancias sobre el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi

Entrevista

Nicoletta Ladavac
Entrevista a Vincenzo Ferrari

ISSN 0214-867-6