D O X A

48

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.
Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho cuenta con una ayuda económica del Vicerrectorado de Investigación de la Universidad de Alicante.

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

© los autores, 2024
© 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, DOAJ, ESCI (*Web of Science*), Google Scholar, Latindex, MIAR, Dimensions, CIRC, Periodical Index Online (PIO), Scopus y Scimago Journal & Country Rank (SJR).

Las normas y políticas editoriales están disponibles en la web de la revista: https://doxa.ua.es

Los contenidos están bajo una licencia Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0). 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). 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. No se puede utilizar para fines comerciales y si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe difundir su creación con la misma licencia que la obra original. Los términos de la licencia se encuentran disponibles en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Departamento de Filosofía
del Derecho
Universidad de
Alicante

Alicante, 2024

ÍNDICE

Ernesto Garzón Valdés y Aulis Aarnio, *in memoriam*

Jorge F. Malem Seña
Ernesto Garzón Valdés. Un hombre elegante 13
Ernesto Garzón Valdés. An Elegant Man

Manuel Atienza
Ernesto Garzón Valdés. Sobre la generosidad y el deber de gratitud 19
Ernesto Garzón Valdés. On Generosity and the Duty of Gratitude

Matti Ilmari Niemi
Aulis Aarnio. Uno de los grandes juristas 25
Aulis Aarnio. One of the Great Legal Scholars

Artículos

Owen Fiss
El acto fallido de Scalia 43
Scalia's Slip

Enzo Solari Alliende
Hegel sobre la otra propiedad 81
Hegel on the Other Property

Flávio Manuel Póvoa de Lima
La preservación de la verdad bajo extensiones, semántica inexacta y teoría jurídica 109
Truth Preservation under Extensions, Inexact Semantics and Legal Theory

Piero Mattei-Gentili
Normas como significados: una revisión al debate sobre la ontología de normas y la teoría jurídica 121
Norms as Meanings: A Review of the Debate on the Ontology of Norms and Legal Theory

Hugo O. Seleme
La extensión en el tiempo de la comunidad política 155
Political Community Persistence over Time

Rodolfo Vigo
Debilidades o incoherencias iusfilosóficas en la propuesta de Luigi Ferrajoli de una Constitución para la Tierra. 185
Weaknesses or Legal-Philosophical Inconsistencies in Luigi Ferrajoli's roposal of a Constitution for the Earth

Wolfgang Wieland
La facultad de juicio en la filosofía kantiana del derecho 219
The Power of Judgment in Kant's Philosophy of Law

Populismo

Fernando Atria
La forma del derecho y el concepto de lo politico 241
The Form of Law and the Concept of the Political

Ermanno Vitale
Populismo: ¿realización o mutación genética de la democracia? 267
Populism: Realization or Genetic Mutation of Democracy?

Gonzalo Quintero Olivares
Populismo y derecho penal 281
Populism and Criminal Law

Problemas de justicia

Juan Iosa
La autonomía personal en el pensamiento ético de Kant. 305
Personal Autonomy in Kant's Ethical Thought

Ezequiel Spector
La libertad entendida como cooperación social: desarrollando un nuevo enfoque 333
Liberty as Social Cooperation: Developing an Alternative Approach

Emilse Toninello
Justicia social como proceso de subjetivación: una indagación en el debate contemporáneo desde las teorías políticas críticas 365
Social Justice as a Process of Subjectivation: An Enquiry into the Contemporary Debate from Critical Political Theories

Óscar Fernández Márquez
La brecha salarial de género ante la razón crítica del liberalismo económico 389
The Gender Wage Gap in View of the Critical Reason of Economic Liberalism

José Enrique Sotomayor Trelles
El caleidoscopio de Sófocles: sobre Antígona y la filosofía del derecho. . . 415
The kaleidoscope of Sophocles: on Antigone and the Philosophy of Law

Sobre la decisión judicial

Antonio Manuel Peña Freire
Legalidad y casos difíciles: casos difíciles del derecho, por el derecho y para el derecho 439
Legality and Hard Cases: Hard Cases of the Law, by the Law and for the Law

Pablo Rovatti
Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán 467
On the Supposed «Epistemological Purity» of the Evaluation of Evidence: Regarding a Thesis held Jordi Ferrer Beltrán

Alejo Joaquín Giles
El razonamiento probatorio entre lo que es y lo que debe ser: una solución en clave de arquetipo a la ambivalencia metodológica del modelo de la plausibilidad relativa 499
Evidential Reasoning Between what Is and what Must Be: An Archetypal Solution to the Methodological Ambivalence of the Relative Plausibility Model

Rocío Villanueva Flores
Jueces virtuosos 519
Virtuous Jugdes

Notas

José Chávez-Fernández Postigo
Reglas, *defeaters* e intocables del derecho: Moreso en la búsqueda del equilibrio perdido 543
Rules, Defeaters, and Untouchables of Law: Moreso in the Search for the Lost Balance

Mauricio Lecón Rosales
***¿Libertarismo o* compatibilismo? La disyuntiva filosófica detrás del debate entre Eduardo García Máynez y Carlos Cossio** 563
Libertarianism or Compatibilism? The Philosophical Dilemma Underlying the Controversy between Eduardo García Máynez and Carlos Cossio

Jaime Humberto Gándara Pizarro
El jusnaturalismo de Lorenzo Peña y su propuesta (ius)política 581
The Jusnaturalism of Lorenzo Peña and his (Ius)Political Proposal

Carolina Fernández Blanco
Una relectura de «Un país al margen de la ley» desde el aporte del institucionalismo 605
Revisiting «Un país al margen de la ley» *from the Perspective of Institutionalism*

Entrevista

David Sierra Sorockinas
Entrevista a Roberto Gargarella en memoria de Carlos Santiago Nino . . . 631
Interview with Roberto Gargarella in Memory of Carlos Santiago Nino

ERNESTO GARZÓN VALDÉS Y AULIS AARNIO,

*IN MEMORIAM**

* Los dos primeros textos que publicamos en esta sección fueron redactados para un homenaje a Ernesto Garzón Valdés que organizó el consulado argentino en Bonn, en septiembre de 2023, y que no pudo celebrarse.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 13-18

Ernesto Garzón Valdés. Un hombre elegante

Ernesto Garzón Valdés. An Elegant Man

Jorge F. Malem Seña

Autor:
Jorge F. Malem Seña
Universitat Pompeu Fabra, España
jorge.malem@upf.edu
https://orcid.org/0000-0002-7586-7384

Citar como:
Malem Seña, Jorge F. (2024). Ernesto Garzón Valdés. Un hombre elegante *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 13-18.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Jorge F. Malem Seña

Ernesto Garzón Valdés y yo somos cordobeses. Lo llevamos con indisimulado orgullo y con una entonación en el hablar imposibles de ocultar. Ambos somos hijos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, y también debimos abandonar nuestro país no por nuestra voluntad. Hasta aquí las semejanzas. Carezco de las cualidades personales e intelectuales suficientes para parecerme a quien reconozco como mi maestro. Y, sin embargo, nuestros mundos han transcurrido por avenidas casi paralelas, aunque cruzadas por innumerables vías que hacen que mi vida no pueda ser plenamente explicada sin su presencia.

Conocí a Ernesto en la década de 1970, cuando yo era un joven estudiante de derecho muy inculto, poco interesado por los asuntos jurídicos y apasionado por las discusiones algo estériles tan propias de la época. Hoy, he perdido mi juventud y abandonado la mayor parte de aquellas discusiones, aunque sigo manteniendo mi pertinaz ignorancia solo parcialmente disimulada cuando visto con traje y corbata, haciendo gala de lo que Ernesto denominaba con cierta malicia, no exenta de crítica, «su –por mí– elegancia natural».

Ernesto, en cambio, lucía su exquisita elegancia como al pasar, tal vez con una pizca de coquetería siempre alejada de cualquier vanidad. En su caso, la elegancia no se mostraba solo en el vestir, formal y actual al mismo tiempo, sino que mostraba su actitud en la vida.

Esa actitud se reflejaba, ante todo, porque se relacionaba con los demás en pie de igualdad. La igualdad era uno de sus valores supremos. Y tanto en su vida como en su trato académico o profesional nunca hizo distingos entre colegas, estudiantes o personas en general. A todos los consideraba por igual y siempre actuaba con un irrestricto respeto por la dignidad de cada cual. De ahí surge, asimismo, que la empatía y la solidaridad fueran rasgos de su carácter. Que la dignidad de la persona haya sido uno de sus temas académicos no puede llamar, pues, a la extrañeza, ni que le haya prestado atención a cuestiones tales como la intimidad o la tolerancia.

Tal vez por esa razón no haya creído demasiado en el denominado «argumento de autoridad», y que jamás se haya presentado como el gran profesor que fue, ni como el influyente intelectual que aún es. Fue Profesor en las universidades argentinas de Buenos Aires, Córdoba y La Plata, y en el Instituto de Ciencias Políticas en Maguncia –Alemania–. Ha sido Profesor invitado en diferentes universidades de medio mundo. Y distinguido como Profesor Honoris Causa en 11 universidades americanas y europeas, por solo citar algunos de sus méritos académicos. Recibió, además, numerosos galardones, como la Medalla Goethe del Instituto Goethe (Múnich-1986); el Premio de Cooperación Científica Internacional Dr. Luis Federico Leloir (1992); o el Premio Konex de platino en el área de Teoría General y Filosofía del Derecho (2006). Méritos suficientes como para desbordar el orgullo en una persona no comedida. Pero Ernesto lo fue, siempre, y lucía todo aquello sin fatuidad alguna. Su modestia fue consustancial a su elegancia.

Su elegancia se notaba, asimismo, en una prosa, fina y distinguida, que eludía las afirmaciones vacuas o dogmáticas. Evitaba, por ello, las frases ampulosas o grandilocuentes, prefiriendo la claridad a la ostentación. Claridad que nunca implicaba, en su caso, trivialidad. No hay que confundir, gustaba repetir, oscuridad con profundidad. La opacidad en su actividad intelectual y también en su vida pública no era, en su caso, una opción.

En realidad, su estilo literario denota que asumía sus hipótesis como provisorias y sometidas a la mejor crítica. Por ese motivo, sus trabajos constituyen una llamada a un diálogo intelectual amplio, fecundo y leal. En esto, como en otros órdenes vitales, a Ernesto no le gustaba hacer trampas. La honestidad en su pensamiento y en su vida le ennobleció, y le debe ser reconocido.

Tal vez por ello, Ernesto nunca pretendió adoctrinar a su auditorio. De haberlo hecho hubiera significado transformar sus propias convicciones en verdades universales precisamente porque eran las suyas. Pero nada más contrario a su talante, siempre dispuesto a escuchar y repensar sus posiciones. Nunca se le oyó decir que estaba en posesión de la verdad; si acaso sostenía únicamente que sus afirmaciones eran plausibles, o incluso verdaderas, provisionalmente, o hasta que se demostrara lo contrario. En ese sentido, fue lo opuesto al fanático, que utiliza el adoctrinamiento como una de sus herramientas favoritas.

Pero la mesura de sus planteamientos, la sencillez con que expresa sus posiciones o la nobleza de sus debates no han de llevar a la confusión. Ni su pensamiento ni su acción son líquidos o carentes de fundamento moral.

Muy por el contrario, Ernesto fue un firme defensor de la democracia y los derechos humanos, y aunque su posición metaética haya ido mutando desde perspectivas relativistas hacia un objetivismo moral moderado nunca dejó de tener claro cuáles son los valores que corresponde honrar más allá de su justificación. No es casual que en sus trabajos académicos haya analizado problemas atinentes a la democracia, la legitimidad o la legitimación.

Y, sin embargo, su compromiso moral y político a favor de la democracia y los derechos humanos no siempre se vio recompensado en la República Argentina. Un país tan difícil de explicar, y de entender, entre otras cosas, por cómo trata o trató a sus ciudadanos en general, o a personas como Ernesto en particular. Que Ernesto radicara buena parte de su vida en Alemania se debe, en parte, a esta razón. Y que la cuestión argentina, para denominarla de alguna manera, haya sido uno de los focos de atención en su prolífica labor intelectual no ha de ser motivo de sorpresa.

Pero Ernesto no solo fue y es un académico de prestigio sino que era, además, diplomático de carrera. Ingresó en el Servicio Diplomático Argentino como Agregado de Embajada y se trasladó a la Embajada Argentina en Bonn como Agregado Cultural en 1958. Aquí permaneció cuatro años y estableció estrechos contactos académicos con Hans Welzel, Ulrich Klug y Theodor Vieweg. No era su primera visita a Alemania, ya la había estado en 1953 después de estudiar sociología e historia del arte en las Universidades de Lovaina y en la Libre de Bruselas, respectivamente. Por esos años, aprendió el idioma de Goethe trabajando en los andamios de la construcción.

En su desempeño en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Ernesto pronto comenzó una fecunda tarea de difusión de la cultura argentina en el mundo. Esa preocupación siempre fue un eje de sus acciones como diplomático. Fundó 15 bibliotecas argentinas en el exterior y, como director de Relaciones Culturales, creó 6 museos de arte contemporáneo argentino en capitales latinoamericanas. Por ejemplo, en 1964 fundó el Instituto de Cultura Argentina en Bonn cuya biblioteca llegó a poseer 15.000 volúmenes. En el período 1970-1973 fue nombrado director del Departamento de Asuntos Culturales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y debido a su acción se instituyeron centros de cooperación cultural y científico-técnica en Asunción del Paraguay, La Paz, San José de Costa Rica, Caracas, México, Washington, París y Bonn. En 1970 creó la Comisión de Cooperación Científico-Tecnológica en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y firmó convenios de cooperación científica con Brasil, Estados Unidos, Francia, República Federal de Alemania y Venezuela.

En 1973, fue designado director de Política de la Cancillería por el gobierno constitucional del presidente Héctor Cámpora y tuvo a su cargo la reiniciación de las relaciones diplomáticas entre Argentina y Cuba, y el establecimiento de relaciones diplomáticas con Corea del Norte y la República Democrática Alemana. Cuando el

presidente chileno Salvador Allende viajó a Buenos Aires con motivo de la asunción de la presidencia de Cámpora, Ernesto fue su edecán civil. No le costó realizar este cometido, ni como diplomático de carrera, ni como persona comprometida con las libertades y la democracia.

El 27 de marzo de 1974 es expulsado del Servicio Diplomático Argentino por resolución del ministro Alberto J. Vignes y comienza su exilio en la República Federal de Alemania. Vignes, un claro representante del autoritarismo de derechas del peronismo, era miembro conspicuo de la logia masónica Propaganda 2 –P, 2–, cuyas ramificaciones en Europa y en América Latina no podían ocultar su claro designio delictivo. La locura represiva iniciada alcanzó su máximo paroxismo con el golpe militar de marzo de 1976, que todos conocemos.

Días después de su expulsión, buena parte de la intelectualidad argentina protestó vivamente y firmó un manifiesto publicado en el diario *La Nación* titulado *Prescindir de los mejores*. Entre sus firmantes figuraban Jorge Luis Borges, Ernesto Sábato, Victoria Ocampo, Genaro Carrió, Eugenio Bulygin, Carlos Nino, entre otros.

En 1985, Ernesto Garzón Valdés es reintegrado al Servicio Exterior argentino, por el gobierno democrático, con el rango de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario. Y en 1987 pide el retiro del Servicio Diplomático Argentino por disconformidad con la política de derechos humanos del presidente Raúl Alfonsín. Pensaba que la política implementada por Alfonsín respecto de los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura militar carecía de la contundencia necesaria, tanto desde el punto de vista político como moral.

La tarea en defensa de los derechos humanos por parte de Ernesto no solo queda reflejada en estas acciones y en sus trabajos teóricos. En 1994, por ejemplo, fue designado Miembro del Tribunal Permanente de los Pueblos de la Fundación Internacional Lelio Basso radicada en Roma.

Por otra parte, su pasión por la literatura, la música y el arte en general no se ciñeron únicamente a sus cursos en las Universidades de Lovaina y en la Libre de Bruselas. Su genuino interés por estos asuntos le acompañó a lo largo de toda su vida. Su amplísima formación cultural se advierte fácilmente a través de la lectura de sus trabajos. Siempre pensó que invocar a la literatura y al arte puede alumbrar cuestiones jurídico-filosóficas importantes. Baste pensar en la idea de Ernesto de «coto vedado», nombre que toma prestado del escritor español Juan Goytisolo, para ejemplificar el ámbito individual de lo que debe permanecer intocado por el Estado o por otros ciudadanos.

Sus propias palabras sirven para mostrar estas querencias,

> Me ha ayudado a vivir el interés elemental por el arte, de la pintura, la arquitectura y la música. No es necesario pensar, como el uruguayo José Enrique Rodó, que la estética está a mitad de camino de la ética para, al menos, sentir que la música, por ejemplo, nos hace más felices y que no todo da lo mismo. El gusto por el arte se convierte así en una especie de muleta de la felicidad. Estoy convencido que se camina más feliz si uno sabe utilizar esos bastones que se llaman Bach, Beethoven o Schubert y que le hacen pensar a uno que no es

> verdad que la evolución no da saltos o hasta creer, como Einstein después de escuchar al joven Jehudi Menuhin en el Berlín de los años veinte, que Dios existe.
>
> Justamente porque el arte me ha reconfortado, he rechazado siempre la vulgar estridencia y la irrupción irrespetuosa de lo privado en lo público. Saber que no estamos solos en el mundo y que no debemos mortificar al prójimo con la satisfacción incontrolada de nuestros deseos y preferencias es un principio elemental de convivencia.[1]

Pero la distinción y el buen gusto de Ernesto nunca opacó su dedicación al trabajo. De hecho, nunca dejó de trabajar. Su elegancia personal no estuvo reñida con el esfuerzo, incluso en ocasiones poco propicias para el lucimiento. Quienes hemos vivido la experiencia del exilio lo sabemos muy bien. A ese esfuerzo laboral se aplicó con ahínco, perseverancia y responsabilidad, rasgos también de su personalidad. Y enfrentó los desafíos que le planteaba la vida con una entereza, decoro y honradez fuera de toda duda.

Tradujo, por ejemplo, más de 100 libros. Y fundó o contribuyó a crear incontables revistas académicas y colecciones de libros científicos en Argentina, México, España o Alemania. Sus trabajos, en solitud y junto a colegas, muestran la generosidad intelectual y su gran capacidad para liderar proyectos intelectuales, sin imponer criterios personales o someter a los demás a un segundo plano. La generosidad y el reconocimiento de la labor del otro fueron consustanciales también a su elegante personalidad.

Puede advertirse que la obra de Ernesto Garzón Valdés es amplia, diversificada y siempre profunda. Ha preferido escribir artículos a libros porque una vez desenmarañadas las cuestiones conceptuales y justificativas poca importancia adquirían para él los aluviones de datos con que algunos autores pretender ilustrar sus trabajos. Creyó más en la constancia que en la imaginación, más en el trabajo de las hormigas que en la grandilocuencia del trabajo de los elefantes. Y sus análisis teóricos muestran también su ideología liberal, en el sentido primigenio de la palabra, como corriente que defiende los derechos individuales y sociales de las personas, nunca como neoconservadurismo partidario del libre mercado. No extraña que propugne la democracia dentro de un Estado social de derecho.

Desgraciadamente, la elegante personalidad de Ernesto que he querido describir, de un modo torpe e incompleto, no la aplicó al mundo de la gastronomía. Nunca cultivó el bello arte de la cocina. No fue un apasionado de la buena mesa o un degustador de caldos dionisíacos. Comía y bebía casi por obligación, con la misma premura con que llenamos de combustible nuestro automóvil. Mi estancia en su casa, en Bonn, que realicé con el fin de acabar mi tesis doctoral es buena prueba de ello. Mi alojamiento allí tuvo al menos dos efectos. Uno el previsto, finalicé, con su ayuda, mi trabajo. Eternamente agradecido. El otro, no previsto, fue que dicha estancia me produjo una inesperada cura de adelgazamiento. Según Ernesto, los becarios deben ganar muy poco y comer menos con el fin de dedicar todas sus energías al estudio. Opinión que no

1. «¡Todavía aquí! Al llegar a los 80», *NEXOS*, agosto 2007.

comparto en absoluto. Y decía, frente a quien lo quería escuchar, que en sus tiempos mozos fue un buen jinete, aunque sin ofrecer evidencia empírica alguna.

Pero nada oculta la fuerza de su pensamiento y su influencia personal, que es enorme. Se han hecho tesis doctorales sobre su obra en España y en México. Y no son pocos los trabajos de otros autores también prestigiosos donde se le suele utilizar como guía para el análisis o para comentar o criticar sus argumentos. Es, en ese sentido, un punto de referencia para la reflexión sobre filosofía del derecho, moral y política. Y dadas las calidades personales e intelectuales de Ernesto, no es de extrañar que tenga discípulos –amigos, que él diría– en medio mundo. Me cuento como uno de ellos y no precisamente como el más avanzado. Reconozco que bien enseñado no es sinónimo de bien aprendido y que se puede tener un gran profesor y ser un mal alumno. Mea culpa.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 19-24

Ernesto Garzón Valdés. Sobre la generosidad y el deber de gratitud

Ernesto Garzón Valdés. On Generosity and the Duty of Gratitude

Manuel Atienza

Autor:
Manuel Atienza
Universidad de Alicante, España
manuel.atienza@ua.es
https://orcid.org/0000-0001-6569-1402

Citar como:
Atienza, Manuel (2024). Ernesto Garzón Valdés. Sobre la generosidad y el deber de gratitud *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 19-24.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Manuel Atienza

Nadie ha sido tan generoso conmigo como Ernesto. Y esta es una frase que muchos (de los que están aquí o fuera de aquí) podrían pronunciar también con toda seguridad. No es la primera vez que participo en un homenaje a Ernesto y, por ello, no es tampoco la primera vez en la que me he referido, en público, a su generosidad. Los homenajes constituyen uno de los ejemplos más notorios de lo que en la tradición retórica se llamó el género epidíctico o demostrativo, o sea, el tipo de discurso (bien necesario, por cierto, tanto en la sociedad antigua como en la contemporánea) cuyo objeto –como ya estableció Aristóteles en su *Retórica*– es el elogio o la censura. Cuando se trata de elogiar, de elogiar a alguien, nos encontramos, obviamente, con el tema de las virtudes. Y, en fin, entre las diversas virtudes que se pueden atribuir a Ernesto, yo creo que la más manifiesta es la generosidad. Ernesto es, ante todo, una persona generosa.

Aristóteles, al menos en la obra mencionada, no hace ninguna referencia a esa virtud, a la generosidad, pero sí a un rasgo, cabría decir, propio del que es generoso y que suscita en los demás una actitud, una pasión, consistente en ser agradecido. Me refiero al favor, que el Estagirita considera es «una ayuda al que la necesita, no a cambio de algo, ni con alguna finalidad para el que presta la ayuda, sino para el otro».

Luego volveré a ello, al tema del agradecimiento, pero antes me van a permitir que les lea algunos párrafos de un texto que escribí, hace unos pocos años, con motivo de la medalla que le otorgó a Ernesto la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, una de las múltiples empresas intelectuales que impulsó Ernesto (con gran éxito) y en la que le acompañamos algunos de los que aquí estamos. Si necesitara alguna justificación para ello, creo que podría servirme la socarrona frase de Eugenio Bulygin, uno de los grandes amigos de Ernesto (y de muchos de nosotros): «Hay que repetirse mucho para no contradecirse».

Cuando hace unos días –escribía entonces– me puse a pensar en el contenido de esta carta [a aquel texto le di una forma epistolar], me vino a la cabeza el recuerdo de cuando te conocí, en el aeropuerto de Barajas, en septiembre de 1976. Yo había ido a buscarte con Elías Díaz. Apareciste –venías de Alemania– con una cartera –un portafolios– y una maleta y, después de saludarnos, me ofrecí a ayudarte con alguno de los dos bultos, pero tú te negaste a ello de manera enérgica y, por supuesto, con la cordialidad y elegancia que, uno diría, forma parte consustancial de tu persona. He contado muchas veces esta anécdota (alguna vez incluso me la habrás oído en un acto como éste), porque me parece que define muy bien uno de los rasgos más característicos de tu personalidad y que encaja con toda exactitud en lo que Ortega y Gasset llamaba hombre noble, en el sentido de esforzado o excelente, y que contraponía al hombre-masa, al hombre vulgar. He acudido a mi ejemplar de *La rebelión de las masas* para buscar una cita apropiada y no me ha costado encontrarla:

> '[E]l hombre selecto o excelente está constituido por una íntima necesidad de apelar de sí mismo a una norma más allá de él, superior a él, a cuyo servicio libremente se pone. Recuérdese que al comienzo distinguíamos al hombre excelente del hombre vulgar diciendo que aquél es el que se exige mucho a sí mismo, y éste, el que no se exige nada, sino que se contenta con lo que es y está encantado consigo. Contra lo que suele creerse es la criatura de selección, y no la masa, quien vive en esencial servidumbre. No le sabe su vida si no la hace consistir en servicio a algo trascendente. Por eso no estima la necesidad de servir como una opresión. Cuando ésta, por azar, le falta, siente desasosiego e inventa nuevas normas más difíciles, más exigentes, que le opriman. Esto es la vida como disciplina –la vida noble–. La nobleza se define por la exigencia, por las obligaciones, no por los derechos. *Noblesse oblige*'.

Realmente es como si Ortega estuviera pensando en ti en el momento en que escribía esas líneas (más o menos, en el mismo año de tu nacimiento; hacia 1927). A través de todos estos años en los que he tenido ocasión de compartir tantas cosas contigo, he podido ver muchas veces repetida esa escena de la maleta: la negativa a recibir una ayuda en relación con algo que tú podías hacer por ti mismo y, en cambio, tu disposición a ayudar a los otros por pura generosidad o, para decirlo con las expresiones de Ortega, porque la vida noble te exigía eso: verte a ti mismo como titular de obligaciones hacia los demás, no de derechos; a ti, en fin, la vida no te ha sabido sin el servicio a una causa trascendente que en tu caso cabría llamar «la salvación intelectual de los jóvenes». Hasta incorporaste a tu léxico personal ese lenguaje escatológico que a algunos nos hacía tanta

gracia: «Fulano se ha salvado, ha conseguido un puesto de profesor en…»; «hay que salvar a Zutano, ¡es un tipo tan inteligente!». Y por lo que se refiere a otro de los rasgos que aparece en la caracterización de Ortega, el de una vida de disciplina, recuerdo, en alguna de mis estancias en el apartamento de la Hohenzollernstrasse, en Bad-Godesberg, que la regla que te autoimpusiste de traducir al menos dos páginas al día no dejabas de cumplirla ni siquiera cuando llegabas de madrugada de alguno de tus extenuantes y frecuentes viajes; yo creo mucho –solías decir– en el trabajo de la hormiguita: poco a poco se puede conseguir mucho. Lema que te aplicaste, también de manera implacable, para trasladar tu biblioteca personal –de unos cuantos miles de volúmenes– a la casa de Delia: todavía te recuerdo todas las tardes saliendo del apartamento con un par de bolsas repletas de libros.

Pero volvamos al tema del agradecimiento. Los favores pueden ser de muchos tipos y, por ello, también cabe hablar seguramente de diversos tipos de agradecimiento. Uno puede ser generoso a la hora de prestar una ayuda económica, de dar un buen consejo, de prestarse para ayudar en alguna tarea, de usar sus relaciones personales para favorecer a alguien, de evitar algún conflicto innecesario, de esforzarse porque el mérito ajeno sea debidamente reconocido, de contribuir al bienestar de los que uno tiene a su lado o de orientar el trabajo intelectual hacia metas valiosas. La generosidad de Ernesto ha tenido todas esas dimensiones, pero ahora me gustaría centrarme en esta última que es la que podría considerarse como más característica de un maestro, aunque él haya sido tanto un maestro intelectual como un maestro de vida. Ernesto nos ha enseñado cómo vivir bien y, en particular, cómo hacer de la propia trayectoria intelectual, de su obra teórica, algo que pueda resultar valioso no sólo (o no tanto) para uno mismo sino también, sobre todo, para los demás.

Ernesto ha contribuido más que nadie, y a lo largo de muchas décadas, a comunicar a los filósofos del Derecho españoles con los europeos y los americanos. Y es obvio que la situación de, al menos, relativo esplendor de que hoy goza la filosofía del Derecho en países como España, Italia, México, Argentina…es en buena medida obra suya. No ha sido, sin embargo, un filósofo del Derecho a secas, sino que ha cultivado también tanto la filosofía moral como la política y se ha esforzado por trazar puentes entre esas tres dimensiones de la racionalidad práctica; en ese aspecto, su obra se asemeja a la de Nino. De la misma manera que guarda cierto parecido con Bobbio su estilo de pensamiento, de construcción teórica, que ha asumido preferentemente la forma del artículo. De su extensa producción habría muchas cosas que destacar pero, en mi opinión, la mayor aportación de Ernesto ha consistido en poner el foco en los problemas de ética normativa y en defender el objetivismo moral y consiguientemente en criticar el relativismo y el escepticismo moral: al principio, bastante a contracorriente de la escuela de filosofía analítica en la que se había formado; luego, muchos le hemos acompañado en esa batalla intelectual. Hace ya muchos años (en 1993) traté de sistematizar el pensamiento de filosofía moral –y, en parte, también jurídica y política– de Ernesto (el Sistema EGV) en una serie de principios, reglas y tesis teóricas que venían

a ofrecer una respuesta a los grandes problemas de la ética y que constituye, esencialmente, la guía de orientación del trabajo intelectual para quien se mueve en el campo de la filosofía práctica, a la que antes me refería. Voy a limitarme aquí a enunciar los que considero como principios básicos (11, porque a los 10 iniciales añadí luego el de dignidad humana) del pensamiento de Ernesto, que han sido ampliamente discutidos entre nosotros y que han tenido y siguen teniendo una gran influencia.

1) Principio de los deberes positivos generales: «Todo individuo está moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial para evitar un daño o contribuir a superarlo, sin que para ello sea relevante la existencia de una relación contractual previa o la identidad de los destinatarios de la obligación».
2) Principio de la tolerancia: «Nadie tiene derecho a prohibir acciones de los demás por la simple razón de que vayan en contra de alguna de las normas de su sistema normativo básico».
3) Principio del paternalismo jurídico justificado: «Los órganos estatales deben tomar medidas que se impongan en contra de la voluntad de sus destinatarios, si estos están en una situación de incompetencia básica y las medidas están dirigidas objetivamente a evitarles un daño».
4) Principio del coto vedado: «Las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que juegue algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad».
5) Principio de legitimidad: «Debe procurarse que todos los seres humanos vivan en un sistema político que posea legitimidad».
6) Principio de desobediencia civil: «Nadie tiene la obligación moral de obedecer normas jurídicas que pugnan contra su conciencia, cualquiera que sea el origen de esas normas».
7) Principio de inviolabilidad de la ética: «Nadie está eximido de cumplir con sus obligaciones éticas».
8) Principio del individualismo ético: «Nadie puede imponer a otro obligaciones que éste no desee asumir, a no ser que esa sea la única forma de asegurar un derecho básico de otro individuo o de sí mismo».
9) Principio de inderogabilidad de la moral: «Nadie puede derogar los anteriores principios».
10) Principio del carácter supremo de la moral: «No puede haber razones que se impongan a la moral».
11) Principio de la dignidad humana: «Todos y sólo los seres humanos vivos deben ser tratados por los demás y también por ellos como fines en sí mismos».

Y vuelvo de nuevo al tema del agradecimiento. En alguna medida se trata de una tendencia, un impulso, natural, que con alguna frecuencia siente el que ha sido objeto de un favor. Pero también de un deber, cuya naturaleza y justificación podría merecer

alguna reflexión. Uno está agradecido a Ernesto, en lo personal y en lo profesional. Y además debe estarlo, esto es, haría mal si no mostrara agradecimiento. ¿Pero de qué tipo de deber se trata? Se me ocurren tres posibilidades que quizás no sean entre sí excluyentes. O, mejor dicho, no del todo.

La primera consistiría en verlo como un deber, digamos, de tipo estratégico, hobbesiano. En *El Leviatán*, el principio de gratitud constituye una de las leyes de naturaleza, que el filósofo inglés formula de esta forma: «Que un hombre que reciba beneficio de otro por mera gracia se esfuerce para que aquel que lo haya dado no tenga causa razonable para arrepentirse de su buena voluntad». Y que justifica en estos términos: «pues nadie da más que con la intención de procurarse a sí mismo un bien, porque el dar es voluntario, y en todo acto voluntario el objeto es para todo hombre su propio bien. Por tanto, si los hombres ven que quedarán frustrados, no habrá comienzo de benevolencia o confianza ni, por consiguiente, ayuda mutua».

Otra posibilidad sería configurarlo como un deber propiamente moral, si se quiere, un deber kantiano: hay que mostrar gratitud hacia aquellos de quienes recibimos beneficios sin pedirnos nada a cambio, porque eso es lo correcto, sin más. Y me parece que así es como el propio Ernesto lo ha entendido cuando ha estado en esa situación. Alguna vez he contado una anécdota que, en mi opinión, refleja esa actitud. Cuando en 1974 el peronismo autoritario y de derechas le expulsó del servicio diplomático (de la embajada de Bonn, en donde era agregado) y se quedó en Alemania literalmente en la calle, recibió en seguida un telegrama de Theodor Vieweg en el que el autor de *Tópica y Jurisprudencia*, que era a la sazón catedrático en la Universidad de Maynz, con la que Ernesto colaboraba, le anunció que le enviaba su sueldo completo del mes «por razones de amistad». Desde entonces ha tenido ese telegrama enmarcado y colgado en la pared, enfrente de su mesa de trabajo, pero no porque necesitara de esa ayuda visual para sentirse agradecido de por vida por ese gesto, sino porque eso ponía de manifiesto la posibilidad del comportamiento altruista. O sea, que no somos, o no somos del todo, maximizadores de utilidades, como suponía Hobbes.

Y la tercera posibilidad, que no excluye las otras dos, sino que en cierto modo las integra, sería ver el deber de gratitud que uno siente hacia quien ha sido –como antes decía– un maestro intelectual y un maestro de vida, como algo parecido a un deber institucional. Me refiero con ello a los deberes que se justifican por su conexión con lo que consideramos bienes internos o propios de una institución. Como, por ejemplo, el deber de los jueces de velar por el prestigio de la jurisdicción (porque no se puede aspirar a ser un buen juez en un sistema de justicia desacreditado) o el deber de los periodistas de decir la verdad e informar con objetividad (porque de otra manera desaparecería lo que normalmente entendemos por opinión pública). En relación con Ernesto, nuestro deber principal, me parece a mí, consiste en hacer lo posible para que se den las condiciones que propicien la existencia de muchos –al menos de algunos– Ernestos en nuestras vidas académicas y personales. Simplemente porque nuestras existencias –o la de quienes vengan detrás de nosotros– serán así mejores: este sería el aspecto hobbesiano

del deber. Pero sobre todo porque la generosidad es en sí misma un valor; y esta sería su dimensión kantiana.

Hace más de un siglo, Oscar Wilde escribió una famosa obra de teatro titulada «*The importance of being Ernest*». Ya sé que la traducción al castellano, «La importancia de llamarse Ernesto», es inexacta, pero me sirve muy bien para concluir mi intervención subrayando que lo importante no es llamarse Ernesto sino ser, comportarse como, Ernesto. ¡Esforcémonos en ello!

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 25-40

Aulis Aarnio. Uno de los grandes juristas

Aulis Aarnio. One of the Great Legal Scholars

Matti Ilmari Niemi

Autor:
Matti Ilmari Niemi
University of Eastern Finland, Finland
matti.niemi@uef.fi
https://orcid.org/0000-0003-1813-7630

Citar como:
Niemi, Matti Ilmari (2024). Aulis Aarnio. Uno de los grandes juristas *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 25-40.

Traducción:
Danny José Cevallos C.
Universidad de Alicante
danny.cevallos@ua.es
https://orcid.org/0000-0001-5528-3851

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Matti Ilmari Niemi
© 2024 Danny José Cevallos C., de la traducción

1. INTRODUCCIÓN

Durante su vida Aulis Arvi Aarnio fue el filósofo jurídico finlandés más famoso a nivel internacional, y en Finlandia, uno de los grandes académicos en el campo de la dogmática jurídica. Tuvo una prestigiosa carrera, siendo altamente productivo en estos dos campos de investigación. Fue también conocido a nivel nacional como autor de novelas, como dramaturgo y gran tertuliano en temas del ámbito social de Finlandia.

Aarnio nació el 14 de mayo de 1937 y falleció el 28 de septiembre de 2023, a la edad de 86 años. Estuvo casado dos veces y tuvo dos hijos. Comenzó su carrera científica en los años sesenta y se mantuvo activo y productivo hasta el final de su vida. Desde joven se centró en su futuro y en su carrera. Tras terminar la escuela, en 1958, como bachiller, comenzó inmediatamente sus estudios de Derecho en la Universidad de Helsinki; poco después, en 1961, obtuvo el que entonces era un grado en Derecho [*Law Bachelor*] (hoy, equivaldría en contenidos al nivel de máster). Decidió luego iniciar su carrera académica en este mismo ámbito, con tal fin se licenció [*Licenciate in Law*] en 1963 y se doctoró en la Universidad de Helsinki en 1968.

2. CARRERA ACADÉMICA

Aarnio comenzó su carrera académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Helsinki en 1963.

Trabajó primero como ayudante de Derecho Civil entre 1963 y 1968, desempeñando las tareas de profesor ayudante entre 1966 y 1968, y después, entre 1968 y 1970, como profesor de Derecho Civil. Obtuvo el cargo extraordinario de Catedrático de Derecho de Familia y Sucesiones en 1970 y un cargo de Profesor Titular en el mismo ámbito en 1977, trabajando también como Profesor investigador en el Consejo de Investigación de Finlandia entre los años 1974 y 1982, y como profesor en la Facultad de Derecho de Helsinki hasta 1991. Fue también profesor de Derecho Civil en la Universidad de Turku entre 1973 y 1981, y profesor de Teoría del Derecho en la Universidad de Tampere desde 1975. En esta última universidad, en 1991, empezó a trabajar como director del Instituto de Investigación de Ciencias Sociales y como profesor de dicho instituto en 1996.

Aarnio fue el investigador finlandés más destacado en el campo del Derecho de familia y sucesiones, ocupando una posición sólida y reconocida como investigador internacional, contribuyendo a la cooperación científica internacional en el ámbito de la teoría del Derecho. Por ello sorprendió su decisión de trasladarse de la Universidad de Helsinki a la de Tampere. Y es que, durante esa época, Helsinki era la facultad de Derecho finlandesa líder, tanto a nivel nacional como internacional. La razón de su traslado fue lo mucho que le llamaba su ciudad de origen, Kangasala, situada cerca de Tampere; le encantaba vivir ahí. De hecho, ya a inicio de los 80 había trasladado su residencia de Helsinki a Kangasala. Su jubilación llegó en el 2002.

Durante su carrera académica, Aarnio se orientó primero hacia el campo de investigación del Derecho de familia y sucesiones. Sin embargo, también se interesó por la teoría del Derecho. Su tesis doctoral de 1967, *Perillisen oikeusasemasta* (*El estatuto jurídico del heredero*) fue un estudio básico en el campo del Derecho de sucesiones. Así, al principio se orientó hacia un campo en concreto del Derecho sustantivo finlandés, pero era muy consciente también de los avances que se estaban produciendo en la filosofía jurídica escandinava.

La tesis de Aarnio, quien, por un lado, se posicionó como jurista competente en el ámbito del Derecho de sucesiones, tenía además una clara base teórica y filosófica. Aplicó la doctrina académica escandinava de la investigación jurídica analítica, haciéndolo, por lo demás, de forma libre: en ciertos aspectos, el trasfondo histórico y filosófico de esta orientación es el realismo jurídico escandinavo, sin embargo, no adoptó ni aplicó la doctrina del realismo jurídico tal cual, a pesar de que era muy reconocida. Adoptó la misma posición asumida por muchos de sus colegas de los países escandinavos. El profesor Simo Zitting, que era el principal académico en el campo del Derecho de propiedad en Finlandia, fue el maestro y modelo de Aarnio. En Finlandia, Zitting había desarrollado una versión específica y aplicada del Derecho civil analítico volcada en el ámbito del Derecho de propiedad. La tesis de Aarnio fue la primera aplicación de la doctrina del Derecho civil analítico en el ámbito del Derecho de sucesiones en Finlandia y, al mismo tiempo, fue su punto de partida en el campo de la filosofía jurídica.

La segunda monografía de Aarnio, de 1969, *Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta* (*Cuestiones en el ámbito del Derecho de sucesiones*) era la continuación de su programa de investigación en el campo del Derecho de sucesiones. Se trataba de una aplicación aún más intensa de la doctrina del Derecho civil analítico que había adoptado. La nueva dimensión y extensión teórica de este libro vino de la influencia de Ludwig Wittgenstein. Aarnio ya se había interesado por Wittgenstein a principios de los años sesenta[1].

3. EL PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO DE AARNIO

Un intermediario importante entre Wittgenstein y Aarnio fue el filósofo y profesor finlandés George Henrik von Wright, que había trabajado como profesor, junto con Wittgenstein, en la Universidad de Cambridge. Von Wright visitó Cambridge en 1939 y, tras la Segunda Guerra Mundial, se trasladó a esa ciudad en 1947, trabajando los años siguientes como profesor en la Universidad de Cambridge y colaborando con Wittgenstein. Von Wright regresó a Finlandia en 1951, es decir, el mismo año en que murió Wittgenstein, y trabajó como profesor en la Universidad de Helsinki hasta 1961, ocupando después numerosos cargos nacionales e internacionales, y jubilándose en 1986.

La obra de Von Wright estuvo presente de forma significativa en la actividad investigadora de Aarnio. Aunque Aarnio siempre llevó a cabo investigaciones independientes, tanto en el ámbito del Derecho de sucesiones como en el de la filosofía jurídica, lo cierto es que las filosofías de Wittgenstein y de Von Wright constituyeron su trasfondo académico.

El punto de vista filosófico de Aarnio en relación con los estudios jurídicos era un intento de comprender, analizar y reconstruir la base y la justificación del conocimiento jurídico, es decir, la dogmática jurídica. Su pregunta filosófica crucial era: ¿cuáles son el objeto, la naturaleza y los presupuestos del conocimiento jurídico? Según este punto de vista, la función fundamental de la filosofía jurídica es analizar, dar cuenta y servir a la dogmática jurídica. Intentó comprender la naturaleza y el fundamento del conocimiento jurídico, al tiempo que hacía contribuciones en el ámbito de la dogmática jurídica. En otras palabras, produjo investigación jurídica que era también objeto de su investigación filosófica.

Además de Zitting, Wittgenstein y Von Wright, Aarnio tuvo varios referentes importantes en los campos de la filosofía del Derecho y de la dogmática jurídica. Por ejemplo, en la dogmática jurídica finlandesa: Otto Brusin y P.J. Muukkonen. A nivel

1. Vid. el libro de Aarnio, 2014, *Oikeutta etsimässä. Erään matkan kuvaus*, Talentum, Helsinki. Es un libro sobre su carrera y sus intereses científicos. Sobre la influencia y la importancia de Wittgenstein, véanse, en particular, pp. 55-60.

escandinavo, el profesor Aleksander Peczenik, sueco pero originario de Polonia, fue un importante colaborador en el campo de la filosofía del Derecho; a nivel europeo, Robert Alexy y Neil MacCormick fueron importantes socios filosóficos. Además, otros conocidos filósofos, como Wesley Newcomb Hohfeld y su análisis de los conceptos jurídicos, tuvieron igualmente una notable influencia en el análisis jurídico que Aarnio adoptó.

Aarnio era partidario de la ciencia jurídica analítica escandinava y de la hermenéutica. Por otra parte, excluyó al realismo jurídico, que es un cierto tipo de trasfondo histórico y, en algunos aspectos, también teórico de la orientación analítica. En este sentido, era partidario y seguidor de Zitting. Aarnio quería construir una teoría nueva y más avanzada de la argumentación jurídica, que sirviera para proteger jurídicamente a las personas. El desarrollo de una doctrina de las fuentes del Derecho sirvió, por ejemplo, a esta aspiración. Se propuso desarrollar, reforzar y ampliar la carga motivacional de las sentencias dictadas por los tribunales finlandeses. De hecho, tuvo éxito en su empeño.

La visión y comprensión del conocimiento jurídico que Aarnio asumió bebe de una cierta tradición de la dogmática jurídica escandinava adoptada en tales países durante el siglo XX. Se trataba de una nueva forma de entender el conocimiento jurídico, diferente de la concepción nórdica tradicional, basada esta última en la dogmática jurídica alemana y en la jurisprudencia de conceptos.

Por ejemplo, la naturaleza y el papel de los conceptos jurídicos, tratados como formas importantes de conocimiento jurídico, fueron entendidos de forma diferente. En lugar de extraer conclusiones a partir de los significados de los conceptos jurídicos, éstos debían situarse en la posición de objetos del análisis jurídico. Los conceptos tenían que ser «desmenuzados», es decir, analizados de forma tal que mostraran su contenido normativo real; las reglas eran consideradas trasfondo de los conceptos y, lo que es importante, lo eran de forma separada en cada relación personal relevante. Había que rechazar el papel dominante de la sistemática jurídica y de los conceptos y, en su lugar, había que interpretar con la ayuda de argumentos justificativos las normas como trasfondo de los conceptos y como contenido real de los conceptos en cada relación personal. Estos argumentos justificativos tienen una conexión con el mundo real, es decir, con los hechos que impactan la realidad humana, así como con los argumentos morales. El modelo y ejemplo dominante de esto fue el análisis de la propiedad, aplicado a la posesión de un bien inmueble y puesto en práctica por Zitting[2].

Históricamente, como se ha comentado ya, un antecedente filosófico importante de la ciencia jurídica analítica es el realismo jurídico escandinavo. Ahora bien, en Finlandia la doctrina del realismo jurídico no se aplicó a la dogmática jurídica, pero sí tuvo una influencia y un papel indirectos como trasfondo general de los saberes jurídicos. Su influencia más bien apareció en el nivel de la dogmática jurídica como una nueva forma,

2. Vid. Zitting, 1951, *Omistajanvaihdoksesta. Silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia* (Sobre el cambio de titularidad. Sobre la transición de la propiedad. Vigilando los efectos del registro de la propiedad). Suomalainen lakimiesyhdistys. Vammala.

desarrollada, más precisa y, sin duda, más avanzada de análisis y conocimiento jurídicos. La intención no era transformar el contenido de los enunciados de la dogmática jurídica en enunciados que describen la realidad o los hechos, sino mostrar la influencia que tienen diferentes tipos de hechos y evaluaciones en el contenido tanto del Derecho válido como de las interpretaciones adoptadas en tanto que expresiones normativas. Sobre todo, la influencia indirecta del realismo jurídico parecía ser el análisis valiente y bien elaborado de los conceptos jurídicos. La doctrina tradicional de la jurisprudencia de conceptos tuvo que ser sustituida por un análisis jurídico de mayor nivel. Por otra parte, la influencia e importancia del empirismo jurídico fueron dejadas al margen.

Consecuentemente, Aarnio rechazó la influencia del fuerte y tradicional positivismo jurídico, así como del realismo jurídico. El conocimiento jurídico no es conocimiento de hechos observables, ni como estatutos, partes de la realidad empírica, ni tampoco como juicios de los jueces, como actos discernibles[3]. Según Aarnio, el conocimiento jurídico se basa en un tipo especial de comprensión jurídica, pero no en descripciones de la realidad observable[4]. Una norma es válida si y sólo si forma parte de un determinado sistema normativo, por ejemplo, de un código jurídico[5].

Aarnio escribió muchos libros sobre teoría jurídica tanto en inglés como en finés. Estos libros contienen muchos temas y discusiones interesantes e importantes sobre cuestiones y materias cruciales en ese campo. He elegido algunos temas interesantes de su libro *Razón y autoridad* si bien, en el marco de este artículo, apenas esbozo una presentación de los mismos. Me limito aquí a repetir e interpretar entonces los textos de Aarnio.

4. SOBRE LA VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Aarnio rechazó que los enunciados de la dogmática jurídica pudieran ser entendidos como descripciones de algún tipo de realidad. Él solía escribir sobre la validez de las normas jurídicas, pero no sobre la existencia de las normas jurídicas[6]. Consideraba que las frases y expresiones convencionales y estandarizadas sobre la validez jurídica eran engañosas y confusas y, a menudo, tautológicas. Así pues, el concepto de validez debía analizarse de una forma nueva.

Siguiendo a Jerzy Wróblewski y Robert S. Summers, Aarnio analizó el concepto de validez jurídica de la siguiente manera:

3. Vid. cap. 1 «*Theories on Legal Science*» (Teorías sobre la ciencia jurídica) del libro de Aarnio, 1997, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics* (Razón y autoridad. Tratado sobre el paradigma dinámico de la dogmática jurídica). Ashgate Dartmouth, Cambridge, p. 61.
4. Vid. cap. 1.2.4 «*Dogmatics as a Legal Science*» (La dogmática como ciencia jurídica), Aarnio, 1997.
5. Vid. Aarnio, 1997, p. 169.
6. Vid. Aarnio, 1997, cap. 3.5, p. 167.

La validez formal se refiere a las fuentes jurídicas oficiales; por otro lado, la validez formal puede estar orientada a la fuente u orientada al proceso. Las orientadas a la fuente determinan el Derecho haciendo referencia a la autoridad de la fuente de conocimiento jurídico; estas fuentes suelen ser las leyes o los precedentes, pero también pueden considerarse otras fuentes oficiales. Aarnio denominó a este criterio de validez «validez sistémica».

Otro criterio es la aceptación fáctica. Un criterio de validez de una norma es el hecho de que haya sido adoptada y/o reconocida en la práctica jurídica. Esto implica referirse a los precedentes como interpretaciones adoptadas del Derecho válido o como normas adoptadas en la práctica jurídica de alguna otra forma. Aarnio denomina a este criterio de validez «validez fáctica».

El tercer criterio, orientado al contenido, se refiere al contenido material específico de la norma o interpretación adoptada o propuesta. La aceptabilidad o asertividad material de una determinada norma o una determinada interpretación es el punto de vista crucial. Aarnio denomina a este criterio de validez como «validez axiológica».

Las distintas escuelas de teoría jurídica han adoptado diferentes concepciones de la validez jurídica. Los positivistas jurídicos suelen limitarse a la validez formal y sistémica, es decir, al primer criterio. La validez formal es la llamada «prueba maestra» de validez. Así, no pueden aceptarse los principios generales del Derecho como contenido del Derecho válido si no están expresados en las fuentes jurídicas oficiales. Este es el punto principal de la crítica contra el positivismo jurídico planteada por Ronald Dworkin. Según Aarnio, Dworkin tiene razón, pero su crítica no resuelve el problema de las fuentes jurídicas legítimas y aceptadas.

Aarnio reconoce las tres categorías de fuentes jurídicas mencionadas anteriormente. La vigencia puede referirse a cualquiera de esas tres categorías. Además, los tres enfoques también pueden combinarse. Estos tres tipos de validez ni son meras perspectivas de la validez, ni tampoco tienen simplemente un parecido de familia entre ellos; por el contrario, son variedades de validez en el mismo sentido en que se habla de las variedades de «lo bueno» (*goodness*).

Según Wróblewski, la validez sistémica significa validez formal en el sentido de apelación. Una norma es válida si ha sido aceptada y promulgada mediante un procedimiento formalmente adecuado. Además, si no ha sido derogada, no está en contradicción con otra norma sistemáticamente válida y, en caso de contradicción, se ha adoptado una regla aceptada para resolver la contradicción.

Aarnio simplifica el análisis de validez de Wróblewski de la siguiente manera. Una norma propuesta es válida si y sólo si es parte de un determinado sistema normativo, por ejemplo, de un código jurídico. Por otra parte, según Aarnio, hay muchos problemas asociados a la validez sistémica. Por ejemplo, existen dos significados diferentes del concepto de validez formal. Se trata de la validez interna y externa. Por validez interna se entiende la validez dentro de un sistema jurídico, la validez externa se refiere a la validez de todo el sistema jurídico.

La validez fáctica se refiere a la eficacia fáctica de las normas jurídicas en un sistema jurídico. Sin embargo, existen muchos puntos de vista y opiniones diferentes sobre este tipo de validez. Por ejemplo, Hans Kelsen reconoció un tipo de eficacia, presuponiendo que un ordenamiento jurídico debe ser eficaz para ser válido. H.L.A. Hart entendía este tipo de validez como el comportamiento estandarizado de un grupo social dentro de una sociedad. El realista jurídico Oliver Wendell Holmes definió la validez como un aspecto real de una sociedad. Según él, las profecías sobre lo que los tribunales harán de hecho, y nada más pretencioso, es lo que se entiende por Derecho. Del mismo modo, el realista jurídico escandinavo Alf Ross afirmó que el contenido real de la proposición «X es una ley válida en el momento actual» es una predicción de que X se utilizará en decisiones futuras para justificarlas. Si la proposición es cierta, entonces X es válido. Aarnio también examinó ampliamente el análisis de la validez presentado por Ilkka Niiniluoto.

Según Aarnio, Wróblewski adoptó una versión radical de la validez axiológica. Según Wróblewski, existen criterios extrajurídicos u otros similares que vienen a ser la justificación final de una interpretación jurídica. Los valores constituyen la base que da validez jurídica última al sistema de normas. Así, el Derecho natural es superior al Derecho positivo y constituye el fundamento de su fuerza.

En opinión de Aarnio, más allá del propio Derecho positivo no existen criterios valorativos jurídicamente relevantes que otorguen directa o exclusivamente la legitimidad a un ordenamiento jurídico en su conjunto o que justifiquen normas individuales. La aceptabilidad es sólo un ideal, es decir, un modelo de validez fundado en valores es un modelo ideal. No podemos saber cuál es el mejor Derecho posible. Del mismo modo, Ota Weinberger había criticado este tipo de modelo ideal. Sostenía que la noción de discurso ideal no puede ser el criterio de valoración de los discursos reales.

Para Aarnio, la base justificativa de una interpretación también puede comprender argumentos «extrajurídicos», entre ellos las referencias a un determinado código de valores. En este sentido, sólo a la luz de la validez axiológica es posible comprender, por ejemplo, el carácter relativo de una interpretación. Con ayuda de valores también es posible criticar las normas sistémicamente válidas y efectivas. Así, la aceptabilidad está estrechamente vinculada a la dinámica del Derecho.

5. SOBRE REGLAS Y PRINCIPIOS

La atención se centra aquí en la nota clave más conocida de Dworkin, es decir, la distinción entre reglas y principios como dos tipos diferentes de normas jurídicas. Esta distinción ha sido entendida de diferentes maneras. Según Aarnio, las opiniones pueden dividirse a grandes rasgos en dos tesis principales[7].

7. Vid. Aarnio, 1997, cap. 3.6, p. 174.

En primer lugar, según la tesis de la demarcación fuerte, la distinción entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa. Las reglas y los principios pertenecen a categorías normativas diferentes. Este punto de vista es adoptado, por ejemplo, por Alexy y se basa en las ideas de Wittgenstein.

Según la primera tesis, las reglas se cumplen o no se cumplen. No existe una tercera alternativa. Los principios son diferentes. Siguiendo a Francisco Laporta, Aarnio describe esta característica de los principios de la siguiente manera: los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para las soluciones como lo hacen las reglas, sino sólo proporcionan razones *prima facie*. Los principios tienen la dimensión del peso de la importancia, dimensión que no tienen las reglas. Estos son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en el mayor grado posible, y tienen una profunda afinidad con los valores, así como con los objetivos políticos y morales. En consecuencia, un principio sólo muestra la dirección, es decir, la dimensión en la que debe buscarse una decisión. Un principio con mayor peso anula el de menor peso en una situación de conflicto.

En segundo lugar, según la tesis de la demarcación débil, las reglas y los principios guardan entre sí una relación de semejanza familiar. Existe entre ellos una diferencia de grado, pero no cualitativa. Tienen funciones similares en la interpretación jurídica. Normalmente los principios tienen un grado de generalidad mayor que las reglas, pero por lo demás, no tienen ninguna característica específica que los distinga. Por otra parte, el contenido de valor está aparentemente más presente en los principios que en las reglas.

Según Aarnio, ni la tesis de la demarcación fuerte ni la débil son válidas. Para demostrar los problemas de ambas demarcaciones hay que analizarlas. Aarnio reconoce dos características principales de los principios jurídicos: según la primera característica, los principios sólo pueden ser obedecidos en mayor o en menor medida; según la segunda característica, los principios son mandatos de optimización que exigen ponderación y equilibrio.

Para Aarnio, incluso la tesis de la demarcación débil parece problemática. Todas las normas jurídicas son derrotables. Aquí, Aarnio apela a Giovanni Sartor, quien había subrayado que toda norma jurídica posee las características que Dworkin atribuye a los principios: son derrotables en un conjunto de circunstancias que no están predeterminadas de forma abstracta y, además, siguen siendo válidos incluso si son contradichos por normas imperantes en casos particulares. Según Sartor, una regla es una norma en la medida en que su antecedente contiene términos descriptivos precisos, y su prioridad con respecto a otras normas está exactamente determinada, mientras que un principio contiene términos imprecisos o valorativos, y su prioridad es indeterminada. Además, según Aarnio, incluso las reglas pueden ser imprecisas, lo que puede exigir una ponderación. Las reglas también pueden ser reformulaciones de valores. Así, la diferencia entre reglas y principios es una diferencia de grado, no valorativa. Hay reglas típicas y principios típicos, pero también hay tipos mixtos de normas situados entre las reglas

típicas y los principios típicos. En otras palabras, un principio típico puede definirse como una regla general o, viceversa, una regla típica puede definirse como un principio definido.

Existe entonces una escala de normas dividida en cuatro segmentos: primero, reglas tradicionales; segundo, reglas como principios; tercero, principios como reglas; y cuarto, principios de gran cobertura. De esta forma, la distinción entre reglas y principios es sólo una cuestión de generalidad de las normas. Es una cuestión de grado, y no existen por lo tanto límites simples y claros entre estos segmentos, es decir, entre clases de normas fundadas en una determinada cualidad diferente.

Aarnio separó los principios en tanto que elementos de una base ideológica de valores de un ordenamiento jurídico, de los principios jurídicos positivos expresados en los códigos, o al menos asumidos en estos. Ambos principios tienen apoyo institucional en normas formalmente válidas, pero no tienen respaldo legislativo directo o manifiesto. También dio cuenta de los principios aceptados tácitamente por parte de una comunidad jurídica, que guían también la toma de decisiones, y los principios extrasistémicos, por ejemplo, las llamadas *may-sources* del Derecho.

Según Aarnio, se supone que un principio sólo es una razón jurídica *prima facie* si las normas dan un apoyo definitivo o concluyente a la solución. El significado *prima facie* se basa en nuestro conocimiento general del lenguaje, es decir, en los significados adoptados por palabras y oraciones como fundamento general de la interpretación jurídica. Todavía puede darse el caso de que una razón jurídica *prima facie* no forme parte de un ordenamiento jurídico, por ejemplo, cuando existe una contradicción en el sistema normativo. Así, es imposible dividir las reglas y los principios en categorías lingüísticas o jurídicas claramente diferenciadas.

No obstante, según Aarnio, existen dos diferencias importantes entre reglas y principios en lo que respecta a su función y uso en el razonamiento jurídico. En primer lugar, sólo las reglas pertenecen al ámbito de la lógica deóntica. En cambio, los principios se utilizan según la lógica de las preferencias. En segundo lugar, las reglas jurídicas son una cuestión de interpretación, pero los principios son una cuestión de ponderación. Francisco Laporta, apoyándose en Von Wright, distingue entre normas de deber-hacer y normas de deber-ser, lo que sirve para comprender lo que subyace a la anterior distinción.

Otro antecedente en este análisis es Alexy, que ha caracterizado los principios jurídicos como mandatos de optimización. Según Alexy, sólo los principios son normas de ponderación, y el equilibrio entre dos principios debe realizarse de forma óptima. Por último, sólo puede haber una manera de aplicar estos principios y el resultado de dicha optimización es siempre una regla.

Como conclusión, Aarnio acaba afirmando que sólo existe una diferencia de grado entre reglas y principios. No obstante, las reglas y los principios desempeñan papeles diferentes en el razonamiento jurídico: las reglas son interpretadas y los principios son ponderados. En consecuencia, las reglas y los principios pertenecen a diferentes

categorías de normas: las reglas están bajo la categoría del deber-hacer y los principios bajo la del deber-ser.

Aquí nos enfrentamos de nuevo al análisis que hace Aarnio de la validez jurídica. Las reglas jurídicas son formalmente válidas y son identificables con la ayuda de las reglas de reconocimiento. Se trata de una validez estricta que se refiere a reglas interpretadas.

Por otra parte, una norma puede ser válida también como principio *prima facie*, es decir, como principio rector. Un principio puede tener apoyo institucional en un ordenamiento jurídico, y el discurso jurídico también está abierto a argumentos que no tiene una naturaleza jurídica. Si un principio de naturaleza no jurídica forma parte de un trasfondo justificativo jurídico coherente, que incluya al menos una fuente jurídica autorizada, por ejemplo, una ley válida, este principio tendrá relevancia jurídica. En consecuencia, el Derecho positivo no sólo incluye normas jurídicas dadas y Derecho consuetudinario, sino también principios jurídicos reconocidos en la *praxis* decisoria, especialmente por las decisiones de los Tribunales Supremos.

A pesar de la relevancia de los principios jurídicos, Aarnio concluyó: hay que tomarse las reglas en serio.

6. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

El acervo cultural occidental común implica un determinado modelo ideal de razonamiento jurídico. Este modelo es un indicador del autocontrol que está desarrollándose. Al mismo tiempo, también es una herramienta de crítica. De hecho, se trata de una actividad de interpretación examinada desde, al menos, tres perspectivas[8].

En primer lugar, una descripción heurística presenta una interpretación de cómo se toman las decisiones judiciales. Aquí Aarnio se apoya en la teoría de la interpretación de Hannu Tapani Klami. En segundo lugar, la interpretación puede ser una respuesta a una pregunta de por qué, y significa una explicación del motivo. En tercer lugar, la interpretación puede significar una justificación de la interpretación y es una respuesta a la pregunta de cómo hacer aceptable una respuesta.

Aquí Aarnio se refiere a Jerome Frank en cuanto realista americano. La interpretación doctrinal de las decisiones judiciales adquiere relevancia desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Aarnio se centra en la dogmática jurídica y, por tanto, se dirige a la justificación de la interpretación. La cuestión crucial es cómo es posible argumentar de tal manera que se maximice la aceptabilidad de la argumentación en la comunidad jurídica.

Según Aarnio, los jueces y los académicos están sujetos a las mismas condiciones epistémicas. Consideran los problemas jurídicos desde un punto de vista interno. Un juez forma parte de la maquinaria de poder de una sociedad y tiene la experiencia

8. Vid. Aarnio, 1997, cap. 4, p. 187.

necesaria para resolver casos jurídicos, pero, por otra parte, también está obligado a hacerlo. Sin embargo, un académico es un miembro de la comunidad científica sin ese poder ni esa obligación. Por otro lado, tanto un juez como un académico reconocen el Derecho válido de la misma manera. Basan sus opiniones en tipos similares de fuentes del Derecho y también en tipos similares de normas de razonamiento jurídico.

Como afirmó Peczenik, el pensamiento jurídico presupone el uso de fuentes de Derecho reconocidas para que algo sea jurídico. Estas fuentes del Derecho hacen que una interpretación doctrinal y una decisión judicial sean jurídicas y tengan una función constitutiva. El uso de fuentes jurídicas reconocidas, es decir, aceptadas, es una condición previa necesaria del razonamiento jurídico.

Desde el punto de vista epistémico, la posición clave la ocupan las expectativas de seguridad jurídica. Cuando hablamos de expectativas se trata de expectativas justificadas de los ciudadanos. Estos esperan que las autoridades jurídicas resuelvan los problemas jurídicos de conformidad con el Derecho y que el resultado también sea éticamente aceptable.

Un estudioso se enfrenta a los mismos retos epistémicos que un juez. Según Hart, las fuentes normales del Derecho son argumentos necesarios y, en la mayoría de los casos, incluso suficientes. En cambio, no dan razones suficientes para resolver problemas interpretativos ante un caso difícil. Sólo ofrecen un marco de soluciones posibles. En tal caso, un intérprete no está seguro de las normas aplicables o del contenido de una norma concreta, es decir, de la interpretación de la norma.

Según Aarnio, la expectativa de seguridad jurídica contiene dos aspectos. En primer lugar, el aspecto formal de la seguridad jurídica presupone el uso de normas jurídicas formalmente válidas, es decir, leyes, precedentes y otras fuentes formales del Derecho. El concepto de previsibilidad es relevante aquí. Determina expresamente el proceso del discurso a seguir en la interpretación y la aplicación del Derecho. Es un requisito del razonamiento jurídico racional.

En segundo lugar, se espera que los resultados de la interpretación y la aplicación sean también sustancialmente correctos, es decir, que estén justificados. Incluso la interpretación más predecible puede violar nuestra concepción de lo que es correcto en nuestra sociedad. Sin embargo, según muchos estudiosos, las razones sustantivas no son fuentes del Derecho.

Aarnio indica dos tipos de justificación: la primera es la justificación interna. Se refiere a las interpretaciones semánticamente posibles de los códigos y otras fuentes jurídicas formalmente válidas. Esta interpretación tiene una estructura determinada. Aquí Aarnio se apoya en Wróblewski, Moreso, Alchourrón y Bulygin.

El otro tipo de justificación, esto es, la justificación externa, se refiere a razones sustantivas. Ante un caso difícil, la justificación interna, esto es, las razones jurídicas formalmente válidas, no son suficientes, no obstante, se utilizan incluso en estos casos. Además de ellas, también se utilizan razones sustantivas, es decir, la justificación externa también es necesaria. Según Aarnio, las últimas premisas del silogismo no son evidentes

ni empíricamente ciertas, son el resultado de ponderar y equilibrar. El «último criterio» es la coherencia.

Por justificación externa se entiende un proceso discursivo y un diálogo entre los intérpretes y los destinatarios de la justificación. La finalidad del diálogo no es persuasiva, sino lograr que los destinatarios se convenzan de la justificación. Según Aarnio, el punto de partida del diálogo es siempre el desacuerdo entre las partes. Este desacuerdo puede ser lingüístico, sustantivo o de ambos tipos. Aarnio analiza detenidamente este tipo de diálogo.

La aspiración de la justificación jurídica es la producción de interpretaciones con las mejores justificaciones posibles. Según Aarnio, esto significa que se han tenido en cuenta todas las fuentes pertinentes del Derecho y que el proceso de razonamiento no viola las normas aceptadas del discurso jurídico. El concepto de aceptabilidad racional es una cuestión importante en lo que respecta a la interpretación jurídica porque este tipo de racionalidad aparece como racionalidad jurídica, es decir, como un tipo especial de racionalidad.

Aarnio se refiere aquí a Werner Krawietz, quien ha señalado que la comprensión de las funciones y del funcionamiento de las normas jurídicas, y de los ordenamientos jurídicos en general, presuponen aceptar la racionalidad teórico-sistémica del ordenamiento jurídico adoptado. La racionalidad institucional es una precondición social para todo razonamiento jurídico. Más aún, el papel social de la dogmática jurídica es sólo interpretar el contenido de esta racionalidad. Por otro lado, la racionalidad teórico-sistémica no es sólo una condición previa para el razonamiento jurídico, sino también una fuente de información.

Según Aarnio, el concepto de aceptabilidad racional se refiere a dos componentes diferentes: la racionalidad del proceso de razonamiento y la aceptabilidad sustantiva de los resultados. El primero se refiere a la justificación interna, en la que la forma deductiva del razonamiento es esencial, y el segundo a la justificación externa. Jerárquicamente, las reglas y principios del discurso racional constituyen el fundamento último del razonamiento jurídico.

La «mejor justificación posible» presupone una situación ideal del proceso de razonamiento. John Searle y Jürgen Habermas utilizaron el formato de «situación ideal del discurso». Según Aarnio, se trata de un ideal importante. La actividad comunicativa se basa en un supuesto de racionalidad. Con su ayuda, los individuos que participan en la interacción pueden alcanzar un consenso sobre la validez de las proposiciones.

Este objetivo, es decir, el consenso, no es posible si las personas no son capaces de satisfacer la necesidad de comprensión mutua que exige la situación. La comunicación y la racionalidad ocupan posiciones clave en este tipo de interacción social. Se trata de un juego de lenguaje. Por otra parte, la racionalidad y la aceptabilidad racional no son meros conceptos trascendentales. Así, la aceptabilidad racional no presupone interpretación metafísica alguna.

Según Aarnio, las respuestas correctas en Derecho son a veces imposibles. Este es uno de los puntos de partida de la crítica contra Dworkin.

7. CRÍTICA CONTRA DWORKIN

Para Aarnio la idea de la única respuesta correcta, elaborada por Ronald Dworkin, plantea muchos problemas. La única respuesta correcta puede ser la única interpretación correcta del Derecho o la única sentencia correcta que puede dictar un tribunal de justicia. Por ejemplo, existe el dilema falibilista: si se puede encontrar la respuesta correcta, ¿también es posible saber que se la ha encontrado? Otro problema es la existencia de la respuesta correcta: ¿en qué consiste esa existencia?[9]

Aarnio separa dos conceptos básicos del razonamiento jurídico: la respuesta final y la respuesta correcta. La primera es necesaria en todo sistema jurídico, pero la segunda no. La respuesta final no es necesariamente la única respuesta correcta.

Dworkin sostiene que el Derecho establecido y los principios de la teoría más sólida del Derecho proporcionan una respuesta correcta a cada caso difícil posible. El juez ideal, es decir, Hércules, lo sabe todo y es capaz de tomar incluso las decisiones más difíciles, y es desapasionado y perfectamente desinteresado. Toma las mejores decisiones jurídicas posibles. Hércules parece ciertamente capaz de dar una respuesta correcta a cada caso difícil.

Otra crítica contra Dworkin es la siguiente: ¿qué pasaría con dos Hércules, ambos racionales? ¿Serían capaces de resolver problemas axiológicos objetivamente genuinos? ¿Acabarían llegando necesariamente a las mismas conclusiones?

Según Aarnio, las elecciones finales en el razonamiento jurídico no sólo dependen de la racionalidad del proceso de razonamiento, sino también de las evaluaciones. La elección final de las premisas valorativas es el resultado de la ponderación y el equilibrio. La coherencia presupone varios criterios que deben ponderarse entre sí. Sin embargo, no hay forma de equilibrar objetivamente las razones finales porque el «mejor» equilibrio debe ser el «más coherente». Los dos Hércules hipotéticos emitirían juicios diferentes.

Para Aarnio, el «Super Hércules» sería como un tirano platónico que dictaría las soluciones correctas a la gente. Un tirano así es imposible en el mundo jurídico. La interpretación jurídica es un proceso creativo que produce constantemente nuevas vías de razonamiento. Por lo tanto, el propio Hércules también debería ser creativo.

La creatividad del razonamiento jurídico es el punto de partida de Aarnio. Se trata de valores éticos, principios morales e interpretaciones de casos difíciles. Para ello recurre a Chaim Perelman. El Derecho es un asunto social y la comunicación en el Derecho es inevitablemente dialógica por naturaleza. La cuestión crucial es si la argumentación jurídica es una forma de persuasión o de convencimiento. La persuasión se dirige a

9. Vid. Aarnio, 1997, cap. 5, p. 217.

un público concreto, mientras que el convencimiento se dirige a un público universal. Si un público está formado únicamente por personas juiciosas, en la argumentación habrán de utilizarse fundamentos que puedan ser generalizados.

Es esencial el hecho de que un argumento abstracto *prima facie* debe interpretarse a la luz del caso concreto. La interpretación es siempre contextual y depende del momento y del lugar. La interpretación del argumento *prima facie*, en definitiva, es relativa, es decir, en relación con el criterio dado.

El trasfondo filosófico de Aarnio es el relativismo convencionalista, esto es, cree que no existen valores objetivos como tales. Por tanto, no hay forma de hablar de valores objetivos y cosas similares. Los «valores objetivos» son sólo afirmaciones *prima facie* que siempre tienen que interpretarse y aplicarse teniendo todo en cuenta, es decir, contextualmente. La teoría racional del discurso no es capaz de dar respuestas objetivas a cuestiones axiológicas, sólo da pautas para el procedimiento interpretativo. Aquí Aarnio apela a Carlos Santiago Nino.

Según Aarnio, es natural aspirar a hacer las mejores interpretaciones y juicios posibles, pero es irrelevante que también se suponga que la llamada respuesta correcta está detrás de una interpretación adoptada o de un juicio dado. Además, los requisitos de la democracia ya se satisfacen produciendo la mejor justificación posible para apoyar una decisión. Cada caso difícil debe tener una solución. Esto no significa que dicha solución sea la «única correcta», sino la mejor posible. Así, la doctrina de una única respuesta correcta ha sido sustituida por la de lo correcto, es decir, en última instancia, la mejor solución dictada en conciencia.

8. EPÍLOGO

Las páginas anteriores se han centrado en algunos temas y capítulos esenciales del libro de Aarnio *Razón y autoridad*. La intención ha sido repasar algunas cuestiones centrales del libro y también algunos puntos medulares de la filosofía jurídica adoptada y presentada por Aarnio. Considero este libro, en efecto, un referente ilustrativo de sus ideas y de sus desarrollos filosóficos jurídicos cruciales.

Razón y Autoridad es, después de todo, sólo uno de los muchos libros escritos y publicados por Aarnio, tanto en el contexto nacional como en el internacional. Suele decirse que *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (1987) es el libro internacional más importante de Aarnio. Él también escribió *On Legal Reasoning* (1977) y *Essays on the Doctrinal Study of Law* (2011). Asimismo, cabe mencionar numerosos artículos internacionales en el ámbito de la filosofía jurídica.

Aarnio escribió y publicó muchos libros en finés en los campos de la filosofía jurídica y del Derecho civil, más concretamente, en Derecho de Familia y de Sucesiones. La mayoría de sus libros (12) los escribió como único autor, aunque algunos (7 de ellos) los escribió junto con otros autores. Existen numerosas ediciones de los libros

finlandeses en el ámbito del Derecho de Familia y de Sucesiones, y escribió también muchos artículos publicados en Finlandia abordando esta materia.

Es preciso mencionar igualmente los libros *The Book of Pupils to Aulis Aarnio to celebrate his 50th birthday* (en finés, *Oppilaiden kirja professori Aulis Aarniolle hänen täyttäessään viisikymmentä vuotta*, 1987), *Aulis Aarnio 1937 to 14th May 1997* (en finés, *Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937-13/5-1997, 1997*) y *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification* (2000), publicado con motivo del 60 cumpleaños de Aarnio.

Además de su carrera científica y académica, Aarnio fue un autor de ficción muy activo. Escribió ocho novelas históricas y veinte obras de teatro en finés. Recibió también el Premio de Literatura de la ciudad de Tampere en 1998.

Aarnio tenía una intensa vida de relaciones académicas tanto a nivel nacional como internacional y también era intensa su cooperación científica y profesional. Por ejemplo, desde 1975 fue miembro de la Academia Finlandesa de Ciencias y Letras, miembro del gobierno de la Asociación Finlandesa de Abogados desde 1970 hasta 1972, presidente de la Asociación Finlandesa de Filosofía del Derecho desde 1979 hasta 1983 y desde 1992 hasta 1995, presidente de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR) desde 1983 hasta 1987 (y vicepresidente desde 1988 hasta 1995, y presidente honorario de la IVR desde 2003), miembro original del grupo de investigación *Bielefelder Kreis* desde 1983, miembro numerario de la Academia Rusa de Estudios Sociales desde 1995, y miembro de la Academia Europea desde 1998. Ocupó numerosos cargos en sociedades científicas y de juristas, y fue miembro de comités de revistas nacionales e internacionales. Fue también fundador del Club Tampere, presidente del gobierno de la fundación del Instituto Finlandés del Libro desde 2003, y miembro honorario de la Universidad Crítica de Finlandia. También fue Doctor Honoris Causa por las universidades de Lund y Laponia, y recibió numerosos premios y medallas especiales.

Personalmente tuve el honor y el privilegio de que Aarnio actuara como miembro del tribunal que juzgó mi tesis doctoral: *The Kingdom of Ends* (El reino de los fines –actualmente sólo en finés–) junto con el profesor Eerik Lagerspetz en 1996, en la Universidad de Laponia, en Rovaniemi (Finlandia). Guardo por todo ello un cálido recuerdo personal de Aulis Aarnio.

Junto con el profesor Manuel Atienza Rodríguez, Aarnio inició y desarrolló los Seminarios hispano-finlandeses de teoría jurídica, organizados, a su vez, tanto en Finlandia como en España. Fueron encuentros internacionales muy populares. Posteriormente tuve la oportunidad y el honor de seguir organizando estos seminarios en colaboración con los profesores Atienza y Jesús Vega López, de la facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, seminarios que continúan hasta el día de hoy.

He participado en una cooperación muy fructífera con la facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, lugar que he visitado mucho. Precisamente, el 28 de

septiembre de 2023 yo retornaba a Finlandia desde Alicante, y ese mismo día Aarnio se iba de este mundo. Melancólica coincidencia.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A. (1967). *Perillisen oikeusasemasta*. Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo.

Aarnio, A. (1969). *Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta*. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala.

Aarnio, A. (1977). *On Legal Reasoning*. Turun Yliopisto, Turku.

Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. D. Reidel Publishing Company, Dordrecht.

Aarnio, A. (1997). *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics.* Ashgate Dartmouth, Cambridge.

Aarnio, A. (2011). *Essays on the Doctrinal Study of Law*. Springer. Dordrecht, Heidelberg, London New York.

Aarnio, A. (2014). *Oikeutta etsimässä. Erään matkan kuvaus*. Talentum, Helsinki.

Helin, M. & Kangas, U. (1987). *Oppilaiden kirja professori Aulis Aarniolle hänen täyttäessään viisikymmentä vuotta*. M. Helin, Helsinki.

Niemi, M. (1996). *Päämäärien valtakunta*. Vammalan kirjapaino Oy, Vammala.

Pekka, T. (ed). (1997). *Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937-14/5-1997. Oikeustiede-Jurisprudentia XXX*. Suomalainen lakimiesyhdistys ry. Jyväskylä.

Werner K., Summers, R., Weinberger, O., & Von Wright, G. (2000). *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Duncker & Humblot. Berlin.

Zitting, S. (1951). *Omistajanvaihdoksesta. Silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia.* Tyrvään kirjapaino Oy. Vammala.

ARTÍCULOS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 43-80
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.1

El acto fallido de Scalia

*Scalia's Slip**

Owen Fiss

Autor:
Owen Fiss
Catedrático emérito de Derecho
Yale University, Estados Unidos
Owen.Fiss@yale.edu

Recibido: 03/05/2023
Aceptado: 28/03/2024

Citar como:
Fiss, Owen (2024). El acto fallido de Scalia *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 43-80. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.1

Traducción:
Juan Francisco Patzán Sánchez, abogado asesor de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
jpatzan@cc.gob.gt; jfrancs.ps@gmail.com

Agradecimientos:
Este ensayo surge del seminario de 2020 «Una comunidad de iguales». Agradezco a los alumnos del seminario la oportunidad de exponer estas ideas y de recibir sus comentarios. También deseo dar las gracias a una persona del seminario en particular, Hannah Carrese, por la extraordinaria cortesía y rigor en su ayuda en la investigación.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Owen Fiss
© 2024 Juan Francisco Patzán Sánchez, de la traducción

Resumen

El autor realiza un análisis de la jurisprudencia de Antonin Scalia, destacado e influyente jurista del Tribunal Supremo de Estados Unidos, desarrollada para frustrar los principios progresistas destinados a erradicar la estructura de castas raciales y otros vestigios de la esclavitud en Estados Unidos. Las decisiones de Scalia se opusieron a la discriminación positiva en la educación superior, negaron a los negros la protección frente a cambios en los procesos políticos que les perjudicarían y dejaron sin efecto una disposición de la *Voting Rights Act of 1965* que exigía a un selecto grupo de jurisdicciones –las más infractoras– solicitar la autorización del gobierno federal antes de instituir nuevos requisitos electorales.

Palabras clave: Reconstrucción; derechos civiles; acción afirmativa; doctrina del proceso político; autorización previa; clasificación racial; impacto dispar adverso.

Abstract

The author analyzes the jurisprudence of Antonin Scalia –a prominent and influential jurist of the United States Supreme Court– which frustrated the progressive policies aimed at eradicating the structure of racial castes and other vestiges of slavery in the United States. Scalia's decisions, in fact, opposed affirmative action in higher education, denied blacks protection against political processes that harmed them, and declared null a provision of the Voting Rights Act of 1965 that required a select group of jurisdictions –the most infringing ones– to seek authorization from the federal government before establishing new voting regulations.

Keywords: Reconstruction; civil rights; affirmative action; political process doctrine; prior authorization; racial classification; disparate adverse impact.

* «Scalia's Slip», The Supreme Court Review, The University of Chicago Press, 2022. https://doi.org/10.1086/718788

Antonin Scalia fue nombrado miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos en septiembre de 1986 y ocupó ese cargo hasta su fallecimiento en febrero de 2016. A lo largo de su carrera alcanzó gran prominencia y fue admirado por muchos. A su muerte se nombró una facultad de Derecho en su honor y en 2018 se le concedió a título póstumo la Medalla Presidencial de la Libertad. Su acto fallido no se produjo en el tipo de interacciones sociales que Freud preveía, sino en una opinión suya que apareció en los informes oficiales de la Corte Suprema. Todos los jueces cuentan con varios asistentes jurídicos, y cabe suponer que la versión final de esta opinión fue revisada cuidadosamente por uno de ellos. También es justo suponer que todos sus colegas, o al menos algunos, leyeron detenidamente la opinión antes de que se emitiera formalmente. Uno de ellos, el juez Clarence Thomas, se sumó a ella.

El juez Scalia emitió esta opinión en el 2014 en *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigration Rights and Fight for Equality by Any Means Necessary* (conocida por las siglas *BAMN*). Este caso surgió cuando se modificó la Constitución del estado de Michigan para prohibir a las universidades del Estado financiadas con fondos públicos dar preferencias basadas en la raza en sus procesos de admisión[1]. En 2003, la Corte Suprema había dictaminado en el caso *Grutter v. Bollinger* –un caso que involucraba a la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan– que la práctica de conceder a los afrodescendientes una modesta ventaja en el proceso de admisión no violaba la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal[2]. Inmediatamente antes de *Grutter*, y en la década siguiente, varios estados, sobre todo California, pero también Washington, Nebraska, Oklahoma, New Hampshire, Florida y Arizona, adoptaron leyes específicas que impedían a los funcionarios estatales conceder preferencias de cualquier tipo basadas en la raza en las admisiones a sus universidades financiadas con fondos públicos. En efecto, estas disposiciones prohibían a los funcionarios estatales, que actuaban en virtud de la legislación estatal, tomar medidas que la Constitución federal permitía. Con el tiempo, Michigan se unió a este selecto grupo de Estados y, en la decisión de 2014 en el caso BAMN, la Corte Suprema sostuvo que esta medida no era incompatible con la decisión de 2003 en el caso *Grutter* ni violaba la Constitución federal.

La jueza Elena Kagan no participó en la decisión, presumiblemente debido a su implicación en el litigio cuando era Procuradora General. Los ocho jueces restantes se dividieron, básicamente, en cuatro grupos diferentes. La jueza Sonia Sotomayor habló en nombre de un grupo. Consideraba la enmienda de Michigan como un cambio en el proceso mediante el cual las universidades estatales podían adoptar y aplicar políticas de acción afirmativa –quitaba la decisión sobre la acción afirmativa de las manos de

1. *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigration Rights and Fight for Equality by Any Means Necessary (BAMN)*, 572 U.S. 291 (2014).
2. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

las autoridades elegidas y la ponía en manos del electorado de todo el Estado–. Según Sotomayor, este cambio en el proceso político perjudicó a los afrodescendientes y, por ello, constituye una denegación de la aplicación de la cláusula de igual protección. Sólo la jueza Ruth Bader Ginsburg se unió a la opinión de Sotomayor convirtiéndose en la disidencia.

El juez Anthony Kennedy anunció la sentencia del tribunal y escribió una opinión a la que se unieron el presidente de la Corte Suprema, John Roberts, y el juez Samuel Alito. Kennedy reconoció que ciertos cambios en el proceso político podrían constituir –si el cambio provocaba un perjuicio racial específico– violaciones a la igual protección. Revisó y respaldó los precedentes aplicables, pero al final concluyó que el estándar no se cumplía en el caso sometido ante el Tribunal. Aunque el presidente de la Corte se unió a la opinión de Kennedy, también escribió una breve opinión en la que criticaba a Sotomayor por su larga disquisición sobre por qué la raza sigue siendo importante y por su enérgica y amplia defensa de la acción afirmativa, o lo que ella prefiere llamar «políticas de admisión sensibles a la raza»[3]. Con evidente disgusto, Roberts señaló además que esa parte de su opinión constaba de once páginas. Roberts también recordó a Sotomayor que ella misma negaba que «las virtudes de adoptar políticas de admisión sensibles a la raza deban integrar la cuestión legal ante la Corte»[4].

El juez Stephen Breyer apoyó la sentencia que permitía mantener la enmienda de Michigan, aunque con una teoría única. Calificó la enmienda como un intento del electorado de obtener el control sobre las políticas de admisión que, de otro modo, serían establecidas por el profesorado y los administradores, y no por las autoridades electas. Para él, la enmienda de Michigan no supuso un cambio en el proceso político que perjudicara a los afrodescendientes, sino una victoria del principio que favorece la toma de decisiones democráticas.

El juez Scalia habló en nombre del cuarto grupo que incluía al juez Thomas y a él mismo. Al igual que los jueces Breyer y Kennedy, y los que se unieron a la opinión de este último, defendió la enmienda constitucional de Michigan que prohibía la acción afirmativa. Con su habitual estilo, Scalia comenzó su opinión de la siguiente manera: «Hemos llegado a esto. Llamados a explorar el crepúsculo jurisprudencial entre dos líneas erróneas de precedentes, nos enfrentamos a una cuestión espantosamente extraña: ¿*Prohíbe* la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda lo que su texto

3. *BAMN*, 572 U.S. en 339.

4. *Id*. en 315. Joan Biskupic refiere de que Sotomayor había redactado la sección de once páginas que irritó a Roberts para que fuera una disidencia en *Fisher v. University of Texas*, un caso de acción afirmativa de 2012. Su intención de disentir en *Fisher*, según Biskupic, persuadió al juez Kennedy para que cambiara su voto en *Fisher*, y escribiera una opinión que devolvía el caso para un nuevo procedimiento y evitaba así una sentencia sobre el fondo. Sotomayor se unió a la opinión de Kennedy, por lo que guardó el texto destinado a ser un disenso en Fisher y lo utilizó en *BAMN*. Véase Biskupic, 2004, 205-11; véase también infra. nota 11 y texto adjunto.

claramente *exige*?»[5]. Al formular de este modo la cuestión planteada ante la Corte, y mediante el uso de la cursiva, Scalia resaltó las palabras «*prohíbe*» y «*exige*», y omitió las palabras que me llamaron la atención –«*su texto claramente*»–. De este modo, Scalia dio la impresión de que el texto de la Cláusula de Igual Protección prohíbe sin lugar a dudas que una universidad pública dé preferencia a los solicitantes afrodescendientes o de otras minorías por motivos raciales. Esto, sin embargo, no es en absoluto el caso como cualquiera puede ver. El texto –o mejor aún, el «texto claro»– de la Cláusula de Igual Protección, no prohíbe las preferencias basadas en la raza. Sólo establece, en otras palabras: «ni ningún Estado… negará a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes».

Estas palabras se añadieron a la Constitución en 1868, casi inmediatamente después del final de la Guerra Civil, cuando la nación se enfrentaba a las deplorables condiciones sociales y económicas de los esclavos recién liberados y era plenamente consciente de los peligros a los que se enfrentaban. Los promotores de la Decimocuarta Enmienda temían que los Estados, principalmente los que habían pertenecido a la Confederación, pero en realidad todos los Estados del Norte y del Sur, promulgaran leyes que tuvieran el efecto inevitable de perpetuar la condición de los afrodescendientes como clase marginada. También temían que los Estados cerraran los ojos ante los vigilantes clandestinos y los esfuerzos de los propietarios de esclavos desposeídos por utilizar todos los medios a su alcance, incluida la violencia, para oprimir y mantener la subordinación perpetua de los esclavos recién liberados. El objetivo general de la Decimocuarta Enmienda, y de la Cláusula de Igual Protección en particular, era impedir que los Estados actuaran de ese modo. Otra disposición de la Decimocuarta Enmienda otorgaba al Congreso el poder de promulgar leyes para hacer cumplir los derechos que confería. Esta dio una base constitucional sólida a las diversas leyes federales que protegían a los afrodescendientes y que se aprobaron, primero, entre el final de la guerra en 1865 y la adopción de la Decimocuarta Enmienda en 1868, y después, durante la década siguiente, es decir, antes de que los dos partidos políticos dominantes acordaran, para resolver las elecciones de 1876, repudiar o al menos abandonar la Reconstrucción.

La frase que utilizaron los promotores de la Decimocuarta Enmienda –«la igual protección de las leyes»– se presta a muchos significados. Teniendo en cuenta los orígenes históricos de la disposición constitucional y su objetivo general, se puede entender fácilmente por qué se ha interpretado en nuestros días como una prohibición a las prácticas estatales que perjudican a los afrodescendientes y que utilizan la raza como criterio de asignación para ese fin. Una norma que disponga «Solo blancos» es claramente una transgresión a la igualdad de protección. Por otra parte, teniendo en cuenta esta misma interpretación de los orígenes y la finalidad de la Cláusula de Igual Protección, es difícil interpretar esa disposición en el sentido de que prohíbe las preferencias basadas en la raza para los afrodescendientes. Hay que admitir que siempre que se utilice la raza

5. *BAMN*, 572 U.S. en 316.

como criterio de asignación, habrá que clasificar a los individuos según su raza: decidir quién es blanco y quién es afrodescendiente. En este caso, sin embargo, la clasificación racial está diseñada no para desfavorecer a los negros, sino para erradicar su condición de clase marginada.

Al ser admitidos en universidades de élite como la Universidad de Michigan, los afrodescendientes obtendrán importantes ventajas: una acreditación valiosa, acceso a redes profesionales y la experiencia educativa especial que una universidad tan equipada está en condiciones de ofrecer. Estas ventajas mejorarán el ascenso social de los afrodescendientes lo suficientemente afortunados como para ser admitidos y, con el tiempo, alterarán la situación de los afrodescendientes en general, contribuyendo así a la desaparición de la jerarquía entre grupos raciales que fue creada en primer lugar por un sistema esclavista definido exclusivamente en términos raciales y que se ha perpetuado con la instauración de un sistema de castas que trata a los afrodescendientes como parias.

Scalia interpretó la Cláusula de Igual Protección como un mandato de trato idéntico, como una prohibición casi universal del uso de la raza para diferenciar, clasificar o distinguir entre individuos, independientemente de si la diferenciación perjudica a los afrodescendientes o mejora realmente su posición. Esta opinión no puede justificarse en términos del «*texto claro*» de la Cláusula de Igual Protección. La mayoría de los jueces tampoco ha interpretado nunca esa disposición constitucional en ese sentido, o como una prohibición universal de la diferenciación racial o del uso de clasificaciones raciales. Para la Corte «la igual protección de las leyes» no exige trato idéntico, sino que cualquier diferenciación, ya se base en la raza o en cualquier otro criterio, esté debidamente justificada. No es de extrañar que, a lo largo de la historia de la Corte Suprema, se han librado muchas batallas sobre si una diferenciación determinada, en particular una basada en la raza está suficientemente justificada, y si los estándares y test que la Corte ha utilizado para resolver esa cuestión han cambiado.

I. ESCRUTINIO ESTRICTO Y CLASIFICACIONES RACIALES

A partir de 1954 y durante toda la década de 1960, la Corte Suprema desempeñó un papel crucial en el lanzamiento y posterior mantenimiento de lo que se ha dado en llamar la Segunda Reconstrucción: El tribunal definió los deberes de los Estados, protegió a los activistas que lideraron o participaron en el movimiento por los derechos civiles y apoyó plenamente, e incluso invitó en ocasiones, a la participación del Congreso y del Presidente en este renovado esfuerzo de reconstrucción. En 1969, Earl Warren dimitió como Presidente de la Corte Suprema, y ese acto marcó el inicio de un período, que duró hasta 1975, en el que el Presidente Richard Nixon y, a continuación su sucesor, el presidente Gerald Ford, pudieron realizar cinco nombramientos en el Tribunal y reconstituir la coalición de gobierno de la Corte. Luego, como se hizo evidente a través de una serie de decisiones clave a mediados de la década de 1970, el Tribunal abandonó

su papel de liderazgo en la Segunda Reconstrucción y, de hecho, asumió la labor de vigilar la aplicación de este programa de reforma, tanto en su formulación original como en su modificación en la década de 1980 y principios de 1990 por parte de los poderes políticos y las instituciones de la sociedad civil.

Esta nueva fase de la historia de la Corte Suprema, que comenzó en 1975 y continúa hasta nuestros días, podría, debido a la postura del Tribunal hacia la reconstrucción, denominarse adecuadamente su «fase de supervisión». En ella, el Tribunal fue llamado a determinar si una práctica reconstructiva, como la acción afirmativa, es constitucionalmente permisible, y en el desempeño de esta tarea el Tribunal puso cada vez más énfasis en una prueba conocida como «escrutinio estricto». Esta prueba no es más que heurística, una guía para que los jueces den contenido concreto a los amplios términos generales de la Cláusula de Igual Protección y determinen si una diferenciación está debidamente justificada. Es cierto que la aplicación del escrutinio estricto creó limitaciones sobre las clasificaciones raciales, aunque no las prohibió por completo. Más bien, el escrutinio estricto exige que siempre que se utilicen clasificaciones raciales, como en la acción afirmativa, la justificación de la práctica estatal debe tener un carácter muy especial. Una vez activo, el escrutinio estricto exige que la práctica estatal esté justificada por un fin público imperioso y que los medios elegidos por el Estado para perseguir este fin sean los estrictamente necesarios para lograr ese objetivo.

Aunque todos los jueces podrían estar de acuerdo con esta formulación general del escrutinio estricto, han estado divididos en cuanto a cada uno de los tres componentes del método: (1) qué activadores dan paso al escrutinio estricto o hacen que la prueba sea aplicable; (2) qué se considera un fin público imperioso; y (3) cuáles son los estándares para juzgar si los medios elegidos por el Estado para perseguir este fin público son los estrictamente necesarios para lograr ese objetivo. En el transcurso de la fase de la historia de la Corte Suprema dedicada a vigilar la Segunda Reconstrucción, que abarcó todo el mandato del juez Scalia (1986-2016), la mayoría de los jueces crearon un lugar especial para las clasificaciones raciales en los componentes primero y tercero de la prueba. Pero no han interpretado la Cláusula de Igual Protección para exigir trato idéntico o para prohibir categóricamente las clasificaciones raciales. La mayoría no ha dicho nada que pueda excusar o incluso explicar el acto fallido de Scalia.

A. Activadores

El escrutinio estricto no fue aplicado en *Brown v. Board of Education*[6]. Sin la ayuda del escrutinio estricto, la Corte Suprema concluyó que un sistema de escuelas duales –blancos por un lado, afrodescendientes por otro– sistemáticamente perjudicaba a los afrodescendientes al afectar la calidad de la educación que recibían. En *Loving*

6. 347 U.S. 483 (1954).

v. Virginia, el caso de 1967 originado por una ley estatal que prohibía a blancos y afrodescendientes casarse, se aplicó de hecho un escrutinio estricto que resultó en la invalidación de la ley[7]. Aunque el estatuto de Virginia utilizó una clasificación racial, la Corte consideró que la prohibición del mestizaje, al igual que el mantenimiento del sistema de escuelas duales, era una parte integral del sistema de castas que sistemáticamente desfavorecía y subordinaba a los afrodescendientes.

Fieles a este uso del escrutinio estricto, incluso durante la fase de supervisión de la historia de la Corte, un grupo significativo de jueces limitó la aplicabilidad de la prueba a situaciones en las que las clasificaciones raciales se usaban sistemáticamente para poner en desventaja a los afrodescendientes u otras minorías raciales. Este grupo incluyó, en un momento u otro, a los jueces William Brennan y Thurgood Marshall (los remanentes de la Corte Warren), así como Harry Blackmun, John Paul Stevens, David Souter, Stephen Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Elena Kagan y Sonia Sotomayor. También podría incluirse a los jueces Potter Stewart y Byron White, dos de los centristas de la Corte Warren, que continuaron sirviendo durante las décadas de 1970 y 1980.

Estos jueces no lograron imponerse. Por necesidad, se alinearon con miembros del Tribunal, como los jueces Anthony Kennedy y Sandra Day O'Connor, que sentían cierta simpatía por la Segunda Reconstrucción, pero consideraban que el uso de una clasificación racial, sin tener en cuenta si la medida de la que formaba parte beneficiaba o perjudicaba a los afrodescendientes, era una condición suficiente para activar el escrutinio estricto. Según esta interpretación, no es necesario demostrar que la medida perjudica sistemáticamente a los afrodescendientes o si forma parte de una iniciativa más amplia que tiene ese efecto. Esta regla general fue la base del caso *Grutter v. Bollinger*, que, en 2003, dio carácter mayoritario a la opinión que el juez Powell (hablando sólo en su nombre) emitió en 1978 en el caso *Bakke*, en el que insistió en que la acción afirmativa se juzgara mediante un escrutinio estricto simplemente por el uso de una clasificación racial[8]. La jueza O'Connor escribió la opinión mayoritaria en el caso *Grutter* y, aunque el juez Kennedy disintió en ese caso concreto, defendió dicha regla en parte por la división que temía que pudieran causar las clasificaciones raciales, incluso cuando se utilizan para mejorar la situación de las clases desfavorecidas[9]. Alternativamente, Kennedy defendió esta tesis sobre la base de que utilizar la raza para juzgar las solicitudes individuales de limitación de oportunidades es moralmente ofensivo porque demuestra una falta de respeto por la dignidad que se debe a toda persona.

Hay, por supuesto, amplias razones para estar en desacuerdo con la defensa de Kennedy de la regla que convierte todos los usos de las clasificaciones raciales en un desencadenante del escrutinio estricto. Se puede argumentar, por ejemplo, que la división y

7. 388 U.S. 1 (1967).
8. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).
9. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District* No. 1, 551 U.S. 701, 797 (2007) (Kennedy, J., concurrente en parte y concurrente en la sentencia); véase Siegel, 2011.

la fricción de las que hablaba Kennedy no provienen del uso de clasificaciones raciales, sino más bien de la subordinación persistente y sistemática de los afrodescendientes como una clase inferior y el resentimiento y la ira que esa estructura social genera inevitablemente. La afirmación de Kennedy de que el uso de clasificaciones raciales es una violación de la dignidad humana también parece discutible[10]. Ignora los propósitos sociales constructivos, como la integración escolar, que pueden requerir el uso de clasificaciones raciales.

Sin embargo, no es necesario que nos detengamos aquí a debatir estas cuestiones. Lo que hay que subrayar es que la regla general que desfavorece todas las clasificaciones raciales y que somete una ley que utiliza una clasificación racial a un escrutinio estricto se basa en un juicio prudencial o moralista, no en una afirmación sobre el llamado «significado claro» de la igualdad de protección. No se basa en una lectura de la Cláusula de Igual Protección que reduzca esa garantía a un mandato de trato idéntico o, como Scalia afirmó erróneamente en *BAMN*, a una prohibición absoluta y universal contra la diferenciación racial o las clasificaciones raciales.

B. Principio de intrusión menos lesiva[11]

El juez Kennedy también permitió que su desconfianza hacia las clasificaciones raciales rigiera su aplicación del principio de intrusión menos lesiva del escrutinio estricto, aunque en este caso su preocupación se basaba en razones morales más que en razones de orden público. También en este caso habló en nombre de la juez O'Connor y, posiblemente, de parte del bloque liberal.

El principio de intrusión menos lesiva se basa en la idea de que, incluso si se permite al Estado perseguir un fin público imperioso, debe limitar el sacrificio de los valores a los que sirve la garantía constitucional subyacente. Solo se permitirán aquellos medios que sean necesarios. Esta regla puede entenderse fácilmente en un ejemplo extraído del contexto de la Primera Enmienda, que también se rige por la heurística del escrutinio estricto. Aunque el Estado esté autorizado a protegerse contra discursos que muy probablemente provoquen disturbios (evitar la violencia es el fin público imperioso), no puede hacerlo prohibiendo discursos públicos o mítines que sean errónea o incluso extravagantemente críticos con el orden establecido. En su lugar, debe utilizar estrategias más rigurosas o menos restrictivas, como las que exigen avisar con antelación a las autoridades para que puedan desplegar la fuerza necesaria para mantener el orden.

10. Fiss, 2021.
11. N. del T.: en el texto original se utiliza el concepto «*Narrow tailoring*» para referirse a esta exigencia del test de escrutinio estricto. Sin embargo, estimamos junto al autor que para su traducción al español, y a efecto de lograr una mejor comprensión de la idea –lo que no se lograba con la traducción literal–, era más adecuado utilizar la noción de «Principio de intrusión menos lesiva». Agradezco al profesor Roberto Saba su sugerencia respecto a este punto.

De este modo, podría decirse que el principio de intrusión menos lesiva sirve a fines normativos, o que tiene consecuencias normativas, aunque, esencialmente, exige un juicio instrumental sobre la relación entre medios y fines.

Sin embargo, Kennedy no respetó el carácter instrumental del principio de intrusión menos lesiva cuando se le pidió que determinara si un programa diseñado para erradicar la jerarquía racial –de la cual la acción afirmativa es ejemplar–, supera el examen de constitucionalidad. Más bien, transformó el principio de intrusión menos lesiva en una plataforma para importar al examen de igualdad protección ciertas nociones moralistas; por ejemplo, la necesidad de ver a cada solicitante de admisión a una universidad de manera holística y evitar dar demasiada importancia a la raza en el proceso de admisión. En 2003, Kennedy disintió en *Grutter* porque pensó que la dependencia de la raza de la Universidad de Michigan era demasiado pronunciada. Sin embargo, en 2016, poco después de la muerte de Scalia, Kennedy escribió la opinión mayoritaria de la Corte que defendió el programa de acción afirmativa de la Universidad de Texas en *Fisher v. University of Texas*. Esto se debió a que, tal como lo describió el tribunal de distrito, la raza de un solicitante se trató como «un factor de un factor de un factor»[12].

La insistencia de Kennedy en la revisión holística de cada solicitante se basaba en el principio de intrusión menos lesiva, pero, a un nivel más fundamental, se deriva del respeto por la dignidad humana[13]. Para Kennedy, las clasificaciones raciales son reductivas. Niegan la individualidad que pertenece a cada persona y, por lo tanto, constituyen una afrenta a la dignidad humana. La especial consideración de Kennedy por la dignidad humana como valor constitucional le ha provocado la admiración de muchos, sobre todo cuando se le considera la fuente de sentencias que protegen el matrimonio homosexual, anulan una ley de Texas que penalizaba la sodomía, declara inconstitucional una disposición recién adoptada de la Constitución de Colorado que prohibía a las autoridades locales promulgar medidas que protegieran a las personas de ser desfavorecidas por su orientación sexual[14]. No hay ninguna disposición en nuestra Constitución que proteja la dignidad humana, aunque Kennedy puede ser de la opinión –articulada por primera vez por Brennan y anatema de Scalia– de que la dignidad

12. *Fisher v. University of Texas*, 645 F. Supp. 2d 587, 608 (W.D. Tex. 2009), *aff'd,* 631 F.3d 213 (5th Cir. 2011), *anulado y devuelto*, 570 U.S. 297 (2013), *y aff'd,* 758 F.3d 633 (5th Cir. 2014) y luego *aff'd,* 579 U.S. 365 (2016).
13. En su concurrencia separada en *Parents Involved*, el Juez Kennedy objeta un programa de transferencia diseñado para promover la integración escolar sobre la base de que reduce a los solicitantes a «fichas raciales». 551 U.S. en 798. El programa daba prioridad a los solicitantes de traslado que fueran minoría en la escuela a la que pretendían trasladarse. Véase Fiss, supra nota 10; véase también infra nota 36 y texto adjunto.
14. Véanse Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015); Estados Unidos v. Windsor, 570 U.S. 744 (2013); Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003); Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

humana es un valor fundamental de la Constitución y, como tal, impregna cada una de sus disposiciones.[15]

Las, por lo demás, admirables opiniones de Kennedy sobre lo que exige el respeto a la dignidad humana parecen especialmente equivocadas cuando se aplican, en virtud del principio de intrusión menos lesiva del escrutinio estricto, para limitar el uso de clasificaciones raciales en programas como la acción afirmativa que pretenden acabar con la subordinación de los afrodescendientes. En estos casos, estos puntos de vista se han presentado bajo el pretexto de hacer un juicio instrumental o técnico, liberando así a Kennedy de la carga de justificarlos en términos sustantivos o armonizarlos con la Constitución tomada en su conjunto. En los casos de derechos de homosexuales, su exigencia de que las autoridades estatales respeten la dignidad humana fue utilizada para ampliar la protección constitucional para un grupo vulnerable o especialmente desfavorecido; sin embargo, como un apéndice al requerimiento del principio de intrusión menos lesiva del escrutinio estricto, la insistencia de Kennedy en que las autoridades estatales respeten la dignidad humana se convirtió en la base para limitar los programas estatales diseñados para promover el propósito general de la Cláusula de Igual Protección. La erradicación de las castas tiene tanto un reclamo a la dignidad como a tratar a cada solicitante como un individuo; de hecho, si la Guerra Civil significa algo, podría tener un reclamo aún mayor a la Constitución.

Tal vez en reconocimiento de las dificultades para desplegar la jurisprudencia de la dignidad humana en este contexto, Kennedy contempló sólo un modesto papel para limitar el uso de las clasificaciones raciales: evitarlas si se puede; usarlas sólo si se debe. Esta regla condicional contra las clasificaciones raciales encaja bien en la estructura teórica del principio de intrusión menos lesiva del escrutinio estricto, ya que ese requisito no prohíbe absolutamente ningún medio en particular, sino que sólo limita la elección de los medios. Es cierto que una norma condicional de este tipo crea una niebla sobre las clasificaciones raciales, pero esta niebla es tenue, siempre sujeta a las corrientes de viento y, al igual que la niebla generada por la regla general que rige los activadores del escrutinio estricto, no serviría de consuelo a Scalia. Él quería una prohibición de las clasificaciones raciales que fuera firme, universal, absoluta, como si estuviera anclada en las palabras –el texto claro– de la Constitución, no en las especulaciones filosóficas de algún juez o grupo de jueces.

15. Para la idea de Brennan sobre la dignidad humana véase, por ejemplo, Brennan, 1985 (donde se describe la Constitución de los Estados Unidos como una «sublime oración sobre la dignidad del hombre, un audaz compromiso de un pueblo con el ideal de la dignidad libertaria protegida a través de la ley»); para la noción de Scalia véase, por ejemplo, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) y la disidencia del juez Thomas en *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), a la que se unió Scalia.

C. Fin público imperioso

También ha habido desacuerdo entre los jueces sobre lo que cuenta como finalidad pública imperiosa en los términos de la prueba de escrutinio estricto. Scalia y Thomas han adoptado la postura más estricta al respecto. Para ellos, solo la violencia o la amenaza inminente de violencia serían suficientes para justificar el uso de la raza como criterio de asignación o el uso de una clasificación racial. Permitirían, por ejemplo, que el director de una prisión separara a los reclusos afrodescendientes de los blancos para sofocar un motín que surgiera de antagonismos raciales[16]. Al restringir de este modo la aplicación del escrutinio estricto, Scalia y Thomas no se han guiado por la interpretación ordinaria del término «imperioso», que connota «especialmente valioso» o «muy importante». Más bien se guiaron por una perspectiva funcional, aumentando el grado de laboriosidad exigido por el fin que se perseguía. Partiendo de la premisa de que la Cláusula de Igual Protección prohíbe todo uso de clasificaciones raciales, ven el escrutinio estricto como un método diseñado para determinar si se puede hacer una excepción a esa regla universal o, dicho de otro modo, si se puede excusar una violación de esa regla universal. Por necesidad, las excepciones a las normas constitucionales deben ser rigurosamente limitadas. «Sólo una emergencia social que alcance el nivel de peligro inminente para la vida y la integridad física» sería suficiente, como dijo una vez Scalia[17].

Aparte de Thomas y Scalia, ningún otro juez que haya ejercido durante la fase de supervisión de la historia de la Corte Suprema ha adoptado una visión tan restrictiva del requisito de la finalidad pública imperiosa. Todos los demás jueces tienen una interpretación más generosa de lo que puede considerarse un fin público imperioso y, por tanto, rechazan necesariamente la premisa en la que se basa la definición restringida de «imperioso» de Thomas y Scalia. Algunos aceptan la llamada justificación de la diversidad que la acción afirmativa busca para asegurar los beneficios educativos que se derivan de un alumnado diverso. Otros adoptan lo que se ha denominado la racionalidad antisubordinación: la acción afirmativa busca corregir las desigualdades estructurales que surgieron de la esclavitud y que luego se perpetuaron con el sistema de castas[18]. Sin embargo, lo que hay que destacar es que ambos grupos rechazan la incomprensión de Scalia y Thomas de la función del escrutinio estricto. No ven el escrutinio estricto como una prueba para determinar si se debe hacer una excepción a una prohibición universal o si se debe excusar una violación de una prohibición universal; para ellos no existe tal prohibición universal. Más bien, ven el escrutinio estricto como una heurística o regla que podría guiarles en su esfuerzo por dar un significado concreto a la «igual protección de las leyes» y al requisito de que se justifique el trato diferenciado.

16. *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 521 (1989) (Scalia, J., concurrente en la sentencia); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 353 (2003) (Thomas, J., concurrente en parte).
17. *Croson*, 488 U.S. en 521.
18. Véase Fiss, 1976; Fiss, 1997; Simposio, *The Origins and Fate of Antisubordination Theory*, 2 Issuess Legal Scholarship 1 (2002).

En un momento temprano del llamado período de supervisión, la Corte Suprema sostuvo que las preferencias basadas en la raza a favor de los afrodescendientes podían exigirse como parte de un recurso impuesto judicialmente contra un organismo estatal –por ejemplo, un cuerpo de policía estatal– que se hubiera negado a contratar a afrodescendientes debido a su raza[19]. Este remedio no se consideraba una compensación por el error cometido, ya que los beneficiarios de la acción correctiva no eran necesariamente las víctimas del error. Más bien, el remedio se justificaba como una estrategia para eliminar o corregir los efectos del mal que se había producido anteriormente. La discriminación anterior hizo que el cuerpo de policía estatal fuera totalmente integrado por personas blancas; ahora tenía que estar racialmente integrado y las preferencias basadas en la raza eran un mecanismo para lograr este resultado.

Las preferencias basadas en la raza para facilitar o aumentar la admisión de afrodescendientes en las universidades estatales se instituyeron a finales de la década de 1960 y principios de la de 1970. También se concibieron como un remedio para erradicar los efectos de la discriminación del pasado, en este caso no necesariamente relacionada con la acción ilícita de la universidad en cuestión; de hecho, el concepto de discriminación del pasado posiblemente abarcaba los males causados a generaciones de afrodescendientes por la esclavitud y el sistema de castas. El remedio no se impuso judicialmente. En su lugar, fue adoptado por las propias universidades, bien porque se sentían cómplices de la dinámica que dio lugar al sometimiento de los afrodescendientes, o bien porque creían que toda institución debe hacer lo posible por eliminar los acuerdos sociales injustos presentes en la comunidad de la que forma parte. La cuestión ante la Corte durante la década de 1970 –de hecho, durante todo el período de supervisión, incluso hoy– no es una cuestión de obligación, sino más bien si esta acción correctiva por parte de las universidades de la nación es constitucionalmente permisible.

Un amplio catálogo de jueces ha adoptado la lógica antisubordinación de la acción afirmativa. En la decisión *Bakke* de 1978, cuando el Tribunal abordó por primera vez la legalidad de las preferencias basadas en la raza en las admisiones universitarias, los jueces Brennan, Marshall, Blackmun y White defendieron la práctica basándose en la teoría de que su objetivo es eliminar los efectos de la discriminación del pasado. Más recientemente, los jueces Ginsburg y Sotomayor también defendieron este punto de vista. De hecho, gran parte de la opinión disidente de Sotomayor en *BAMN* –las once páginas que molestaron especialmente a Roberts– describe el propósito de la acción afirmativa en estos términos. El juez Souter reconoció plenamente la necesidad de incluir a las minorías subordinadas en la vida política de la nación. El juez Stevens también llegó a ese punto de vista en el transcurso de su mandato en el Tribunal. Incluso se pueden encontrar rastros del razonamiento antisubordinación en las opiniones de O'Connor y Kennedy, cuando consideraron –pero evitaron decidir– si el escrutinio estricto permite el uso de la raza para trazar los distritos electorales con el fin de cumplir los requisitos

19. Véase, por ejemplo, *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149 (1987).

de las Enmiendas de 1982 a la Ley del Derecho al Voto de 1965[20]. En el mismo caso *Grutter*, la jueza O'Connor, autora de la opinión mayoritaria, también hizo referencia a las necesidades de legitimidad democrática al considerar si la acción afirmativa satisfacía el componente de propósito público convincente del escrutinio estricto. Reconoció la necesidad de las minorías raciales de tener garantías concretas de que los puestos de liderazgo en la comunidad política estaban abiertos a todos[21].

En su mayor parte, sin embargo, *Grutter* se basó en la llamada justificación de la diversidad para la acción afirmativa, articulada por primera vez por el juez Powell en *Bakke* (y en ese caso apoyada por ningún otro miembro del Tribunal). En *Grutter*, O'Connor afianzó la opinión de Powell, que ya no formaba parte del Tribunal, y consiguió que una mayoría la apoyara. Según Powell, la finalidad pública imperiosa exigida por el escrutinio estricto puede encontrarse en el deseo de obtener «los beneficios educativos que se derivan de un alumnado étnicamente diverso»[22]. Powell llegó a esta decisión porque quería evitar la lógica antisubordinación: en un preludio a la formulación y el anuncio de la justificación de la diversidad, Powell expresó su renuencia a tratar el deseo de remediar «los efectos de la discriminación social»[23] como la finalidad pública imperiosa exigida por el escrutinio estricto.

Al adoptar esta postura, Powell no negó la omnipresencia de la «discriminación social». Tampoco negó que el deseo de erradicar los efectos de la «discriminación social» –la subordinación de los afrodescendientes– fuera de hecho el propósito real o declarado del programa de acción afirmativa, o que tal propósito fuera especialmente digno o importante. De hecho, la erradicación de los efectos de la «discriminación social» parece mucho más digna o apremiante que los beneficios educativos que podrían lograrse con un alumnado diverso. Esto sigue siendo cierto incluso teniendo en cuenta los intentos de Powell de hacer que el razonamiento de la diversidad parezca más convincente anclándolo en la Primera Enmienda y su protección de la libertad de expresión. No, la renuencia de Powell a tratar el deseo de poner fin a la subordinación de los afrodescendientes como la finalidad pública imperiosa que exige el escrutinio estricto se debió al temor de que no hubiera forma de distinguir entre las reivindicaciones de estos y las que pudieran ser expresadas por otros grupos desfavorecidos presentes actualmente en nuestra sociedad. Era incapaz de apreciar la singularidad de la experiencia de los afrodescendientes en Estados Unidos: más de dos siglos de esclavitud definida exclusivamente en términos raciales y luego un tercero gobernado por un sistema de castas que trataba a los afrodescendientes como parias y perpetuaba su condición de clase marginada. Powell dijo que «remediar los efectos de la discriminación social es… un

20. *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 657 (1993); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900, 923 (1995).
21. *Grutter*, 539 U.S. en 308.
22. *Regents of the University of California v. Bakke,* 438 U.S. 265, 306 (1978) (opinión de Powell, J.)
23. *Id*. en 307.

concepto amorfo de perjuicio que puede no tener edad en su alcance hacia el pasado»[24], como si la Constitución tuviera un estatuto de prescripción.

A medida que la preferencia basada en la raza en las admisiones universitarias persistía en la sociedad civil, la justificación de la diversidad ganaba adeptos sociales, hasta el punto de que la adopción de la misma por parte de O'Connor en 2003 podría verse como una codificación de un entendimiento social que evolucionó a partir de la postura adoptada por Powell en *Bakke* veinticinco años antes. En realidad, sin embargo, la derrota o el rechazo de un razonamiento antisubordinación puede ser sólo nominal. La antisubordinación está omnipresente, siempre al acecho en el trasfondo, el propósito no declarado pero real al que sirve la preferencia basada en la raza que se da a los afrodescendientes en los procesos de admisión que rigen las principales universidades de la nación. Sin la antisubordinación, y la creencia en la naturaleza perniciosa de la casta que pretende erradicar, sería difícil entender: (a) la enorme importancia que se concede a los beneficios educativos que se derivan de un alumnado diverso, especialmente en las ciencias o en las facultades de medicina (el tema de *Bakke*); (b) por qué la diversidad debe lograrse mediante la aplicación de criterios de grupo en lugar de evaluaciones individuales[25]; y (c) por qué la preferencia debe extenderse a los afrodescendientes o a otros grupos especialmente desfavorecidos, como los latinos, pero no a los miembros de grupos religiosos, grupos étnicos (por ejemplo, los griego-americanos), los solicitantes con condenas por delitos graves o los candidatos fascistas. Si se desvincula de la antisubordinación y se extiende de la admisión de estudiantes a la contratación de profesores, la justificación de la diversidad pronto podría comprometer o socavar los compromisos académicos fundamentales de la universidad[26].

En *BAMN*, la justificación de la diversidad atrapó al juez Breyer o fue utilizado por él como escudo tras el cual refugiarse. Votó a favor de la enmienda constitucional de Michigan que prohibía las preferencias basadas en la raza en las universidades públicas, y comenzó su opinión diciendo que si las preferencias basadas en la raza se instituían como remedio a la «discriminación racial excluyente en el pasado o a los efectos directos de esa discriminación», esto plantearía «cuestiones diferentes que pueden exigir respuestas diferentes»[27]. Al decir esto, Breyer confundió la finalidad real de la política de admisiones y la finalidad que una mayoría de jueces estaban dispuestos a aceptar cuando aplicaron el componente de finalidad pública imperiosa del escrutinio estricto[28].

24. *Id*.
25. Véase Diver, 2004.
26. Véase, en general, Kronman, 2019.
27. *BAMN*, 572 U.S. 291, 332 (2014) (Breyer, J., concurriendo en la sentencia).
28. Véase Reyes, 2018. Reyes señala que Lee Bollinger, presidente de la Universidad de Michigan cuando se argumentó *Grutter*, ha dejado claro que la justificación de la diversidad se avanzó en gran medida por razones estratégicas. Reyes informa que Bollinger dijo: «Necesitábamos ganar una gran batalla legal en el contexto de intentar ganar los corazones y las mentes de la gente sobre el tema… En el aspecto jurídico, Bakke dejó claro que no se podía utilizar la discriminación del pasado como justificación. Me pareció mal y me sigue pareciendo mal». *Id*.

Breyer también intentó en *BAMN* reescribir la opinión *Grutter* de O'Connor. Añadió las palabras «solo» y «únicamente», afirmando que el Tribunal en Grutter abordó la Decimocuarta Enmienda «solo en la medida en que se aplica, y prohíbe, programas que se basan en una justificación: utilizar la 'raza en el proceso de admisión' únicamente para 'obtener los beneficios educativos que se derivan de un alumnado diverso'»[29]. Esto hizo parecer que el deseo de obtener los beneficios educativos que se derivan de un alumnado diverso era la única justificación que la mayoría en *Grutter* aceptaba, ignorando así el pasaje de la opinión de O'Connor –a la que se unió Breyer– en el que explicaba que un programa diseñado para aumentar el número de afrodescendientes en el alumnado podría mejorar la legitimidad democrática[30]. Y lo que es aún más atroz, ignoró la clara declaración de O'Connor de que «nunca hemos sostenido que el único uso gubernamental de la raza que puede sobrevivir al escrutinio estricto sea el de remediar discriminaciones pasadas»[31].

La diversidad no sólo perjudica a la acción afirmativa, al atribuirle una finalidad pública menos imperiosa de la que realmente tiene, sino que también oscurece la relación que existe entre la acción afirmativa y la Constitución. Incluso quienes defienden la acción afirmativa en términos de diversidad comparten la opinión de Scalia y Thomas, pues niegan que estén pidiendo una exención de la prohibición universal basada en el texto de utilizar la raza como criterio de asignación. De hecho, niegan la existencia de tal prohibición. Sólo afirman que, si el propósito de la práctica impugnada es la diversidad, es coherente con «la igualdad de protección de las leyes» y la exigencia, regida en determinadas circunstancias por la heurística del escrutinio estricto, de que se justifiquen todas las diferenciaciones. Sin embargo, la lógica antisubordinación arroja una nueva luz sobre la relación entre la acción afirmativa y la Cláusula de Igual Protección. Se puede afirmar algo más que coherencia. En el marco de la antisubordinación, la acción afirmativa puede considerarse un medio para promover el objetivo general de la Cláusula de Igual Protección. No sólo es coherente con esa disposición constitucional, sino que la acción afirmativa debe permitirse e incluso preferirse porque contribuye a la realización progresiva del propósito mismo de esa ley.

II. IMPACTO DISPAR Y DOCTRINA DEL PROCESO POLÍTICO

La intención del juez Scalia de ignorar las interpretaciones establecidas en la Cláusula de Igual Protección no se limita a la decisión del Tribunal de permitir la acción afirmativa. Se extiende a la cuestión técnico-jurídica sometida al Tribunal en *BAMN*. La cuestión en *BAMN* no era la permisibilidad constitucional de utilizar preferencias basadas en la

29. 572 U.S. en 333 (Breyer, J., concurrente en la sentencia).
30. *Grutter*, 539 U.S. 306, 332 (2003).
31. *Id*. en 328.

raza a favor de los afrodescendientes para las admisiones universitarias, sino más bien la permisibilidad de tomar la decisión de seguir esa política fuera de las manos de las autoridades electas de la universidad, poniendo así esa decisión en manos del electorado de todo el Estado. Para permitir esta política en Michigan habría que modificar la constitución del Estado. Este cambio puso en juego lo que los juristas denominan la doctrina del proceso político, que se basa en una serie de precedentes, algunos de los cuales se remontan a la década de 1960. Scalia, con la concurrencia de Thomas, los rechazó todos.

En realidad, existen dos versiones de la doctrina del proceso político. Cada una de ellas refleja una interpretación de la Cláusula de Igual Protección que prohíbe los cambios que perjudican a los afrodescendientes en el proceso a través del cual se promulgan las leyes o se instituyen las políticas. Una versión de la doctrina –apoyada en *BAMN* por Sotomayor, Ginsburg e incluso Breyer– condena los cambios en el proceso político que dificultan la aprobación de leyes o la puesta en marcha de políticas que «redundan principalmente en beneficio de la minoría»[32]. Otra versión de la doctrina es la expuesta por Kennedy en su opinión en *BAMN*, a la que se sumaron Roberts y Alito. Condena cualquier cambio en el proceso político que suponga «el grave riesgo, si no el propósito, de causar perjuicios específicos por motivos de raza»[33].

Para su versión de la doctrina del proceso político, Sotomayor se basó principalmente en la decisión de 1982 en el caso *Washington v. Seattle School District No. 1*, en el que la Corte anuló una iniciativa estatal que prohibía el transporte en autobús que podría adoptarse para promover la integración escolar. Kennedy lanzó una red más amplia. Se remontó a la decisión de 1967 en *Reitman v. Mulkey*, que invalidó una enmienda a la Constitución de California que protegía el derecho de los propietarios a vender su propiedad a quien quisieran[34]. Esa enmienda, según Kennedy, implicaba «daños específicos por motivos de raza» porque impedía la promulgación de una ley de vivienda justa por parte de las legislaturas estatales o locales[35]. También encontró su versión de la doctrina del proceso político respaldada por el Tribunal en la decisión de 1969 en *Hunter v. Erickson*[36]. Esa decisión anuló una enmienda de la carta de la ciudad de Akron, Ohio, que requería que antes de que cualquier ordenanza que prohibiera la discriminación racial en la vivienda pudiera entrar en vigor, tenía que ser aprobada por un referéndum en toda la ciudad.

Por razones que no comprendo del todo, Kennedy no encontró el requerimiento del perjuicio racial específico en la enmienda constitucional de Michigan que prohíbe la acción afirmativa. Quizá se vio impulsado a adoptar esta postura por su apego al

32. Esta frase procede de *Washington v. Seattle Sch. Dist. No. 1*, 458 U.S. 457, 472 (1982) y es utilizada por Sotomayor en *BAMN*, 572 U.S. en 351.
33. *BAMN*, 572 U.S. en 305 (opinión de Kennedy, J.).
34. 387 U.S. 369 (1967).
35. *BAMN*, 572 U.S. en 305 (opinión de Kennedy, J.).
36. 393 U.S. 385 (1969).

principio, también invocado por Breyer, pero matizado por Reitman, Hunter y Seattle, que favorece la toma de decisiones democrática. Alternativamente, él, como Breyer pero no Sotomayor, estaba atrapado por la ficción de que el propósito de la acción afirmativa era sólo asegurar los beneficios educativos que provienen de un alumnado diverso y se negó a reconocer el perjuicio que se haría a los negros por el abandono de la acción afirmativa requerida por la enmienda de Michigan. En un voto concurrente en un caso de 2007 relacionado con la segregación en escuelas primarias y secundarias, Kennedy reconoció que, en términos de perjuicio para los afrodescendientes, no había diferencia entre la segregación de *facto* y de *jure* y, en apoyo de esa opinión, se basó en la decisión de Seattle de 1982, que luego afirmó que protegía el transporte en autobús que tenía por objeto restablecer la segregación de *facto*. En *BAMN*, sin embargo, sostuvo que el remedio del transporte en autobús en el caso de Seattle tenía por objeto corregir la segregación escolar atribuible a asignaciones basadas en raza[37]. En esta lectura, la posición de Kennedy no estaba dictada por una preferencia que favoreciera la toma de decisiones democrática, sino por una concepción estrecha del perjuicio causado por la enmienda de Michigan. Kennedy nos haría creer que el único daño causado sería la pérdida de los beneficios educativos que provienen de un cuerpo estudiantil diverso donde, en verdad, el daño era más profundo y más específico racialmente –el repudio de un remedio dirigido a la erradicación de la casta–.

Scalia no tendría nada de esto. Rechazó *Hunter, Seattle* y, por implicación, *Reitman* (o al menos la interpretación de Kennedy de esa decisión). Examinó las dos versiones de la doctrina del proceso político ofrecidas por Kennedy y Sotomayor y encontró en cada una de ellas multitud de deficiencias. Sin embargo, su objeción fundamental a la doctrina del proceso político se derivaba de su interpretación de la Cláusula de Igual Protección. Según Scalia, ésta no proscribía las leyes que tuvieran el efecto inevitable de perjudicar especialmente a los afrodescendientes o a otras minorías raciales. Al principio de su dictamen en el caso *BAMN*, Scalia dijo que el texto claro de la Cláusula de Igualdad de Protección prohibía cualquier uso de la raza como criterio de asignación (lo que no es cierto). Al final de su dictamen, parecía haber reducido su idea de la igual protección, de modo que la única práctica estatal que prohíbe la Cláusula de Igual Protección es la asignación por motivos de raza: en ausencia de una clasificación racial, una ley estatal nunca puede considerarse una violación de la igual protección. Scalia anunció que tenía que «separarse» de Kennedy y Sotomayor y de los precedentes que invocaban porque «cada uno respalda una versión de la proposición de que una ley facialmente neutral puede denegar la igualdad de protección únicamente porque tiene

37. Véase *BAMN*, 572 U.S. en 306 (opinión de Kennedy, J.) («[L]a legitimidad y constitucionalidad del remedio en cuestión (el transporte en autobús para eliminar la segregación) se asumió, y Seattle debe entenderse sobre esa base»). Kennedy agrega: «Como sostuvo este Tribunal en *Parents Involved*, la supuesta medida correctiva de la junta escolar [en Seattle] no sería permisible hoy si no se demostrara la segregación de jure». *Id*. No había tal demostración en 1982, cuando se decidió *Seattle*.

un impacto racial dispar»[38]. De este modo, Scalia vació la Cláusula de Igual Protección de cualquier significado que no fuera el de prohibir las clasificaciones raciales o el uso de la raza como criterio de asignación.

Para apoyar este punto de vista, Scalia invocó la autoridad de *Washington v. Davis*, una decisión de 1976 anterior a *Seattle v. School District No. 1* pero posterior a *Reitman v. Mulkey* y *Hunter v. Erickson*[39]. El hecho de que la opinión mayoritaria en *Washington v. Davis* fuera escrita por el Juez White debería haber hecho reflexionar a Scalia al invocar la autoridad de esa decisión para repudiar la doctrina del proceso político y anular así *Reitman v. Mulkey* y *Hunter v. Erickson*, porque White también escribió las opiniones mayoritarias en esos dos casos. En realidad, *Washington v. Davis* no pretendía reducir el significado de la Cláusula de Igual Protección del modo en que sostenía Scalia. Por el contrario, en mi opinión, su objetivo principal era rebajar la norma del impacto dispar, anunciada por primera vez en *Griggs v. Duke Power Company* en 1971, de una norma constitucional a una norma legal. Debe entenderse que se basa en una opinión sobre la distribución adecuada, entre el poder judicial y los poderes políticos del gobierno, de las responsabilidades por los cambios sociales y económicos generalizados.

La decisión *Griggs* impuso a los empresarios la obligación de utilizar normas de contratación o promoción que minimizaran el impacto dispar adverso sobre los afrodescendientes. Si el demandante demuestra ante un tribunal que la norma de contratación o de empleo tiene un impacto dispar sobre los afrodescendientes, el empresario deberá demostrar que la norma está relacionada con el trabajo; e incluso si se demuestra que la norma está relacionada con el trabajo, el demandante seguirá teniendo la oportunidad de demostrar que existen normas o métodos alternativos de selección de empleados que servirían a los intereses comerciales del empresario y, al mismo tiempo, minimizarían el impacto dispar sobre los afrodescendientes. El propio caso *Griggs* se interpuso en virtud del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, que prohíbe la discriminación en el empleo. Sin embargo, la norma que surgió de ese caso –generalmente conocida como el principio *Griggs*– pronto fue entendida por la profesión como aplicable tanto a las demandas legales como a las constitucionales.

El caso *Washington v. Davis* se refería a las prácticas de contratación de la policía de Washington D.C. Como consecuencia, implicaba reclamaciones por impacto dispar tanto en virtud de la Constitución como del Título VII (enmendado en 1972 para incluir a los empleadores públicos). La Corte dictaminó que la demanda basada en la ley carecía de fundamento. Esa sentencia implicaba necesariamente que la demanda de Griggs no tendría fundamento aunque tuviera una base constitucional, porque se suponía que las normas constitucionales y legales eran idénticas. Sin embargo, la Corte no se limitó a esa sentencia, sino que, en violación de las normas tradicionales que rigen el ejercicio del poder judicial, pasa a considerar la cuestión constitucional más

38. *BAMN*, 572 U.S. en 329-30 (Scalia, J., concurrente en la sentencia).
39. *Washington v. Davis,* 426 U.S. 229 (1976).

amplia –no enumerada en las preguntas presentadas y, por tanto, no informada por las partes– de si el principio *Griggs*, y la doctrina del impacto dispar en general, tienen una base constitucional. No hubo necesidad de que el Tribunal considerara si *Griggs* regía las reclamaciones de igualdad de protección.

La decisión original de 1971 del Tribunal Supremo en el caso *Griggs* se presentó, como una cuestión puramente formal, como una interpretación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Sin embargo, había buenas razones para creer que la sentencia era de proporciones constitucionales. La ley se limitaba a prohibir la discriminación en la asignación de oportunidades de empleo basadas en la raza. Para incluir el impacto dispar en el ámbito de aplicación de la ley, el Tribunal lo consideró una forma de «discriminación indirecta», y para llegar a esa conclusión se basó en principios constitucionales. El único precedente que el Tribunal citó fue la decisión de 1969 en el caso *Gaston County v. United States*, que el Presidente de la Corte, que escribió en el caso Griggs, describió en estos términos: «Allí, debido a la educación inferior recibida por los afrodescendientes en Carolina del Norte, este Tribunal prohibió la institución de una prueba de alfabetización para el registro de votantes sobre la base de que la prueba restringiría el derecho al voto indirectamente por motivos de raza»[40].

En 1976, sin embargo, la Corte ya no estaba dispuesta a asumir la autoría por la alteración que podría causar la responsabilidad por impacto dispar. El Tribunal decidió que la responsabilidad de esta norma jurídica recaería en el Congreso, y para ello tuvo que negar, como hizo en *Washington v. Davis*, que la doctrina del impacto dispar –o «discriminación indirecta»– tuviera una base constitucional. Al llegar a esta conclusión, el Tribunal no emitió un juicio exhaustivo sobre el significado de la igualdad de protección ni sobre los requisitos de la justicia racial. Más bien, el Tribunal pareció guiarse por consideraciones relativas a la separación de poderes. Como se desprende del pasaje de la opinión mayoritaria citado en la nota a pie de página siguiente, la Corte no estaba dispuesta a asumir la responsabilidad de la aplicación o incluso la persistencia del principio *Griggs*, y era aún más reacia a presidir su extensión como un dispositivo para proteger a los pobres.[41]

Dada esta interpretación de *Washington v. Davis* y su respaldo del principio *Griggs* como norma legal, fue una sorpresa que en 2009 Scalia declarara en otro voto concurrente, al que sólo se unió Thomas, que existe «una guerra entre el pacto dispar y la

40. *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 430 (1971).

41. La parte crucial de la opinión del Juez White se encuentra en este pasaje:
«Una norma según la cual una ley diseñada para servir a fines neutrales es, no obstante, inválida, en ausencia de una justificación convincente, si en la práctica beneficia o grava a una raza más que a otra, ya que tendría un gran alcance y plantearía serios interrogantes, y tal vez invalidaría, toda una serie de leyes fiscales, de bienestar, de servicios públicos, reguladoras y de concesión de licencias que pueden ser más gravosas para los pobres y para el afrodescendiente medio que para el blanco más afluente. Dada esa norma, tal vez sería probable que se produjeran tales consecuencias. Sin embargo, en nuestra opinión, la extensión de la norma más allá de los ámbitos en los que ya es aplicable en virtud de la ley, como en el ámbito del empleo público, debe esperar a la prescripción legal». *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 248 (1976).

protección igualitaria»[42]. En ese momento no cabía la menor duda de que el Congreso aprobaba y adoptaba plenamente la responsabilidad por impacto dispar en su aplicación a las decisiones laborales. El Congreso había consentido el anuncio inicial de la doctrina en 1971 y, de nuevo, en 1972, cuando modificó el Título VII para incluir a los empleadores públicos. En 1976 se comunicó al Congreso que estaba plenamente al mando, y en las décadas siguientes el Congreso no tomó ninguna medida para repudiar o matizar su compromiso con el principio *Griggs*. De hecho, en 1991, el Congreso promulgó una ley para corregir una decisión errónea de la Corte Suprema de 1989 que disminuía la carga de la prueba impuesta a los empresarios cuando se les pedía que demostraran que una norma o prueba estaba relacionada con el trabajo[43]. En esa medida –Ley de Derechos Civiles de 1991–, el Congreso aprobó explícitamente el anuncio inicial de la Corte de la doctrina en el caso *Griggs* y, a continuación, codificó la doctrina del impacto dispar tal y como se había desarrollado antes de la decisión desaprobada de la Corte Suprema de 1989.

El anuncio de Scalia de una guerra entre la doctrina del impacto dispar y la igual protección se produjo en *Ricci v. DeStefano*, un caso relacionado con el uso de una prueba escrita para regir los ascensos en el departamento de incendios de New Haven. Aunque varios afrodescendientes se habían presentado a la prueba, dieciocho blancos, un hispano y ningún afrodescendiente se habían clasificado para el ascenso según la prueba. Frank Ricci era uno de los blancos; John DeStefano era el alcalde de New Haven. Una vez conocidos públicamente los resultados de la prueba, estalló una polémica en los círculos políticos y, finalmente, la junta de gobierno de la ciudad anuló los resultados de la prueba. También comenzó a formular planes para instituir una prueba alternativa que, presumiblemente, serviría al interés legítimo de la ciudad en la selección de líderes cualificados del departamento de incendios y, al mismo tiempo, minimizaría el impacto racial dispar. Ricci demandó entonces a la ciudad por violar el Título VII, concretamente por anular el examen que ya se había administrado. En una opinión de Kennedy, la mayoría falló a favor de Ricci, pero sólo después de afirmar que el expediente que tenía ante sí la Corte no apoyaba adecuadamente la alegación de la ciudad de que simplemente estaba aplicando, por su cuenta, el principio *Griggs*. Al limitar su fallo a favor de Ricci de esta manera, el juez Kennedy dio a entender que si hay pruebas sólidas en el expediente que indiquen que se satisfacen los requisitos del principio *Griggs* –como seguramente ocurriría si el principio fuera aplicado por un tribunal después de un juicio completo– entonces ese principio podría aplicarse legalmente y los resultados de una prueba que no satisfaga ese principio podrían ser desestimados.

Aunque el juez Scalia se unió a la sentencia de la Corte condenando la acción de la ciudad de New Haven, se sintió provocado por la implicación del fallo de Kennedy. Scalia no dijo que el principio *Griggs* violara la igual protección, sino sólo que había

42. *Ricci v. DeStefano,* 557 U.S. 557, 595 (2009) (Scalia, J., concurrente).
43. *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

una guerra entre ambos. Esta afirmación no era una descripción de un estado de cosas, sino más bien una expresión performativa, muy parecida a una declaración de guerra del Congreso contra otro país que introduce un cambio o espera un cambio en el mundo práctico. Tal declaración era en sí misma alarmante porque indicaba la voluntad de Scalia de anular una interpretación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 que fue establecida por primera vez por la Corte Suprema en 1971, reafirmada por los tribunales federales inferiores en innumerables ocasiones, y luego refrendada explícitamente por el Congreso en la Ley de Derechos Civiles de 1991.

Tal declaración de guerra no sólo era alarmante, sino que parecía carecer de todo fundamento y era improbable que tuviera éxito. Scalia tenía razón al afirmar, como hizo, que la Cláusula de Igual Protección, aplicable al gobierno federal por la Cláusula del Debido Proceso de la Quinta Enmienda, prohibía al Congreso exigir a los empleadores públicos que tomaran medidas prohibidas por la Cláusula de Igual Protección. Sin embargo, nunca explicó por qué una norma que reconoce el derecho de los empleadores públicos a utilizar pruebas relacionadas con el trabajo, pero que sin embargo insiste en que elijan, entre estas pruebas relacionadas con el trabajo, la que minimice el impacto dispar adverso sobre los afrodescendientes, daría lugar a una denegación de la igualdad de protección de las leyes.

En su concurrencia en *BAMN*, Scalia adoptó la opinión de que, por sus propios términos, la Cláusula de Igual Protección prohíbe a los gobiernos utilizar la raza como criterio de asignación o emplear clasificaciones raciales, incluso cuando una medida busca beneficiar en lugar de perjudicar a los afrodescendientes. Hemos visto que esta opinión sobre el texto de la Cláusula de Igual Protección es errónea y, además, que la extravagante hostilidad de Scalia hacia las clasificaciones raciales no puede rehabilitarse ni siquiera si se entiende como una glosa interpretativa de dicha cláusula: el escrutinio estricto no da lugar a tal regla. En el presente contexto, sin embargo, es importante destacar que el principio de *Griggs* no exige que la raza se utilice como criterio de asignación. No se da ninguna ventaja a los afrodescendientes. No exige que se clasifique a los solicitantes de empleo en función de su raza y que se les dé preferencia en función de esa clasificación. El principio *Griggs* exige a los empleadores que sean conscientes del impacto de sus normas y pruebas en los grupos raciales y que tomen las medidas adecuadas, en consonancia con sus intereses comerciales, para minimizar ese impacto, pero no exige clasificaciones raciales ni preferencias basadas en la raza.

Debe admitirse que existe el riesgo de que los empleadores públicos, para protegerse de las demandas encaminadas a aplicar el principio *Griggs*, de manera formal o subrepticia, den preferencia a los solicitantes afrodescendientes. Es difícil creer que Scalia se preocupara por esto, al menos dado su enfoque jurídico de la Cláusula de Igual Protección: negó repetidamente que el efecto o la consecuencia de una ley pudiera convertirla en una violación de la igualdad de protección y, al repudiar la doctrina del proceso político en *BAMN*, redujo esa disposición constitucional a una prohibición de las clasificaciones raciales. También es importante tener en cuenta que el riesgo de

que los empleadores den subrepticiamente preferencia por motivos raciales a los afrodescendientes como medio de asegurarse contra los litigios no está en modo alguno limitado al principio *Griggs*. El riesgo surge de cualquier medida que pretenda proteger las oportunidades de empleo de los afrodescendientes. Puede surgir de la prohibición del Título VII contra la discriminación directa tanto como de la prohibición contra la discriminación indirecta basada en la interpretación del Tribunal de 1971 del Título VII y la afirmación de esa interpretación en la Ley de Derechos Civiles de 1991. ¿Puede ser que en su concurrencia en el caso *Ricci* Scalia estuviera declarando la guerra no sólo a la Ley de Derechos Civiles de 1991, sino también a la Ley de Derechos Civiles de 1964?

Al final de su opinión en *BAMN*, casi como coda, el juez Scalia invocó, como hizo en muchas ocasiones, el famoso comentario del juez John Marshall Harlan en su disenso de 1896 en *Plessy v. Ferguson*[44]. Al oponerse a las leyes Jim Crow, Harlan escribió: «Nuestra Constitución no distingue colores»[45]. Como base para repudiar la doctrina del proceso político y los precedentes en los que se basaba, Scalia convirtió el aforismo de Harlan en un mandato constitucional trascendente, una prohibición general de ver o ser consciente de la raza. La doctrina del impacto desigual transgrede con toda seguridad este mandato, al igual que la doctrina del proceso político. Ambas son agudamente conscientes de las desventajas que pueden imponerse a los afrodescendientes. Son conscientes del color. Sin embargo, es difícil entender por qué la no distinción de ciertos colores (daltonismo/*color-blind*), entendida como una afección que impide a algunas personas ver lo que es visible para la mayoría de las demás, debería imponerse a la sociedad en su conjunto o a los instrumentos de gobierno, como parte de su obligación de proporcionar la misma protección de las leyes. Algunos pueden creer que algún día desaparecerán, o al menos deberían desaparecer, las diferencias predominantes, tal vez abrumadoras, de estatus entre blancos y afrodescendientes que existen en este país. Sin embargo, nadie podría pensar razonablemente –ni en 1868, ni en 1896, ni en 1954, ni en 1964, ni en 1976, ni en 2003, ni en 2014, ni siquiera hoy– que este cambio se producirá si nos limitamos a promulgar o seguir una norma que impida a los organismos gubernamentales prestar atención o reconocer las diferencias que existen entre blancos y afrodescendientes y que, en última instancia, son atribuibles a la esclavitud y al funcionamiento de un sistema de castas que, una vez abolida legalmente la esclavitud, perpetuó la condición de los afrodescendientes como una clase inferior.

En su voto concurrente en el caso *Ricci*, Scalia, que nunca pudo resistirse al melodrama, habló del «día nefasto» en que habría que resolver el conflicto entre la doctrina de la igual protección y la del impacto dispar[46]. Sin embargo, la verdad es que si ese conflicto se basa en una interpretación de la igual protección que constitucionaliza el

44. 163 U.S. 537 (1896).
45. *Id*. en 559.
46. 557 U.S. en 594.

aforismo de Harlan y, por tanto, proscribe la conciencia racial, el conflicto se resolvió dos años antes, en la decisión *Parents Involved* de 2007. Ese caso se refería a la integración de escuelas primarias y secundarias, y llevó a Kennedy a hacer una clara distinción entre clasificaciones raciales y conciencia racial. Primero situó el aforismo de Harlan en su contexto: «Plessy, por supuesto, se refería a la clasificación oficial por raza aplicable a todas las personas que querían usar vagones de tren»[47]. Luego continuó: «Y, como aspiración, el axioma del juez Harlan debe contar con nuestro asentimiento. En el mundo real, es lamentable decirlo, no puede ser un principio constitucional universal»[48]. En *Parents Involved*, Kennedy apoyó la sentencia de la Corte, que anuló un programa de transferencia diseñado para promover la integración escolar. Emitió una opinión separada para distanciarse de la opinión que el presidente Roberts había presentado para explicar ese fallo (a la opinión de Roberts se unieron Scalia, Thomas y Alito). Al repudiar la norma del daltonismo o de la no distinción de color de esta manera, Kennedy no sólo habló en su nombre, sino, en efecto, también en nombre de los jueces que disintieron (Breyer, Stevens, Souter y Ginsburg), en otras palabras, en nombre de la mayoría del Tribunal.

A lo largo de su carrera, el juez Kennedy desconfió de las clasificaciones raciales. Nunca afirmó, como hizo Scalia en su opinión sobre la *BAMN*, que las clasificaciones raciales estuvieran prohibidas por el texto claro de la Cláusula de Igual Protección. Tampoco utilizó el escrutinio estricto de forma que produjera una regla absoluta y universal contra su uso. Sin embargo, consideró que las clasificaciones raciales, independientemente de si la medida que las exigía beneficiaba o perjudicaba a los afrodescendientes, eran un desencadenante del escrutinio estricto. Kennedy también permitió que su preocupación por las clasificaciones raciales rigiera su aplicación del principio de intrusión menos lesiva. Las clasificaciones raciales, para él, eran una ofensa a la dignidad humana y, por esa razón, eran presumiblemente inadmisibles bajo el principio de intrusión menos lesiva. De hecho, en el mismo caso *Parents Involved*, dejó de lado los modestos programas de traslado que los consejos escolares de Seattle y Louisville habían ideado para promover la integración racial, basándose en que implicaban una clasificación racial y, por tanto, no estaban ajustados forma rigurosa.

En los programas de Seattle/Louisville, los estudiantes eran inicialmente asignados a las escuelas en función de su residencia, y luego se les permitía trasladarse si había plazas disponibles en una escuela concreta. Si había más solicitantes de los que el espacio permitía, la elección entre los solicitantes de traslado, una vez satisfechas otras prioridades, se basaba en la comparación entre la raza del solicitante y la raza de los estudiantes que predominaban en la escuela a la que el solicitante pretendía trasladarse. El juez Kennedy consideraba que el objetivo del programa de traslados (la integración racial) era convincente, pero estaba dispuesto a invalidar ese programa porque podía imaginar

47. Parents Involved, 551 U.S. en 788 (Kennedy, J., concurrente en parte y concurrente en la sentencia).
48. *Id.*

otros medios para lograr la integración que no requirieran clasificaciones raciales y que aún no hubieran demostrado ser inadecuados o ineficaces. Primero hay que probarlos.

En este contexto, Kennedy identificó y aprobó una serie de formas en que las juntas escolares podrían promover la integración en la escuela primaria y secundaria sin clasificar a las personas en función de su raza y, por lo tanto, sin infringir la Cláusula de Igual Protección. Kennedy mencionó la ubicación estratégica de las nuevas escuelas; el trazado de zonas de asistencia con un reconocimiento general de la demografía de los vecindarios; y la contratación de estudiantes y profesores en un grupo específico. Según Kennedy, ninguno de estos métodos para promover la integración implicaba clasificaciones raciales, o lo que a veces llamaba la «tipificación racial»[49], es decir, decidir si una persona es blanca o afrodescendiente y decirle al solicitante rechazado que es de la raza equivocada: «Lo siento que no seas afrodescendiente» o «Lo siento que no seas blanco»[50]. Sin embargo, reconoció plenamente que estas estrategias alternativas más amplias para promover la integración, al igual que el proceso político y las doctrinas de impacto dispar, violan la norma del daltonismo o no distinción de colores. Al aplicar estas estrategias, los funcionarios del Estado son plenamente conscientes de la raza en el sentido más genérico y adoptan medidas concretas para detener o minimizar una práctica –la segregación escolar– que perjudica especialmente a los afrodescendientes. El juez Kennedy dijo que sería «improbable que cualquiera de [estas estrategias] exigiera un escrutinio estricto para ser considerada permisible» y luego concluyó: «Los poderes ejecutivo y legislativo, que durante generaciones han considerado este tipo de políticas y procedimientos, deberían poder emplearlos con franqueza y confianza de que no se produce una violación constitucional cada vez que un responsable de la toma de decisiones considera el impacto que un determinado enfoque podría tener en los estudiantes de diferentes razas»[51].

Al llegar a esta conclusión, Kennedy estaba, como una cuestión puramente formal, hablando sólo por sí mismo. Sin embargo, los cuatro jueces que disintieron en *Parents Involved* también rechazaron la norma del daltonismo o de no distinción del color. Ellos también creían que no existía una prohibición constitucional de la conciencia de raza y que no había conflicto entre las doctrinas que tenían en cuenta los impactos raciales diferenciales y la protección igualitaria. La principal discrepancia, escrita por el juez Breyer y a la que se unieron los jueces Stevens, Souter y Ginsburg, se dirigió principalmente contra la opinión del presidente de la Corte Suprema Roberts. En ese disenso, Breyer también discrepó con Kennedy, pero sólo con su evaluación del controvertido programa de traslados. Breyer consideraba que Kennedy estaba exagerando la norma que permitía a los funcionarios escolares, al aprobar las solicitudes de traslado, tener en cuenta la raza del solicitante y la raza de los estudiantes que predominaban en la escuela

49. *Id*. en 798
50. Véanse las notas 9-10 *supra* y el texto que las acompaña.
51. *Parents Involved,* 551 U.S. en 789.

a la que el solicitante deseaba asistir. Dado que este entendimiento de las alineaciones entre los jueces es evidente a partir de las opiniones emitidas en *Parents Involved*, es de suponer que el juez Scalia lo conocía cuando, en su concurrencia *Ricci*, emitida sólo dos años después, declaró la guerra, en nombre de la igual protección, a la doctrina del impacto dispar, al principio *Griggs*, a la Ley de Derechos Civiles de 1991, y tal vez incluso la Ley de Derechos Civiles de 1964. En *Ricci*, la opinión de Scalia fue apoyada por el juez Thomas, pero esta era una guerra que Scalia no podía, y presumiblemente sabía que no podía, ganar.

Parents Involved se decidió en 2007. *Ricci* se decidió en 2009. Luego, en 2015, la Corte Suprema, siguiendo el ejemplo de los tribunales de apelación de todos los circuitos que habían considerado la cuestión, amplió la doctrina del impacto dispar del empleo en virtud del Título VII a las demandas de vivienda en virtud del Título VIII de la Ley de Derechos Civiles de 1968. La opinión mayoritaria fue redactada por el juez Kennedy, quien, al igual que hizo en *Ricci*, aprobó el principio *Griggs*. Encontró la prescripción legislativa que exigía *Washington v. Davis* en el Título VIII y en las enmiendas de 1988 a dicha ley[52]. El juez Alito presentó una disidencia objetando la interpretación de Kennedy de estos estatutos. Thomas se unió a esa disidencia, pero también formuló la suya propia, una andanada organizada aproximadamente en torno al tema «*Griggs* ya es suficientemente malo»[53]. Cabe destacar que el juez Scalia no se unió a la disidencia de Thomas. Sin emitir una opinión propia ni hacer comentarios de ningún tipo, Scalia, al igual que Roberts, se unió al disenso de Alito, que, como ya he dicho, se centró en cuestiones de interpretación de la ley. Al parecer, Scalia se rindió en la guerra entre la doctrina de igual protección y la doctrina del impacto dispar que había intentado iniciar en una ocasión.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL RESENTIMIENTO

La Segunda Reconstrucción puede haber comenzado en 1954, con la decisión de la Corte Suprema en el caso *Brown v. Board of Education*, pero se ha extendido hasta bien entrado el siglo XXI e incluso hoy sigue siendo un tema persistente de litigio. A mediados de la década de 1970, la Corte Suprema cambió su postura hacia esa iniciativa. Renunció a su papel de promotor y catalizador y asumió el de policía: Evaluar y supervisar las medidas reconstructivas que habían adoptado otros para mejorar la condición de los afrodescendientes y erradicar la estructura de castas que se desarrolló en los años posteriores al final de la Guerra Civil. Algunas de estas medidas han sido instituidas por gobiernos estatales y locales, otras por instituciones de la sociedad civil

52. *Texas Dep't of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc.,* 576 U.S. 519 (2015).
53. Véase *Id*. en 547.

como las grandes universidades del país, y otras por los poderes políticos del gobierno federal, como se manifiesta en las leyes de derechos civiles que se promulgaron inicialmente en los años sesenta y que han permanecido en vigor y que, en algunos casos, se reformaron en los años ochenta y noventa.

El historial de la Corte Suprema durante esta fase de supervisión es mezclado. Algunas medidas reconstructivas han sobrevivido a la revisión, aunque a menudo con límites recién acuñados. La Corte Suprema ha aprobado el principio *Griggs* como una norma de base legal que exige a los empleadores y a las autoridades de vivienda que adopten políticas y reglamentos que minimicen el impacto dispar adverso sobre los afrodescendientes. El Tribunal ha permitido a las universidades dar a los afrodescendientes un modesto e indeterminado beneficio en el proceso de admisión. Ha respaldado una serie de estrategias –aunque no todas– que los consejos escolares locales podrían utilizar, si así lo decidieran, para promover la integración racial en la educación primaria y secundaria. Son logros significativos pero modestos.

Sorprendentemente, el juez Scalia se opuso rotundamente a todos y cada uno de los gestos de la Corte en apoyo de los derechos civiles y la Segunda Reconstrucción. Para el juez Scalia, los límites que sus colegas impusieron a estas medidas reconstructivas nunca fueron suficientes. Scalia quería una prohibición absoluta y universal del uso de clasificaciones raciales por parte de las autoridades estatales, incluso cuando las utilizaran como parte de un programa para mejorar la situación de las clases desfavorecidas. Al expresar su posición contraria al principio *Griggs*, el juez Scalia fue aún más lejos y exigió que los funcionarios del Gobierno fueran *daltónicos* o no tuvieran en cuenta las consecuencias de sus acciones para los diversos grupos raciales, incluida la clase baja racialmente definida. Negó que la Cláusula de Igual Protección proscribiera leyes que tuvieran el efecto de desfavorecer específicamente a los afrodescendientes y perpetuar su subyugación.

En la expresión de estos puntos de vista, Scalia estaba invariablemente acompañado por Thomas. Aparte de esa alianza, Scalia aparecía como una figura singular en su oposición a programas prominentes de la Segunda Reconstrucción, sobre todo la acción afirmativa y la responsabilidad por impacto dispar. Parecía, al menos en cuestiones de igualdad racial, tan en guerra con sus colegas como con la Segunda Reconstrucción. En algunas ocasiones, sin embargo, Scalia participó en la formación de la mayoría[54].

54. En *Whren v. United States,* 517 U.S. 856 (1996), Scalia escribió la opinión para el Tribunal desestimando una demanda de profiling racial, e interpretó la Cuarta Enmienda de una manera que hacía es difícil que tales reclamaciones prosperen. Convirtió el requisito de causa probable de la Cuarta Enmienda, que limita la emisión de órdenes de detención, en una base totalmente suficiente para hacer legales las detenciones sin orden judicial. También amplió esa norma para cubrir las detenciones derivadas de cualquier infracción de cualquier ley de tráfico, independientemente de si la infracción suponía una amenaza para la seguridad pública, y concluyó que cualquier registro relacionado con una detención de ese tipo sería legal y, por tanto, no estaría sujeto a la norma de exclusión de la Cuarta Enmienda. Sorprendentemente, esta sentencia no provocó ninguna objeción por parte de los liberales que entonces formaban parte del Tribunal y, por tanto, Scalia habló en nombre de una Corte unánime.

Cuando una mayoría se volvió en contra de la reconstrucción, él fue parte de ella. En *BAMN*, por ejemplo, Scalia se unió a Kennedy, Roberts y Alito, e incluso a Breyer, en la defensa de la enmienda de Michigan que prohibía la acción afirmativa de los funcionarios estatales, aunque a continuación repudió la doctrina del proceso político en todas sus formas. Para Scalia, no había límites constitucionales federales a la capacidad de los electorados estatales para negar la significancia práctica de *Grutter*. El pleno impacto de esta postura en la Segunda Reconstrucción dependía del número de Estados que pudieran seguir el ejemplo de Michigan.

El juez Scalia también fue esencial en la formación de la mayoría en el caso *Shelby County v. Holder*, un revés aún más decisivo para la Segunda Reconstrucción[55]. En esa decisión, dictada en 2013, solo un año antes de *BAMN*, el Tribunal anuló una importante disposición de la Ley del Derecho al Voto de 1965, considerada durante mucho tiempo como uno de los logros más significativos de la era de los derechos civiles. Scalia no emitió una opinión separada en el caso *Shelby County*: la opinión mayoritaria fue redactada por el presidente de la Corte Suprema. Sin embargo, Scalia fue uno de los cinco que apoyaron esa sentencia y uno de los cinco que convirtieron la opinión de Roberts en la opinión del Tribunal. Y lo que es aún más significativo, en el transcurso de los argumentos orales en el caso del condado de Shelby, Scalia hizo una declaración sobre la Ley, un breve soliloquio, que reveló una extraña perspectiva hacia ella y, por implicación, hacia la Segunda Reconstrucción en general. Incluso podría explicar su acto fallido en *BAMN*.

La Ley del Derecho al Voto de 1965 prohíbe todas las pruebas y requisitos para votar, ya sea en elecciones estatales o federales, que tengan el propósito o el efecto de impedir que los afrodescendientes voten o de disminuir su capacidad para elegir a los candidatos de su preferencia. También contiene una disposición (Sección 5) que establece un procedimiento que prohíbe a un número limitado de jurisdicciones estatales y locales instituir nuevas regulaciones del voto sin que dichas regulaciones hayan sido aprobadas previamente por el Fiscal General de los Estados Unidos o por un tribunal federal de tres jueces con sede en Washington, D.C. Estos funcionarios federales debían determinar si el cambio propuesto amenazaba con interferir indebidamente en el ejercicio del derecho de voto garantizado por la Ley. Este procedimiento inusual –denominado «autorización previa»– reflejaba la importancia que se concede al derecho de voto en una sociedad democrática y el triste hecho de que durante casi un siglo, tras el fin de la esclavitud y la adopción de las enmiendas Decimocuarta y Decimoquinta, se había impedido a los afrodescendientes, como parte del sistema de castas, el ejercicio de ese derecho de forma sistemática y flagrante. La autorización previa no se diseñó para aplicarse a todos los Estados y localidades, sino sólo a los peores infractores, aquellos

Estoy especialmente agradecido a Charlie Crosby, del seminario «Una comunidad de iguales» de 2020, por mejorar mi comprensión de esta decisión.

55. Condado de Shelby contra Holder, 570 U.S. 529 (2013).

que habían sido culpables de interferencias generalizadas, flagrantes y rampantes con el derecho al voto.

La Sección 4 establecía los criterios para identificar las jurisdicciones estatales y locales cubiertas por el procedimiento de autorización previa. Los abogados del Departamento de Justicia desempeñaron un papel clave en la redacción de la Ley del Derecho al Voto y, basándose en su experiencia en la organización, a principios de la década de 1960, de un extenso y casi monumental programa de litigios diseñado para proteger el derecho al voto, tenían una idea bastante clara de qué jurisdicciones eran las más infractoras: Luisiana, Mississippi, Alabama, Georgia, Carolina del Sur, Carolina del Norte y Virginia[56]. Luego, mediante un proceso de ingeniería inversa, estos abogados desarrollaron una fórmula –la llamada fórmula de cobertura– para identificar, en términos generales, las jurisdicciones que estarían cubiertas por el procedimiento de autorización previa, aunque también se previó el inicio de procedimientos especiales que permitirían a determinadas jurisdicciones salir del procedimiento de autorización previa o ser añadidas a él.

La fórmula de cobertura se centra en las elecciones presidenciales designadas e identifica dos circunstancias que llevarían al Estado o jurisdicción política a estar cubierto. La primera refleja una comprensión derivada del extenso programa de litigios del Departamento de Justicia a principios de la década de 1960, de los dispositivos comúnmente utilizados para privar del derecho de voto a los afrodescendientes. Requiere que el Estado o jurisdicción política haya mantenido en una elección designada una prueba de alfabetización o dispositivo similar (por ejemplo, un requisito de buen carácter o uno que requiera que el aspirante a votante explique determinadas disposiciones constitucionales) como requisito previo para votar. El segundo denota la proposición intuitiva de que la privación masiva del derecho de voto disminuirá la participación electoral. Esta parte de la fórmula de cobertura requiere que menos del 50% de la población en edad de votar en el estado o jurisdicción política esté inscrita para votar o haya votado en las elecciones designadas.

Aunque la ley exige que se satisfagan ambos extremos de la fórmula de cobertura, las consecuencias de ser considerada una jurisdicción cubierta difieren para cada uno de ellos. La propia ley prohíbe las pruebas de alfabetización o dispositivos similares –denominados «pruebas o dispositivos»– en las jurisdicciones cubiertas[57]. Sin embargo,

56. Sobre la importancia de este programa de litigios, véase Landsberg, 2007.

57. Las enmiendas de 1970 a la Ley del Derecho al Voto prohibieron el uso de pruebas de alfabetización y dispositivos similares en todo el país durante un período de cinco años; las enmiendas de 1975 hicieron permanente esta prohibición. Además, las enmiendas de 1975 protegieron a las «minorías lingüísticas». Para ello, el Congreso añadió a la primera parte de la fórmula de cobertura una nueva definición de prueba o dispositivo. En cualquier estado o jurisdicción política donde más del cinco por ciento de los ciudadanos en edad de votar pertenecieran a una única minoría lingüística, el Congreso amplió el significado de «prueba o dispositivo» para abarcar la práctica de proporcionar materiales relacionados con el proceso electoral, incluidas las papeletas, sólo en inglés. Si un estado o jurisdicción política que cumpliera este primer criterio actualizado también cumpliera el segundo criterio de la fórmula

lo que resulta más controvertido es que otra sección de la ley, concretamente la Sección 5, exige que todas las jurisdicciones cubiertas aprueben cualquier cambio en sus leyes o reglamentos que afecten a la votación con la aprobación del Fiscal General o de un tribunal federal con sede en Washington, D.C., antes de que dichos cambios se apliquen o entren en vigor. Este aspecto es el núcleo del procedimiento de autorización previa y el origen de su nombre.

Cuando se aprobó por primera vez la Ley del Derecho al Voto en 1965, la Sección 4 utilizó las elecciones de noviembre de 1964 como punto de referencia para la fórmula de cobertura. Cuando se renovó la Ley del Derecho al Voto en 1970, el punto de referencia se amplió para incluir las elecciones de noviembre de 1968, y cuando se renovó la Ley en 1975, el punto de referencia se actualizó de nuevo para incluir las elecciones de noviembre de 1972. En ese momento, sin embargo, se detuvo el proceso de actualización del punto de referencia. En 1982, el Congreso renovó la fórmula de cobertura por un periodo de veinticinco años sin cambiar el punto de referencia electoral. La Ley volvió a renovarse en 2006 por otro periodo de veinticinco años, y de nuevo no se actualizó el punto de referencia. Como resultado, cuando en 2013 la Ley llegó a la Corte, la fórmula de cobertura del artículo 4 tenía un carácter arcaico, casi obsoleto. La cobertura dependía del uso de pruebas de alfabetización y de los índices de voto en las elecciones de 1964, 1968 y 1972, y parecía muy poco probable que esa fórmula identificara a los peores infractores en la actualidad, casi cincuenta años después. Como dijo sucintamente el juez Stephen Williams, del Tribunal de Apelaciones del Circuito de Washington, D.C., utilizar como medida el número de sentencias contra una jurisdicción por violaciones de la Sección 2 de la Ley demostraba que «las cinco peores jurisdicciones sin cobertura… tienen peores resultados que ocho de las jurisdicciones cubiertas»[58]. La sección 2 prohíbe las regulaciones que tengan el propósito o el efecto de interferir por motivos de raza o color en el ejercicio del derecho al voto o en la elección de un representante de su elección.

Roberts consideró el procedimiento de autorización previa de la Ley del Derecho al Voto desde el prisma de lo que denominó el principio de Igualdad de Soberanía. No trató de anclar este principio en la Cláusula de Igual Protección o en las Enmiendas Decimocuarta y Decimoquinta, ni en ninguna cláusula o disposición concreta de la Constitución. Surgió en cambio, al igual que el principio que exige la separación de poderes, de la propia estructura de la Constitución. Roberts habló de «nuestra tradición histórica de que todos los Estados gozan de igual soberanía» y se refirió repetidamente a la Igualdad de Soberanía como un «principio fundamental»[59]. Vista como una restric-

de cobertura, quedaría cubierto por la Sección 4. Véase la Ley de 6 de agosto de 1975, Pub. L. No. 94-73, 89 Stat. 400 (codificada en 52 U.S.C. § 10101).

58. *Shelby County v. Holder,* 679 F.3d 848, 897 (D.C. Cir. 2012), rev'd, 570 U.S. 529 (2013), *vacated and remanded*, 541 F. App'x 1 (D.C. Cir. 2013) (Williams, J., disenso).

59. *Shelby County*, 570 U.S. en 540, 542, 544 (2013) (citando Nw. Austin Mun. Austin Mun. Dist. No. 1 v. Holder, 557 U.S. 193, 203 (2009)).

ción al poder del Congreso, la Igualdad de Soberanía no negaba al gobierno federal el poder de diferenciar entre los Estados y sus partes constituyentes. Sólo exigía que este trato diferenciado estuviera claramente justificado, como cuando el gobierno federal dirige la ayuda para huracanes sólo a Luisiana porque ésta y sólo ésta ha sido azotada por un huracán devastador. Del mismo modo, la Soberanía Igualitaria permitiría presumiblemente que los peores infractores –aquellos con antecedentes que indiquen violaciones generalizadas y flagrantes de la Decimoquinta Enmienda– sean señalados y sometidos a procedimientos como la autorización previa de la Sección 5.

En 1965, la fórmula de cobertura establecida en la Sección 4 pudo haber funcionado correctamente, pero, según Roberts, no en 2013. Ya no funcionaba para identificar las circunstancias especiales que justificarían ese trato diferenciado. Partiendo de esta premisa, Roberts se pronunció únicamente sobre el artículo 4 y, para dejarlo bien claro, añadió: «No nos pronunciamos sobre el artículo 5 en sí, sino únicamente sobre la fórmula de cobertura. El Congreso puede redactar otra fórmula basada en las condiciones actuales»[60]. Dadas las marcadas divisiones partidistas en el Congreso cuando se dictó la sentencia del caso Shelby, había muchas razones para dudar de que el Congreso pudiera, como cuestión puramente práctica, reactivar el artículo 5 mediante la adopción de una nueva fórmula de cobertura, por ejemplo, en la línea de la norma utilizada por el juez Williams. Pero eso parecía irrelevante desde el punto de vista jurídico para algunos, o quizá todos, los miembros de la mayoría. Se negaron a permitir que una valoración tan pragmática de la política del momento se convirtiera en motivo para perdonar o pasar por alto lo que les parecía una violación de un principio constitucional fundamental. Al parecer, la mayoría tampoco estaba dispuesta a considerar la disposición de la Ley que permite a las jurisdicciones cubiertas salir del procedimiento de autorización previa –la llamada disposición de rescate– como un correctivo adecuado para la insuficiencia de la fórmula de cobertura en sí. El condado de Shelby no solicitó un rescate y, según los términos de la ley, claramente no tenía derecho a ello. En un caso anterior, Roberts se quejó de los estrictos requisitos impuestos por la ley para obtener un rescate, aunque es dudoso que una relajación de esos requisitos hubiera salvado la fórmula de cobertura. La mayoría en *Shelby County* pudo incluso haber considerado la necesidad de que un número selecto de estados solicite un rescate como una ofensa a la Igualdad de Soberanía.

El juez Thomas se unió a la opinión de Roberts, pero quiso ir más allá. En una opinión separada indicó que él habría invalidado la Sección 5. Como si estuviera participando en una audiencia del Senado, Thomas concluyó que, en las condiciones actuales, nunca podría establecerse el abuso de los derechos de voto que podría justificar la autorización previa. Scalia no se sumó a la opinión de Thomas, sino que expresó su rabia de otra manera –en el transcurso de la argumentación oral, una fase de los procedimientos judiciales en la que Scalia suele mostrar gran interés y deleite. La mayoría de los jueces

60. *Id*. en 557

utilizan esta fase de los procedimientos del Tribunal, que suelen ser relativamente cortos, como una oportunidad para aclarar una cuestión en el expediente, o para resolver una duda sobre la posición de una parte. No el juez Scalia. Parecía especialmente atraído por la posibilidad de polemizar con los abogados, aunque dada su elevada posición –tenía el poder de decidir– atormentar podría ser una palabra más apropiada para describir la interacción de Scalia con los abogados que estaban ante él. En términos más generales, Scalia utilizaba los alegatos orales como una oportunidad para transmitir sus opiniones al público, no sólo a los visitantes ocasionales de la exaltada sala del tribunal, sino también a los numerosos reporteros que se sientan en esa sala y luego dan cuenta de los procedimientos a través de diversos medios de comunicación. El juez Scalia también era consciente de que lo que dijera sería transcrito y conservado. No hay momento sin vigilancia. Scalia tendía a tratar los argumentos orales como una plataforma más para exponer sus puntos de vista, como si se tratara de una falsa concurrencia, similar a sus votos particulares en *BAMN* o *Ricci*, sólo que para un público más amplio y expresados de una manera mucho más informal y elusiva.

El éxito de la Ley del Derecho al Voto de 1965 es legendario. Poco después de que fuera aprobada por el Tribunal Supremo, en el caso *South Carolina v. Katzenbach*[61], el registro de afrodescendientes aumentó en casi un millón en diez estados del sur, y en más de 850.000 sólo en las jurisdicciones cubiertas por el procedimiento de autorización previa.[62] La Oficina del Censo también informó de que en las elecciones de 1968 votaron unos 500.000 afrodescendientes más que en las elecciones de 1964 en los estados del sur.[63] Esto supuso un enorme paso adelante en la realización progresiva de la aspiración democrática de la nación y en la redención de la promesa de la Decimoquinta Enmienda. Scalia parecía ser de otra opinión. Al final del argumento oral, Scalia se enfrentó al Procurador General, que había defendido la Ley, con una interpretación alternativa de los logros de la Ley. Scalia consideraba que creaba un «derecho racial», no un derecho legal, no un derecho igualitario, no un derecho democrático, sino un derecho racial. Al caracterizar la Ley del Derecho al Voto de este modo, Scalia dejó de lado los elevados fines públicos de la Ley y se refirió a ella como si no fuera más que un ejercicio de política de grupos de interés. Según este punto de vista, la Ley otorgaba a un grupo concreto un beneficio tangible que no se le podía arrebatar fácilmente, aunque hubiera buenas razones para hacerlo. Siguiendo esta línea de análisis, Scalia llegó incluso a burlarse de los fines públicos más amplios –democracia, igualdad– a los que sirve esta

61. *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966).

62. Véase *United States Commission on Civil Rights*, 1968. Los diez estados del sur descritos en el informe de la Comisión son Alabama, Arkansas, Florida, Georgia, Luisiana, Missisippi, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Tennessee y Virginia. De ellos, Alabama, Georgia, Louisiana, Mississippi, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Virginia eran las jurisdicciones de autorización previa originales, cubiertas en virtud de la fórmula de la Sección 4 aplicada a las elecciones de 1964. En 1967 estos siete estados originales contaban con 771.426 nuevos votantes afrodescendientes registrados.

63. Véase Census Bureau, 1968; véase también Census Bureau, 2019.

ley: «Incluso el nombre es maravilloso: la Ley del Derecho al Voto. ¿Quién va a votar en contra en el futuro?»[64].

Scalia avanzó la idea del «derecho racial» en el condado de Shelby con un propósito muy específico: desacreditar el proceso legislativo y explicar por qué sería un error confiar en él para subsanar cualquier defecto que pudiera tener la Ley del Derecho al Voto. Como dijo: «Siempre que una sociedad adopta derechos raciales, es muy difícil salir de ellos a través de los procesos políticos normales». Scalia no reivindicó la originalidad de la idea. Como dijo: «Ya se ha escrito sobre ello». De hecho, él mismo había escrito sobre ello en 1979, en un artículo en el que criticaba la entonces reciente decisión *Bakke* sobre la acción afirmativa[65]. Por aquel entonces, Scalia aún no se había convertido en juez (el presidente Ronald Reagan lo nombró miembro del Tribunal de Apelaciones del Circuito de Washington D.C. en 1982). Entonces era profesor en la Universidad de Chicago, y es de suponer que se basó en el trabajo anterior de los científicos sociales, en particular bajo el influjo de la economía, que introdujeron la idea del «derecho racial» y que definieron su misión académica de una manera muy especial: Sólo buscan explicar el comportamiento humano y están dispuestos a que sus explicaciones sean juzgadas por la exactitud de las predicciones que generan. Los científicos sociales de este tipo no pretenden ofrecer una descripción completa de un fenómeno social. Más bien intentan identificar alguna característica fácilmente medible de una situación social y convertirla en la base de un cierto número de predicciones. Aspiran a un cierto reduccionismo y tratan esta característica fácilmente medible como si fuera lo único que importara.

Los jueces no son, para subrayar lo obvio, científicos sociales. Aunque los jueces necesitan basar sus decisiones en información precisa, no hay ninguna virtud en el reduccionismo apreciado por los científicos sociales orientados a la economía ni en basar sus decisiones en alguna característica fácilmente medible de una situación social. Su trabajo no consiste en generar predicciones comprobables, sino de hacer lo que es justo,

64. He aquí la declaración de Scalia en el argumento oral:

«Creo que [la repetida promulgación de la VRA en el Congreso] es atribuible, muy probablemente atribuible, a un fenómeno que se llama perpetuación del derecho racial. Se ha escrito sobre ello. Cuando una sociedad adopta derechos raciales, es muy difícil salir de ellos a través de los procesos políticos normales. No creo que ningún senador gane nada votando contra la continuación de esta ley. Y estoy bastante seguro de que se volverá a promulgar a perpetuidad, a menos que… un tribunal puede decir que no se ajusta a la Constitución. Hay que demostrar, cuando se trata a diferentes Estados de manera diferente, que hay una buena razón para ello. Esa es la preocupación de aquellos de nosotros que tenemos algunas dudas sobre este estatuto. Es una preocupación de que este no es el tipo de cuestión que se puede dejar al Congreso. Hay ciertos distritos en la Cámara que son distritos negros 'por ley' justo ahora. E incluso los senadores de Virginia, no tienen interés en votar en contra de esto. El gobierno estatal no es su gobierno, y van a perder… votos si no vuelven a promulgar la Ley del Derecho al Voto. Hasta su nombre es maravilloso: La Ley del Derecho al Voto. ¿Quién va a votar en contra en el futuro?».

Transcripción del alegato oral, 51:48-53:12*, Shelby County*, 570 U.S. 529. Estoy especialmente agradecido a Andrea de Sa, del seminario «Una comunidad de iguales» de 2020, por llamarme la atención inicialmente sobre este intercambio.

65. Scalia, 1979.

y para cumplir con esa responsabilidad los jueces deben comprender plenamente toda la dinámica social y los fines públicos que podrían explicar en la aprobación o aplicación de una ley. Por esa razón, yo diría que el uso que hace Scalia de la idea de «derechos raciales» es una apropiación indebida. Para los jueces, el reduccionismo nunca es una virtud, aunque a veces puede ser apropiado cierto grado de realismo.

Cada vez que se pide a un tribunal que juzgue la constitucionalidad de un acto legislativo, debe enfrentarse a lo que Alexander Bickel llamó en su día «la dificultad contramayoritaria»: la posibilidad de que funcionarios no elegidos dejen de lado el trabajo de una institución elegida por la mayoría de los ciudadanos.[66] La democracia no se reduce al mayoritarismo, pero la cualidad contramayoritaria de la revisión judicial es una razón para que un tribunal sea vacilante y comedido. El Tribunal Supremo reconoció este precepto cuando, a finales de la década de 1930, dio marcha atrás en su postura sobre el New Deal y se mostró más receptivo a la legislación dirigida a la recuperación económica. Con ese espíritu, el juez Harlan Stone, que pronto se convertiría en Presidente de la Corte Suprema, anunció en el caso *Carolene Products* de 1938 que las reglamentaciones económicas tienen derecho a una «presunción de constitucionalidad»[67].

Sin embargo, Stone tuvo cuidado de limitar el alcance de esta presunción y, al hacerlo, introdujo un elemento de realismo. En una nota a pie de página (nota 4), Stone indicó que podría haber motivos para adoptar una actitud más escéptica hacia la legislación que afectara negativamente a lo que él denominó «una minoría discreta e insular»[68]. El riesgo de que los intereses de un grupo de este tipo no estuvieran adecuada o justamente representados en el proceso legislativo era elevado. Al esculpir esta excepción a la presunción de constitucionalidad, el juez Stone, quizá con la vista puesta en el futuro, podría haberse anticipado a las decisiones sobre derechos civiles de la década de 1940 y al propio caso *Brown v. Board of Education*, así como a su progenie. De hecho, decisiones como *Reitman, Hunter* y *Seattle*, que sustentan la doctrina del proceso político, bien podrían basarse en la nota 4 y en el realismo sobre el proceso político que introdujo.

Ciertamente, la jueza Sotomayor así lo creía, y se basó en la nota 4 de *Carolene Products* en su disidencia en *BAMN*. Scalia vio la nota 4 de forma diferente. En su opinión en el caso *BAMN*, escribió, con cierto desdén: «La disidencia saca a relucir la sierra vieja, derivada del dictum en una nota a pie de página, que la legislación motivada por 'prejuicios contra minorías discretas e insulares' merece 'un escrutinio judicial más exigente'»[69]. Es cierto que el poder político de los afrodescendientes ha cambiado desde 1938. En el momento en que se dictó la sentencia *BAMN*, los afrodescendientes

66. Véase Bickel 1962.
67. *United States v. Carolene Products Co.,* 304 U.S. 144, 148 (1938).
68. *Id*. en 153
69. *BAMN*, 572 U.S. en 325.

podrían haber sido capaces de formar coaliciones con otros grupos de interés y, por tanto, ya no podrían ser considerados propiamente como «insulares» en el sentido que Stone imaginaba. Pero Scalia no tuvo en cuenta los impedimentos reales a los que se enfrentaban y siguen enfrentándose los afrodescendientes en los procesos políticos, especialmente en los referéndums, que se rigen por una mayoría de votos a nivel estatal. Estos impedimentos surgen del hecho de que los afrodescendientes son una minoría numérica y carecen de la riqueza o el poder económico de aquellos cuyos intereses podrían considerarse amenazados por la acción afirmativa.

En *BAMN*, Scalia no tuvo en cuenta estos factores que limitan el poder político de la comunidad afrodescendiente antes de descartar la nota 4 como «*dictum*» y «sierra vieja». Fue incluso más lejos en *Shelby County* cuando invocó la teoría del «derecho racial» para desacreditar el «proceso político normal». Lejos de ver a los afrodescendientes como víctimas del mayoritarismo, Scalia sugirió allí que, gracias a la Ley del Derecho al Voto, los afrodescendientes tienen una medida inapropiada de poder en ese proceso. El realismo puede ser, a los ojos de Scalia, una virtud, pero el realismo selectivo del que hizo gala en *BAMN* y el año anterior en el condado de Shelby es de otro carácter totalmente distinto. El realismo selectivo distorsiona la verdad y se basa en una premisa tácita que guía la selección. También transmite un cierto desprecio por los propósitos y logros públicos de la Ley del Derecho al Voto.

El desprecio de Scalia no se refería a las disposiciones de la ley que protegían el derecho al voto, en concreto las que eliminaban los requisitos y pruebas de registro que durante tanto tiempo habían impedido a los afrodescendientes participar en el proceso electoral. También trató de menospreciar las enmiendas de 1982 a la Ley del Derecho al Voto, que pretendían proteger a las comunidades afrodescendientes de prácticas electorales perniciosas que les negaban el derecho a elegir a sus representantes. Una de esas prácticas dividía a esas comunidades entre una serie de distritos electorales (lo que los abogados de derechos civiles llamaban «*craqueo*»); otra diluía el poder de esas comunidades al pasar de distritos uninominales a distritos plurinominales, en los que la mayoría de los votantes de los distritos más grandes, y predominantemente blancos, tendrían derecho a elegir a todos los miembros de un consejo representativo. Las Enmiendas de 1982 pretendían corregir una interpretación de la Ley de 1965 realizada por la Corte Suprema en 1980 y, de forma muy similar a la Ley de Derechos Civiles de 1991, lo hicieron restableciendo y codificando una decisión del Tribunal dictada a principios de la década de 1970. En 1986, poco antes de que Scalia fuera nombrado miembro del Tribunal, la Corte Suprema confirmó las enmiendas de 1982 a la Ley del Derecho al Voto y estableció normas para orientar su aplicación y evitar abusos[70].

En su andanada de *Shelby County*, Scalia desestimó despectivamente –aunque no por su nombre– todos estos esfuerzos legislativos y judiciales para crear una «protección»[71]

70. *Thornburg v. Gingles*, 478 U.S. 30 (1986).
71. *Id.* en 83 (White, J., concurrente)

contra la polarización racial y los antagonismos que durante tanto tiempo habían infectado la política electoral estadounidense y que, en su mayor parte, habían perjudicado a las comunidades afrodescendientes. Expresó la opinión de que una decisión sobre la continuación o incluso la corrección de la Ley del Derecho al Voto «no es el tipo de cuestión que se puede dejar en manos del Congreso» porque, según expresó, «hay ciertos distritos en la Cámara de Representantes que son distritos afrodescendientes 'por ley' ahora mismo»[72].

Scalia no vio justicia en la Ley del Derecho al Voto. Todo era una cuestión de política de grupos de interés. Se aumentó el poder electoral de un grupo, y eso tuvo el efecto inevitable de disminuir el poder de otros grupos, algunos de los cuales también pueden ser definidos por criterios descriptivos. Es probable que esta interpretación de la Ley del Derecho al Voto genere resentimiento: No el resentimiento mezquino que podría pertenecer a un miembro de un grupo cuyo poder electoral no ha aumentado y, de hecho, sólo ha disminuido, ni el resentimiento de quienes afirman que están siendo tratados injustamente, sino más bien el resentimiento que podría pertenecer a un profesional dedicado a la justicia y a la Constitución. Es el resentimiento de la traición. Los que propusieron y promulgaron la Ley del Derecho al Voto pueden haber proclamado que estaban promoviendo la justicia y haciendo de la Constitución una verdad viva. Sin embargo, si, como lo vio Scalia, todo es política de grupos de interés –un grupo compitiendo por el poder contra otros– las pretensiones de justicia y fidelidad a la Constitución aparecen como una farsa. La insistencia de los promotores de la medida en que es algo más –que lo exige la justicia– sería una pretensión. Más aún, sería una transgresión de su sagrado deber para con la Constitución, y sería probable generar ese sentimiento de resentimiento que anima y convierte implícitamente la intervención de Scalia en *Shelby County.*

La Ley del Derecho al Voto, como he dicho antes, ha sido considerada durante mucho tiempo como una de las disposiciones más importantes y convincentes de la Segunda Reconstrucción. Pretendía poner fin a la privación masiva de derechos de los afrodescendientes y a la corrupción del proceso electoral que surgió tras el colapso de la Primera Reconstrucción en la década de 1870 y que pronto se convirtió en parte integrante de la dinámica que dio lugar al sistema de castas y lo perpetuó. Si Scalia no veía justicia en la Ley del Derecho al Voto, y la consideraba nada más que un instrumento de la política de grupos de interés, era poco probable que viera justicia en medidas reconstructivas más modestas –por ejemplo, el principio *Griggs*– que se instituyeron a finales de la década de 1960 y principios de la de 1970. Sabemos por su artículo de 1979 que veía la acción afirmativa en las admisiones universitarias en términos similares: nada más que un intento de aumentar la parte de las escasas oportunidades de que disfrutaban los afrodescendientes. El esfuerzo por defender la acción afirmativa y el principio *Griggs* en términos más elevados le ofendió especialmente y generó el mismo

72. Transcripción del alegato oral en 52:36-52:51, *Shelby County*, 570 U.S. 529

sentimiento de resentimiento que gobernó su respuesta a la Ley del Derecho al Voto. El problema no era una u otra medida, sino la Segunda Reconstrucción en sí misma.

Fue esta perspectiva de la Segunda Reconstrucción la que condujo, en mi opinión, a la extraña declaración de guerra de Scalia contra el principio *Griggs* y la ley que lo confirmaba, concretamente la Ley de Derechos Civiles de 1991, y quizá incluso la ley que le dio origen, la Ley de Derechos Civiles de 1964. Para reducir las diferencias entre blancos y afrodescendientes en cuanto a tasas de desempleo e ingresos, el principio *Griggs* obligaba a los empleadores a utilizar normas que minimizaran el impacto adverso dispar sobre los afrodescendientes. El juez Scalia, viendo este desarrollo a través del prisma del «derecho racial», podría haber considerado este principio y las leyes de derechos civiles como nada más que dispositivos para aumentar el número de puestos de trabajo y promociones asignados a un grupo de interés. Scalia emitió su declaración de guerra contra el principio *Griggs* y la doctrina del impacto dispar en su voto particular en *Ricci v. DeStefano* en 2009, incluso después de que una mayoría hubiera rechazado, dos años antes en *Parents Involved,* las premisas en las que se basaba. Abandonó silenciosamente esta campaña en 2015, cuando una mayoría del Tribunal volvió a afianzar el principio como un requisito de justicia y lo extendió del empleo a la vivienda. Hablando en nombre de la mayoría en ese caso, el juez Kennedy consideró que la doctrina del impacto dispar desempeñaba un papel importante en la eliminación de los obstáculos a la vivienda que, de otro modo, podrían afectar a los afrodescendientes evitando así «la sombría profecía» de la Comisión Kerner[73]. Esta Comisión, nombrada por el presidente Johnson inmediatamente después de los disturbios en Detroit en julio de 1967, había advertido al publicar su informe en febrero de 1968: «Nuestra nación avanza hacia dos sociedades, una negra y otra blanca, separadas y desiguales»[74]. Scalia disintió sin chistar.

La misma sensación de resentimiento que generaron la Ley del Derecho al Voto y el principio *Griggs* podría explicar también gran parte de la hostilidad del juez Scalia hacia la acción afirmativa y, en particular, su opinión en el caso *BAMN*. Llevaba mucho tiempo negándose a permitir, bajo ningún concepto, las preferencias basadas en la raza para los afrodescendientes en las admisiones universitarias, ya fuera como técnica para garantizar los beneficios educativos derivados de un alumnado diverso o como estrategia de justicia diseñada para erradicar las castas. Anunció su campaña contra la acción afirmativa y *Bakke* en su artículo de la revista jurídica de 1979 y continuó esa campaña en el banquillo. Finalmente, perdió la batalla en la decisión *Grutter* de 2003 y, como resultado, en las primeras décadas del siglo XXI la acción afirmativa sobrevivió y llegó a considerarse un rasgo destacado de la Segunda Reconstrucción. La primera línea de la opinión de Scalia sobre la *BAMN* refleja su exasperación con la Segunda Reconstrucción: «Hemos llegado a esto». Scalia comprendió perfectamente que la

73. *Inclusive Communities,* 576 U.S. en 546.
74. *National Advisory Commission On Civil Disorders,* 1968.

enmienda constitucional de Michigan en cuestión en *BAMN* creaba una nueva forma de limitar, en la práctica, los efectos de *Grutter*, y adoptó plenamente esta estrategia. De hecho, para evitar que esta estrategia de oposición fuera denegada por jueces que intentaran proteger a los afrodescendientes de las vicisitudes de los referéndums o iniciativas a nivel estatal, normalmente realizados mediante votaciones secretas y controlados por mayorías predominantemente blancas, Scalia convirtió *BAMN* en una plataforma para repudiar todas las formas de la doctrina del proceso político.

Scalia fue implacable en su oposición a la Segunda Reconstrucción. Se opuso a la acción afirmativa, al principio *Griggs*, a la doctrina del proceso político, a las medidas para ampliar la distribución del derecho de sufragio, a la protección adicional proporcionada al derecho de voto mediante la autorización previa, e incluso a las normativas diseñadas para dar a las comunidades afrodescendientes la oportunidad de elegir a los representantes de su elección. No importaba si la medida concreta había sido instituida por las universidades, el poder judicial federal, los gobiernos estatales y locales, el poder ejecutivo, el poder judicial federal o incluso el Congreso de los Estados Unidos. No veía justicia en nada de eso, sólo el poder de un grupo de interés, y le molestaban quienes decían lo contrario.

A veces, Scalia basaba su oposición en precedentes, sobre todo en una lectura extravagante de *Washington v. Davis*, aunque su disposición general a repudiar precedentes y a desestimar el trabajo y las opiniones de los jueces con los que no estaba de acuerdo era casi impresionante. En la mayoría de los casos, sin embargo, Scalia reivindicó la autoridad de la Constitución pura[75]. En una ocasión, al unirse a la mayoría en *Shelby County*, se basó en el principio de igualdad de soberanía. En la mayoría de sus posturas, basó su oposición a la Segunda Reconstrucción en la Cláusula de Igual Protección.

Para convertir la Cláusula de Igualdad de Protección en un motivo para oponerse a la reconstrucción, Scalia tuvo que negar su propósito fundamental: proteger la libertad recién adquirida por los afrodescendientes. Separado de sus raíces históricas, el juez leyó la Cláusula de Igual Protección para prohibir en su totalidad, y sólo para prohibir, la conciencia racial y las clasificaciones raciales, sea cual sea el propósito que estas prácticas puedan tener o la consecuencia que puedan causar. Las palabras de la Cláusula de Igual Protección no se acomodan fácil o naturalmente a una regla tan prístina y absoluta, así que en ocasiones, como vimos en *BAMN*, Scalia se las inventó, he de suponer que irreflexivamente. Freud prometió una vez que si prestábamos atención a los deslices e indagábamos en la dinámica subyacente que los producía, descubriríamos una verdad más amplia. Dudo que alguna vez imaginara que la verdad revelada consistiría en una especie de jurisprudencia.

75. Véase *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey,* 505 U.S. 833, 984, 1000 (1992).

BIBLIOGRAFÍA

Bickel, A., (1962). *The Least Dangerous Branch*. Bobbs-Merrill.

Biskupic, J., (2014). *Breaking In: The Rise of Sonia Sotomayor and the Politics of Justice*. Farrar, Straus and Giroux.

Brennan, W., (1985). The Constitution of the United States: Contemporary Ratification. *University of California Davis Law Review*, (19), 2-14.

Census Bureau, (1968). *Characteristics of Persons of Voting Age: 1964 To 1968.* United States Government Printing Office.

Census Bureau (2019). *Reported Voting Rates in Presidential Election Years, by Selected Characteristics*.

Diver, C., (2004). From Equality to Diversity: The Detour from Brown to Grutter. *University of Illinois Law Review*, (3), 691.

Fiss, O., (1976). Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, (5) 107-177.

Fiss, O., (1997). Affirmative Action as a Strategy of Justice. *Philosophy and Public* Policy, (17), 37-38.

Fiss, O., (2021). The Law of Narrow Tailoring. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, (23), 879.

Kronman, A., (2019). *The Assault on American Excellence*. Free Press.

Landsberg, B. K., (2007). *Free at Last to Vote: The Alabama Origins of The 1965 Voting Rights Act*. University Press of Kansas.

National Advisory Commission on Civil Disorders (1968). *Report of the National Advisory Commission on Civil Disorders.* Dutton & Co.

Reyes, K., (2018, 27 de diciembre). Affirmative Action Shouldn't Be About Diversity *The Atlantic*.

Scalia, A., (1979). The Disease as Cure: «In Order to Get Beyond Racism, We Must First Take Account of Race». *Washington University Law Quarterly* (1979), 147-157

Siegel, R., (2011). From Colorblindness to Antibalkanization. *Yale Law Journal*, (120), 1278.

United States Commission on Civil Rights (1968). *Political Participation: A Study of The Participation of Negroes In The Electoral and Political Processes In 10 Southern States SInce Passage of The Voting Rights Act of 1965.* United States Government Printing Office.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 81-107
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.2

Hegel sobre la otra propiedad

Hegel on the Other Property

Enzo Solari Alliende

Autor:
Enzo Solari Alliende
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile
enzo.solari@pucv.cl
https://orcid.org/0000-0002-5713-761X

Recibido: 20/06/2022
Aceptado: 24/01/2023

Citar como:
Solari Alliende, Enzo (2024). Hegel sobre la otra propiedad *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 81-107. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.2

Agradecimientos:
El autor, profesor de teoría jurídica y filosofía del derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), agradece los comentarios y críticas que realizaron a una versión preliminar de este texto los evaluadores anónimos de Doxa y los participantes del Seminario «La Filosofía del Derecho de Hegel», realizado en enero de 2022 en la PUCV.

Financiación:
Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto Fondecyt Regular N.º 1180584.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Enzo Solari Alliende

Resumen

Hegel examina, a propósito del derecho abstracto, no solo la clásica propiedad de las cosas meramente exteriores, distintas de cuerpo y espíritu, sino también una propiedad distinta e intensamente personal, la del espíritu, el cuerpo y la vida. Junto con analizar las peculiaridades y limitaciones de esta propiedad (sobre todo en relación con el suicidio y la esclavitud), el posible tránsito (sea puramente fáctico, sea éticamente justificable) entre la una y la otra, y el sentido de que el cuerpo y la vida sean algo en lo que la persona es y a la vez sean algo que ella posee si y solo si los quiere, este texto indaga en las fuentes de la propiedad espiritual, así como en las posibilidades que abre un tratamiento de cuerpo y vida de corte fenomenológico pero ya no hegeliano.

Palabras clave: auto-propiedad; cuerpo; vida; esclavitud; fenomenología.

Abstract

Hegel examines, regarding abstract right, not only the classical property of merely external things, as distinct from body and spirit, but also a distinct and intensely personal kind of property: that of spirit, body, and life. This paper, along with analyzing the peculiarities and limitations of this property (especially in its relation to suicide and slavery), the possible transit (be it purely factual, be it ethically justifiable) between one and the other, and the sense in which body and life can be considered as something a person is, and at the same time as something that this person possesses, if and only if they want them as such; also investigates the sources of spiritual property, as well as the possibilities opened up by a phenomenological but no longer Hegelian treatment of body and life.

Keywords: Self-ownership; body; life; slavery; phenomenology.

I. INTRODUCCIÓN

El caballo Jolstomer, en *La historia de un caballo* de Tolstói, decía que el de propiedad (de lo «mío» y lo «tuyo») es «un instinto humano bajo y animal», tanto así que los humanos afirman torpemente que un animal como él, «en vez de pertenecerle a Dios y a [sí] mismo, como es propio de todo ser viviente», le pertenecería a su dueño humano[1].

Este vislumbre de una pertenencia propia, de una autoposesión, de una propiedad de sí (*self-ownership*), es algo que Hegel desarrolla bajo la denominación de «propiedad espiritual (*geistiges Eigentum*)», también de «propiedad de sí mismo (*Eigenthum seiner selbst*)»[2]. En el §43 de sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts*[3], en efecto, y cuando trata del derecho abstracto, se refiere a dos formas de propiedad, una esa propiedad espiritual, otra que denomina «propiedad jurídico-legal (*juristisch-rechtliches Eigentum*)», y a un tránsito (Übergang) entre ambas. Quisiera aclarar la noción de la propiedad espiritual, en contraste con la de propiedad jurídica, el sentido de su tránsito, y sugerir finalmente alguna cuestión tanto acerca de su genealogía como acerca de su fenomenología.

II. LA PROPIEDAD JURÍDICO-LEGAL

En un texto anterior traté de la apropiación jurídico-legal de cosas meramente exteriores, pero dejando fuera de consideración a la propiedad espiritual[4]. Entonces, decía que la propiedad en su sentido más convencional, la propiedad jurídico-legal que recae sobre las cosas exteriores, es delineada por *Grund.* en el derecho abstracto y formal de la persona, ese derecho que es la existencia inmediata que se da la libertad y una de cuyas manifestaciones jurídicas más abstractas es precisamente la propiedad. Afirmaba allí que, cuando menos, la versión hegeliana de la propiedad en su sentido más tradicional

1. Tolstói, 2018: 46-48.
2. Como decía ya en 1818-1819: Hegel, 2013: 260 (§29).
3. En adelante también «*Grund*». Utilizo Hegel: 2017, que reproduce el texto de las *Gesammelte Werke* Vol. 14, pero para las selecciones de los *Zusätze* de Hotho y Griesheim uso en cambio Hegel: 1986; y para la versión castellana recurro a la traducción de M. del Carmen Paredes, y ocasionalmente a la de J. Abellán, tomándome aquí y allá algunas licencias.
4. En una nota al pie, sugería allí que la apropiación del propio cuerpo es un tema importante pero para tratar en otra ocasión, ya que presenta nítidas diferencias con la apropiación general de las cosas exteriores: Solari, 2021: 151 n. 4. Remitía entonces, entre otros, a Xifaras, 2004: 63-79, quien también toma como tema de investigación a la persona como propiedad de sí o interna, pero en una dirección distinta de la que aquí ensayo, pues explora la noción de patrimonio personal, remitiendo a Heineccius, usando la noción de propiedad privada plena o *dominium in plena potestas* para luego relativizarla y limitarla mediante el recurso al patrimonio individual con bienes personales inalienables y el recurso al patrimonio ya no abstracto sino ético de personas morales (familia, corporación, Estado) con bienes cuyo uso efectivo es común.

incluye las siguientes tesis: a) La propiedad de cosas exteriores implica a la persona en cuanto voluntad libre en sí y para sí, así como el imperativo jurídico de ser persona y de respetar la personalidad ajena. b) Ahora bien, la existencia natural de la persona está parcialmente en ella, pero también parcialmente es un mundo exterior para ella. c) En este sentido, la propiedad vincula racionalmente a la persona con una esfera externa para su libertad y con una cosa exterior que otorga realidad a la libertad, aunque una realidad solamente primera. d) Tal esfera externa del espíritu libre es algo inmediato y distinto: es una cosa sin libertad ni personalidad ni derechos. e) Hay, según Hegel, un derecho personal absoluto a apropiarse cualquier cosa, a poner la voluntad en una cosa haciéndola propia. f) En virtud de esta propiedad jurídicamente determinada, la voluntad libre es para sí en la posesión, siendo así objetivamente, y solo de esta manera es una voluntad real efectiva. g) La objetivación externa de la voluntad a través de la propiedad exige alguna apropiabilidad privada, sin que ello excluya la posibilidad (incluso la necesidad) de la propiedad común[5].

III. DISTINCIONES PREVIAS

La cuestión de la propiedad espiritual, a diferencia de la jurídico-legal, requiere formular previamente dos distinciones (ambas de *Grund.*) y un recordatorio (proveniente sobre todo de la *Enzyklopädie*[6]), que son sus condiciones de inteligibilidad. Por un lado, es preciso distinguir entre derecho abstracto y derecho en toda su amplitud, porque los dos tipos de propiedad se plantean ya abstractamente, pero no por ello dejan de

5. Solari, 2021: 155. Claro que hay más por decir y por discutir, según añadía en ese artículo previo: «(i) por su primera, formal y abstracta aparición, la propiedad es la objetivación externa de la voluntad libre mediante la apropiación (común o privada) de cosas exteriores; (ii) por su aparición fenomenológica, la propiedad no solamente mienta todo un mundo dado ya de antemano y al cual está referido el agente de praxis *a nativitate*, sino también la diferencia absoluta entre personas y cosas así como el problema protoeconómico del acceso (sea del tipo que sea) de aquellas a estas mediante actos y distintas configuraciones de los mismos; (iii) por su estatuto ontológico y normativo, la propiedad que es racionalmente necesaria para la libre personalidad supone (y se manifiesta a través de) el reconocimiento –o respeto– de las autoconciencias tanto en su fase más abstracta como en sus configuraciones éticas más concretas, y esto aun cuando la noción de reconocimiento y de espíritu objetivo sean construcciones algo pesadas y mejorables con una detalladísima analítica descriptiva –tanto filosófica como empírica– sea de la endopatía que permite el surgimiento del otro y que constituye la intersubjetividad, sea de los actos compartidos y la intencionalidad conjunta y a la vez colectiva apreciable en niveles ontogenéticos incluso prelingüísticos y en su posterior desarrollo en sistemas de normas e instituciones; y (iv) por esta su cara política y especialmente distributiva, la propiedad no rechaza el formalismo típico del derecho privado en tanto que asentado en relaciones de justicia correctiva, pero también exige –en vistas de la libertad real– la concreta universalidad del derecho público, de modo tal que incluso la necesidad racional de la propiedad privada sea realizada mediante un acceso a la misma por parte de todos y cada cual (abominando por ende de los privilegios y demás positividades no racionalizables), lo que es tanto como decir que la propiedad debe ser organizada y distribuida universalmente a través de mecanismos institucionales y estatales», Solari, 2021: 172-173.
6. En adelante también «*Enz*».

desplegarse ulteriormente de modos cada vez más concretos. Por el otro, hay que distinguir entre personas y cosas, porque la divisoria entre los dos tipos propietarios depende justamente de poder diferenciar entre lo que es persona y lo que no es persona, distinción que luego permite determinar a cuál de estos ámbitos pertenecen notas y atributos personales como los corporales, vitales y espirituales. Además, deben tenerse en consideración afirmaciones de la filosofía del espíritu subjetivo que el tratamiento de la otra propiedad supone y utiliza como aquellas acerca de la unidad psicosomática, la formación e instrumentación del cuerpo, la espiritualización del cuerpo por parte del alma –de donde los hábitos son como una segunda naturaleza– y la manera como el espíritu (respecto del cual el alma es solo su latencia) hace suyo, se apropia lo que existe y es otro.

a) Respecto del derecho abstracto, Hegel afirma (en *Zusatz*[7] de Hotho al §33) que es solo un modo, primario y sumamente formal, de derecho. El derecho abstracto es, para Hegel, el derecho civil patrimonial (aunque habría que agregar, claro, al derecho penal). Sin embargo, hay derecho más allá de esa abstracción jurídica inicial. En este sentido, es derecho también el derecho de la moralidad y el de la eticidad o vida ética, incluso el de la historia mundial o espíritu mundial (*Weltgeist*). La explicación de Hegel es esta: «porque el concepto [de derecho] reúne los pensamientos de acuerdo con la verdad». La libertad bajo la forma de la persona se da existencia a través de cosas exteriores, tales cosas son su «primer material sensible», y de ahí la propiedad, el contrato, el delito y la pena. Pero, «esta mera inmediatez de la existencia no es adecuada a la libertad». La primera superación del derecho abstracto, así, es la moralidad. Por la moralidad no se es libre solo en cosas exteriores inmediatas, sino también en sí mismo, en la subjetividad, tanto en intenciones y fines interiores cuanto en un bien general que requiere realización y existencia «en el mundo externo»[8]. La moralidad también es abstracta, y por ello su verdad «tan solo aparece en la eticidad». Esta eticidad es la segunda superación del derecho abstracto (y de la moralidad). En palabras de Hegel, «es la unidad entre el concepto de voluntad y la voluntad del individuo, es decir, del sujeto». En esta unidad se van realizando la familia, la sociedad civil, el Estado, la historia del mundo, cuya detallada articulación podemos pasar por alto en este contexto, bastando para ilustrar este complejo que para Hegel el comienzo familiar es «algo natural», mientras que el momento estatal es culminante en algún sentido (aunque no del todo), ya que es un espíritu en el cual «se efectúa la prodigiosa unión de la individualidad independiente y de la sustancialidad general».

Ahora bien, según Z. de Hotho al §32, todo este proceso desde lo abstracto hacia lo cada vez más concreto es uno de superación, o sea, no de simple negación sino de

7. En adelante también «Z».
8. Recuerda Hegel, según Z. de Hotho al §34, que mientras en el derecho abstracto la autoconciencia o 'yo soy' no tiene oposición, en la moralidad sí hay oposición al yo, pues se oponen la voluntad individual y el bien general –y esto aunque dicho bien «esté en mi interior».

negación y conservación a otro nivel. Por eso dice Hegel que «la idea tiene que determinarse a sí misma continuamente dentro de ella misma, pues al comienzo es solo un concepto». El inicial concepto abstracto no es abandonado en el proceso, sino que se va enriqueciendo, «por lo que la última determinación es la más rica de todas». En el proceso el concepto «sigue siendo el alma que mantiene unido todo» (nótese esta tesis, el concepto como alma, que será reutilizada más adelante). La autodiferenciación del concepto es un proceso interno, de manera que el concepto no llega a ser algo rigurosamente nuevo: «su determinación final coincide de nuevo con su primera determinación». Al cabo, «todas las individualidades vuelven finalmente al concepto de lo general». Este método hegeliano no es el de las ciencias empíricas, para las cuales el concepto es el género en el que se retrotrae a lo individual. El método es distinto: es el camino del concepto mismo, es el examen estricto –sin opiniones ni consideraciones nuestras– de la autodeterminación conceptual. Por eso, el método ofrece pensamientos e instituciones existentes, pero no siguiendo siempre el orden temporal de su aparición real, sino más bien el «orden lógico del concepto». De ahí que, invirtiéndose el orden de la manifestación empírica, en este examen aparezca la propiedad antes que la familia[9]. Si lo que interesa es «la verdad en la forma de un resultado», entonces hay que comenzar no por lo más elevado y concretamente verdadero, sino «con el concepto abstracto mismo», con las formas abstractas como «formas no verdaderas». El principio, en suma, es este: «lo que es real, o sea, la institución en la que el concepto está encarnado es, para nosotros, lo siguiente, lo posterior, aunque fuera lo primero en la realidad»[10].

En suma: lo que hemos de ver de la otra propiedad se concentrará en el derecho abstracto, exponiendo apenas su institucionalización mínima y más elemental, mas advirtiendo que ello no agota la cuestión de la propiedad, en tanto en cuanto esta se va volviendo más concreta a lo largo de *Grund.* Y, sin embargo, en estas concreciones posteriores y más verdaderas no se pierde, sino que se conserva y consuma aquella manifestación originaria y abstracta.

b) Pero hay más. Otra distinción que debe abordarse de antemano es la distinción entre persona y no persona (o, como dice Hegel, entre cosa y no-cosa). Persona es, para Hegel, aquel que tiene capacidad jurídica y funge de concepto y fundamento abstracto del derecho (de nuevo) abstracto y formal. Como el derecho abstracto es «solo una posibilidad [*nur eine Möglichkeit*] frente a su contenido posterior [*weiterer Inhalt*]», es decir, «con respecto a la acción concreta [*konkrete Handlung*] y a las relaciones morales y éticas [*moralische und sittliche Verhältnisse*]», la personalidad es el principio del

9. Más adelante, Hegel tratará concretamente de la propiedad en la familia, en la sociedad civil, en el Estado: véanse por ejemplo §159, §160 b, §§170-172, §§199-208, §288.

10. Es, por supuesto, indispensable encuadrar desde el punto de vista lógico este movimiento conceptual: véase Duque, 1992: 61-76, según el cual el «método dialéctico-especulativo», la mediación entre *Begriff* y *Realität* tiene por escenario precisamente a la *Filosofía del Derecho*, lo que solo se aclara si se comprende que «[la *Ciencia de la Lógica* es] únicamente inteligible tras la comprensión de las partes reales del sistema, de las que *genéticamente* procede, aun cuando *ontológicamente* las preceda» (64-65).

imperativo jurídico (*Rechtsgebot*): «sé una persona y respeta a los otros como personas» (§36). Este imperativo tiene a su vez como fundamento a las prohibiciones jurídicas (*Rechtsverbote*): «» «no vulnerar la personalidad y lo que se deriva de ella», dice Hegel), y como consecuencia «un permiso o una autorización [*Erlaubnis oder Befugnis*]» (§38)[11]. Ahora bien, la personalidad se caracteriza por la acción, «es lo activo [*das Tätige*]», dice Hegel. Lo es porque puede superar su limitación subjetiva «y darse realidad, o lo que es lo mismo, para poner aquella existencia concreta como la suya» (§39). Desde estas consideraciones Hegel pasa a tratar la propiedad, el contrato y el delito (§40). Aquí interesa retener que la personalidad es una vida autoconsciente, una voluntad o libertad definida por su actividad.

¿Qué es una cosa, en cambio? En sentido general, según el §40, es «aquello que es exterior [Äusserliche] a la libertad en general, incluyendo también mi cuerpo [*mein Körper*], mi vida [*mein Leben*]». Cuerpo y vida son cosas. Según el §42, una cosa es «lo inmediatamente diferente del espíritu libre», «lo exterior en general […,] algo no libre, impersonal y sin derechos». Importante: «todas las cosas pueden convertirse en propiedad del hombre» (Z. de Hotho al §44).

El mundo, en esta dicotomía, cae del lado de las cosas. El §34, hablando de la voluntad libre abstracta, inmediata (= la inmediatez del ser) y particular, se refiere a los fines determinados de ella como a «un mundo externo, encontrado ante sí de modo inmediato». Y el §39 añade que esa inmediata y subjetiva singularidad personal «se relaciona con una naturaleza encontrada». ¿Qué es el mundo? «El yo en el mundo está en casa [*Ich ist in der Welt zu Hause*]», dice Hegel según el Z. de Hotho al §4. Como la casa del yo, el mundo sería entonces la gran cosa. Nótese, eso sí, que cosa (o esa gran cosa) es el mundo, mientras que la historia del mundo no es cosa sino espíritu, esto es, el mundo tomado no como naturaleza externa sino como el gran proceso –y progreso– del espíritu (véanse §§341-360)[12].

La animalidad, en esta dicotomía, también cae del lado de las cosas. Para Hegel, como acabamos de ver, el criterio es que cuerpo y vida son cosas, mientras la vida autoconsciente es espíritu, voluntad, libre actividad. De ahí las notas cósicas de la animalidad. *Instintualidad animal*: según Z. de Hotho al §4, a diferencia de la libertad (una determinación de la voluntad) y del peso (una determinación de los cuerpos), el instinto es una determinación del animal, puesto que este no tiene pensamiento. «El espíritu es

11. ¿Podrá justificarse alguna conexión entre la *lex permissiva* a la que se refería Kant en la *Introducción a la Metafísica de las costumbres* y en los §2, §16 y §22 de la *Rechstlehre* (y que tanto ha dado que hablar últimamente: Hruschka, 2015: 48-88, donde prolonga y desarrolla tesis contenidas en su anterior comentario a la *Rechtslehre* coescrito con B. Sharon Byrd) y esta estructura que ofrece Hegel (triple, faltaba más) de prohibición, mandato y permisión?
12. Sobre la historia del mundo como ápice del espíritu objetivo (y pórtico del espíritu absoluto) según la filosofía jurídica hegeliana y su peculiar carácter de teodicea (y una que, contra otras interpretaciones habituales, podría acercarse a perspectivas históricas como la de W. Benjamin), véase Amengual, 2021: 207-241.

pensamiento». Pensamiento y voluntad no son dos facultades distintas, según Hegel, sino «una y la misma cosa», «la voluntad es un modo particular del pensamiento», y solo se piensa teóricamente con voluntad, puesto que «nosotros al pensar precisamente actuamos»[13]. «El animal actúa por instinto», no por voluntad, «porque no tiene una representación de lo que desea» (§4 Z. de Hotho). Dicho de otro modo, el animal en vez de voluntad tiene «impulsos, deseos, inclinaciones» a los que tiene que obedecer «si nada exterior se lo impide» (§11 Z. de Hotho). El ser humano, en cambio, además de impulsos, deseos, inclinaciones, tiene voluntad y por ello «los puede determinar y ponerlos como suyos». La naturalidad del impulso se humaniza (¿desnaturaliza o sobrenaturaliza?) si y cuando yo lo pongo en mi yo por medio de mi voluntad[14].

Defectividad animal: «el animal es defectivo», pero «no lo es para él mismo» (§8 Z. de Hotho). ¿Por qué? Porque, explica Hegel, si algo es defectuoso pero a la vez no está por encima de ese defecto, «entonces el defecto no es un defecto para él». Al contrario, para un ser humano tener un fin solo suyo y sin objetividad (en el cual, por tanto, no se cumple la libertad o voluntad como «una unión de lo subjetivo y lo objetivo») sería algo defectivo, porque tiene el defecto y a la vez está por encima de él. El animal, como veremos mejor enseguida, no tiene nada como la mano humana (§55 Z. de Griesheim).

Subjetividad animal no personal: la persona –en la que «se da la unión de lo infinito y de lo finito», «lo sublime y lo más ordinario» – «es un sujeto consciente de esta subjetividad», mientras que «toda cosa viva de cualquier clase es un sujeto» (§35 Z. de Hotho). Por eso la subjetividad es solo «la posibilidad de la personalidad». El sujeto es persona siempre que tenga voluntad (la cual es abstracta o para sí) y siempre que sea consciente de esa libertad[15].

Por ende, *coseidad y apropiabilidad del animal*: «también es algo exterior un ser vivo (el animal) y, en ese sentido, es también una cosa. Solo la voluntad es lo infinito, es decir, *lo absoluto* frente a todo lo demás, mientras que todo lo demás, por su parte, es solo *relativo*» (§44 Z. de Hotho).

Y, sin embargo, *idealismo animal*. Hegel concede que el animal es idealista y que se autoposee: «incluso el animal no tiene ya esta filosofía realista, pues él consume las cosas, demostrando de esa manera que las cosas no son independientes en absoluto» (§44 Z. de Hotho). «La voluntad libre es […] el idealismo», porque el hombre le da su alma a las cosas de las que se apropia y que no tienen un fin propio, ni son una infinita relación consigo mismas, sino que son algo exterior a sí mismas.

13. En *Enz*. §400 dice Hegel aristotélicamente que «el pensamiento es lo más propio del ser humano y aquello que lo distingue de las bestias, mientras el sentir lo tiene en común con ellas».
14. Sobre instinto e impulso, véase *Enz*. §§360-362.
15. Sobre la subjetividad animal, véase *Enz*. §§350-351, donde Hegel llega a decir que «el animal tiene *automovimiento* contingente porque su subjetividad […] es un tiempo libre [*freie Zeit ist*]». Acerca de animalidad, humanidad, subjetividad, alma y espíritu desde los puntos de vista de la filosofía de la naturaleza, de la teoría de la acción y de la antropología, véanse Illetterati, 2015: 168-173; y dos artículos recogidos en R. Espinoza et al (eds.), (2020): Ormeño: 145-165 y Sandkaulen: 167-185.

Autoposesión animal: «es cierto que los animales se poseen [*haben sich zwar in Besitz*]. Su alma está en posesión de su cuerpo [*ihre Seele ist im Besitz ihres Körpers*], pero no tienen ningún derecho a su vida [*kein Recht auf ihr Leben*] porque no la quieren [*sie es nicht wollen*]» (§47 Z. de Griesheim)[16].

c) Resta un sucinto recordatorio. Y es que el tratamiento del cuerpo según *Grund.* aporta novedades en el sistema hegeliano, pero novedades que están montadas sobre algunas tesis (antropológicas, fenomenológicas, psicológicas) de su filosofía del espíritu subjetivo y finito que cabe esquematizar como sigue: cuerpo y alma no se yuxtaponen sino que crecen en conjunto, unitariamente; mundo y cuerpo son idealizados en el alma, la cual es un espíritu oculto, latente; por tal unidad psicosomática el individuo está conectado con el universo y con su cuerpo previamente a la conciencia subjetiva; el alma es activa y configura sus capacidades perceptivas y su corporalidad; el alma desarrolla libremente hábitos distanciándose de (y a la vez en) su corporalidad, de donde se fabrica una segunda naturaleza; el alma tiene su cuerpo, ella es su dueña y educadora, él su instrumento formado; el alma espiritualiza el cuerpo, lo transforma en signo (*Zeichen*) y obra de arte (*Kunstwerk*) de sí, como afirma Hegel en *Enz.* §411; solo el alma humana se identifica hasta cierto punto con su manifestación exterior y así se siente a sí misma, todo lo cual es parte de la génesis de la conciencia y la autoconciencia; el espíritu –cuestión esencial para la otra propiedad según la filosofía jurídica– tiene tal relación con 'lo otro' independiente, con lo existente (*das Seiende*), que lo asimila, se lo apropia, lo hace algo suyo (*das Seinige*), teórica y prácticamente[17].

16. En este sentido, y explorando el peculiar tipo de alma y de auto-relación presentes en el animal no humano, véase Khurana, 2023: 155-156. Quien además sugiere las consecuencias ecológicas de la perspectiva hegeliana: «la persona no se opone a su cuerpo y a su vida como [si fueran] existencia desechable; son ella misma bajo cierto aspecto: 'la potencialidad real de toda existencia cada-vez-más-determinada'. En tanto cambia nuestra comprensión de esta base vital, podemos llegar a entender mejor cómo internamente esta misma base vital depende de los sistemas ecológicos para su habilitación. En la medida en que este sea el caso, podríamos preguntar si elevarnos por encima de estos sistemas ecológicos no es también elevarnos por encima de nuestras propias potencialidades»: Khurana, 2023: 158.
17. Estas tesis las extraigo, en lo que me interesa, de Padial, 2015: 175-207, cuya argumentación he seguido y puede resumirse tal como sigue. Hay un primer nivel, *antropológico*, que Hegel apunta ya en el *Segundo boceto de sistema de Jena*, y según el cual el cuerpo no está yuxtapuesto al alma, sino que hay un crecimiento conjunto de lo psíquico y lo físico. Si el alma es espíritu oculto, en latencia, cuasidurmiente, como decía Eckhart, Hegel agrega (en el *Tercer Boceto* ahora) que el mundo y el cuerpo son idealizados, interiorizados en el alma. Esto persiste en la antropología de *Enz.*, según cuyo §389 el alma es «vida ideal (*ideelles Leben*)». Tal idealización (*Ideelsetzung*) es una apropiación o toma de posesión de su cuerpo, de tal manera que el cuerpo está inmediatamente conectado al alma en «una unidad ciega, compacta, anterior a la conciencia objetiva» (Padial, 2015: 180-183). Como alma natural (*natürliche Seele*), el alma convive inmediatamente con el mundo, «es un vivir concertado o acordado –nótese la connotación musical de *stimmen*: afinar– entre el cuerpo y el universo» (Padial, 2015: 183). Hay una unidad psicosomática por la cual el individuo está conectado con el universo y con su cuerpo con anterioridad a la conciencia y a la subjetividad, lo que parece anticipar la fenomenología husserliana de la síntesis pasiva (Padial, 2015: 183 y 185). Pero no se trata solo de pasividad; el alma tiene sensibilidad, y ella no es pura pasividad, como en Kant, sino que es activa y configuradora de sus capacidades perceptivas y la misma corporalidad, que por ello ya no es mero cuerpo físico o natural

IV. TRÁNSITO ENTRE LAS DOS PROPIEDADES

Ahora podemos volver a la cuestión de la otra propiedad tal como es examinada principalmente en el derecho abstracto, sobre la base de la diferencia apuntada entre cosas y esas no-cosas que son personas y considerando las tesis de la filosofía del espíritu subjetivo que identifican tanto un proceso teórico y práctico de codeterminación de alma y cuerpo, cuanto una apropiación o hacer suyo lo existente por parte del espíritu mediante interiorización, idealización libre. En el contexto del §43 de *Grund.*, como adelanté, Hegel se refiere a un tránsito de la propiedad espiritual a la propiedad jurídico-legal (y, nótese, también a la inversa), siendo la propiedad espiritual aquella en virtud de la cual poseemos cuerpo y espíritu, mientras que la jurídica es la propiedad de cosas meramente exteriores. Con todo, tratando más adelante del suicidio, Hegel también asegura que no somos propietarios de nuestras vidas individuales (§70 Z. de Hotho). Somos y no somos propietarios de nuestros cuerpos, vidas, espíritus. ¿Cómo interpretar estas afirmaciones hegelianas –cuál sería el proceso conceptual que las reconcilia? Veámoslo.

Por su concepto inmediato y a la vez singular, dice Hegel en el §43, la persona «tiene una existencia *natural*». Esta existencia está parcialmente en ella misma, pero parcialmente también está en una relación consigo misma «como con un mundo externo».

(*Körper*) sino cuerpo vivo (*Leib*) (Padial, 2015: 186-189). El alma no solo natural sino que activamente siente (*fühlende Seele*) desarrolla hábitos por medio de los cuales se distancia de su corporalidad o, dicho de otra manera, «se mueve con facilidad y libertad en su propia corporalidad» (Padial, 2015: 194). El hábito es «la primera actividad espiritual», la base de todos los demás progresos del espíritu, una segunda naturaleza. Así, el alma tiene su cuerpo, ella es su dueña y él su instrumento, ella educándolo y ejercitándolo, él transformándose en su medio, ella penetrándolo y dominándolo, él siendo atraído, formado, espiritualizado por ella. El alma efectivamente real (*wirkliche Seele*) hace del cuerpo algo espiritualizado, un signo (*Zeichen*) y obra de arte (*Kunstwerk*) del alma, como afirma Hegel en *Enz*. §411, lo que se expresa en sus posturas, gestos y actividades corporales, en todos los cuales trasparece un tono espiritual (*geistiger Ton*) (Padial, 2015: 194-195). En el ser humano, a diferencia del animal, el alma se identifica en cierta forma –nunca del todo– con su manifestación exterior. De este modo se siente a sí misma. Y esta expresión del alma y significación del cuerpo «está en la génesis de la conciencia y de la autoconciencia» (Padial, 2015: 195-196). Esta génesis nos dirige a un segundo nivel, *fenomenológico*, en el sentido que tiene la fenomenología en la *Enz*. Se trata de la transformación de la conciencia por el reconocimiento recíproco en una autoconciencia universal o 'nosotros', cuya estructura racional consta de lenguaje, valores, instituciones, todo un mundo objetivado de la libertad, lo que ya es el principio del espíritu objetivo tematizado en *Grund.* (Padial, 2015: 196-201). Todavía, antes del derecho pero con repercusiones para él, como veremos, Hegel desarrolla en el sistema un tercer nivel, el *psicológico*. Aquí se argumenta de un modo que será esencial manejar cuando volvamos a la otra propiedad según la filosofía jurídica. El espíritu está en relación con 'lo otro', con lo que está dado y existe de manera independiente, lo existente (*das Seiende*). El espíritu –tal es la tesis psicológica de Hegel– se caracteriza por asimilar lo otro, lo existente, por apropiárselo, por hacerlo algo suyo (*das Seinige*). Este hacer suyo es tanto teórico o intelectivo cuanto práctico o volitivo. Y produce de una y otra manera una identidad de sujeto y objeto o, lo que es igual, una idealización racionalizadora de lo exterior y una objetivación autodeterminante de su interioridad (Padial, 2015: 201-207). Esto es introducido por *Enz.* §443 y desarrollado en los §§444-482, cuyo comentario detallado en este contexto podemos soslayar; véase Valls Plana, 2018: 500-533.

Estas cosas inmediatas, dice Hegel, son diferentes de las determinaciones adquiribles «por la mediación de la voluntad».

En *Anmerkung*[18] al §43, Hegel añade: si se consideran las aptitudes espirituales, las ciencias, artes e invenciones, los talentos, lo religioso, etc. como objetos de relaciones contractuales, entonces se considera todo ello como cosa enajenable. Pero, por otra parte, si se consideran esas «aptitudes, conocimientos, capacidades, etc.» en cuanto no son algo externo sino «algo interno y espiritual», algo del espíritu libre, entonces no son cosas o, como dice Hegel, son «no-cosa [*Nicht-Sache*]». El entendimiento queda perplejo, porque a él «solo se le ocurre la oposición» según la cual algo es cosa o es no-cosa (en palabras de Hegel: «*o* infinito, *o* finito»). La solución es: el espíritu puede determinar estas capacidades como cosas si las exterioriza, se les da una existencia concreta externa y las hace susceptibles de enajenación. Esta exteriorización puede ser vista como una inmediatización de tales capacidades no primaria sino ulterior (pues media un llegar a ser, *werden*, dice Hegel). Esta inmediatización es precisamente mediación del espíritu (*Vermittlung des Geistes*), que así «rebaja su interior a inmediatez y exterioridad [*sein Innres zur Unmittelbarkeit und* Äusserlichkeit *herabsetzt*]». Es uno de los sentidos, el *normativa o éticamente justificado*, el del tránsito desde la propiedad espiritual hasta la legal.

También en la *Anmerkung* al §43, Hegel identifica otro sentido del tránsito entre ambas propiedades: la línea entre la cosa y lo que no es cosa, dice, *histórica, fácticamente* fluctúa, ya que *de facto* se transita aquí desde la propiedad espiritual hacia la legal pero injustificadamente, de manera que la trasformación de esta propiedad éticamente justificable supondrá el tránsito inverso para considerar lo que es objeto de propiedad legal en sujeto personal de la propiedad espiritual. Así, en el derecho romano los niños eran cosas para el padre, si bien al mismo tiempo no lo eran del todo por la relación ética que había entre ellos. Ese derecho era en este respecto injusto, no-ético. Pero en un derecho ético o justo, aunque solo sea abstracto, «que tiene por objeto a la persona como tal», lo particular de la persona «que pertenece a la existencia concreta y a la esfera de su libertad» puede considerarse «únicamente según su posesión jurídica [*allein nach ihrem juristischen Besitze*]». Se trata entonces de algo separable (*trennbar*) de la persona, de algo inmediatamente distinto de ella misma, incluso aunque sea una determinación esencial o la reciba mediante la voluntad subjetiva. Ejemplos son, de nuevo, aptitudes, ciencias, etc., en suma, aquello que «se adquiere mediante la formación, el estudio, el hábito, etc.». Todo ello es posesión del cuerpo y del espíritu o, como dice Hegel, «una propiedad interna del espíritu». Esta es una propiedad distinta de la «propiedad jurídico-legal», y el *paso* de una a otra es un tránsito de lo espiritual «a la exterioridad». De tal paso se trata cuando se estudia la enajenación.

18. En adelante también «Anm».

V. CUERPO Y VIDA

Para la propiedad y sus tipos es crucial el modo según el cual Hegel examina el cuerpo y la vida humanas[19]. Esto es lo que hace en los §§47-48. Hegel afirma allí que la vida y el cuerpo son algo que *yo soy*: «yo soy *viviente* en este *cuerpo orgánico* [*ich bin lebendig in diesem organischen Körper*]» (§47). Nótese que Hegel no dice, en estricto rigor, «yo soy mi cuerpo», sino «yo estoy vivo, soy viviente *en* este cuerpo orgánico»[20]. Mi vida y mi cuerpo, en otras palabras, constituyen «mi existencia concreta externa, indivisa, *universal*, la posibilidad real de toda existencia concreta posteriormente determinada». Para Hegel, la vida es «la totalidad abarcante de la actividad externa» (§70).

No obstante lo cual, también Hegel asevera que vida y cuerpo son cosas que *yo poseo* según mi voluntad: «pero en cuanto persona tengo a la vez *mi vida* y mi *cuerpo* [*aber als Person habe ich zugleich mein Leben und Körper*], como otras cosas, *solo en la medida en que es mi voluntad* [*nur in so fern es mein Wille ist*]». La corporeidad (*Leiblichkeit*), dice Hegel en *Enz*. §379 (tratando de «la unidad viviente del espíritu (*lebendige Einheit des Geistes*)» en la filosofía del espíritu), le es exterior (äusserlich) a la causalidad libre del alma (*die freie Wirksamkeit der Seele*).

Esto –yo *soy* viviente en este cuerpo orgánico y yo *tengo* un cuerpo orgánico queriéndolo– es, según Hegel, inseparable del «concepto de vida y el de espíritu en cuanto alma»[21]. En estos sentidos, la propiedad del cuerpo por una parte se parece y por otra se aleja de la propiedad de las meras cosas exteriores[22]. Mi cuerpo, por inmediato, no es cosa, pero, sin embargo, sobre él hay una peculiar propiedad privada[23]. Y una consecuencia de esta peculiar relación de la persona con su cuerpo y su vida es que tenerlos es algo que depende de quererlos –motivo por el cual el animal, a diferencia del ser humano, «no puede matarse ni mutilarse» (§47 Anm.).

Sobre el suicidio, la argumentación de Hegel en el §70 es tajante: el ser humano puede matarse, pero no tiene derecho a hacerlo. Es un argumento que tiene consecuencias para la propiedad, porque Hegel piensa que no somos dueños de nuestras vidas individuales, como adelanté[24]. En su inmediatez e individualidad, «la vida no

19. Sobre cuerpo y vida como poseídos y como sidos, véase Cordua, 2019: 45-54.
20. Destaca la distinción entre ser cuerpo y ser *en* un cuerpo Peperzak, 2001: 240-241.
21. Para ello, Hegel mismo remite a su filosofía de la naturaleza (*Enz*. §§336ss., §213, §216, §376) y su antropología (*Enz*. §388).
22. Sobre esta proximidad y lejanía de la propiedad corporal en relación con la propiedad sobre cosas exteriores, véase Houlgate, 2017: 44-46.
23. Sobre esta propiedad tan especial sobre el cuerpo que no es del todo una cosa porque es algo inmediatamente mío, recuérdense las anotaciones del propio Hegel al §48: *besondre Art des Eigenthums*, y al §51: *Mein Körper unmittelbar mein – Ding nicht*: Hegel, 2010: 415 y 419. Un comentario al respecto es el de Mohseni, 2017: 73-75.
24. El argumento es bastante kantiano, aunque no del todo. Para Kant, el suicidio (*Selbstentleibung*) viola un deber del ser humano para consigo mismo –aunque también otros posibles deberes, como el del súbdito para con la autoridad o con sus conciudadanos–, y tal violación de ese deber específico en relación consigo mismo es un crimen (un asesinato), consistente en la enajenación de su propia

es externa respecto a la personalidad». Entonces, según Hegel, nadie tiene derecho a enajenar o sacrificar la vida propia, ya que esta enajenación «es más bien lo contrario de la existencia concreta de esta personalidad». Por el contrario, solo «una idea ética» a la que se subordina la vida individual, lo que es una manera de hablar del Estado, tiene ese derecho de enajenarla o sacrificarla. La muerte, como «la negatividad inmediata» de la vida, es algo que debe recibirse «desde fuera», sea «como una cosa natural», sea «al servicio de la idea, por una mano ajena»[25]. En Z. de Hotho al §70, Hegel lo dice nítidamente: «yo como este individuo no soy dueño de mi vida [*ich als dies Individuum nicht Herr* über *mein Leben bin*]». Y no lo soy porque la vida propia «no es algo exterior a esta personalidad inmediata», porque para tener derecho sobre sí misma la persona individual tendría que estar por encima de sí misma, «lo cual es falso». Cada persona por lo tanto «no puede juzgarse a sí misma [*kann sich nicht richten*]». Hegel distingue entre el suicidio sacrificial o como acto de valor («aunque digno de sastrecillos y criadas»), el patológico («lo que conduce a él es el desequilibrio moral»), y asegura que ni siquiera en el caso del suicidio heroico hay un «derecho de matarse». Otra cosa, nuevamente, es que la persona individual, subordinada, consagrada a la totalidad ética, debe entregar la vida al Estado si este se la exige. Con lo cual, se concluye que, en el sentido de la entrega de la vida individual, el Estado (y el espíritu del mundo) sí son dueños de esa vida.

El §48 es también crucial: según Hegel, el cuerpo «no es adecuado al espíritu», y no lo es porque «es una existencia concreta inmediata». Por lo mismo, el cuerpo es algo que requiere de una toma de posesión para, en los términos del §57, «ser órgano de la voluntad y medio animado del espíritu»[26]. La propiedad corporal, tal como la de las cosas meramente exteriores, es indicadora de la voluntad, esto es, de la libertad. Por lo cual, dice Hegel enseguida, el cuerpo que tengo inmediatamente es esencial para ser alguien libre «*para otros*»[27]. La *Anmerkung* respectiva saca consecuencias de estas afirmaciones. El cuerpo –en el que vivo como ser libre– no debe ser maltratado hasta

personalidad, en una autocosificación o disposición «de sí mismo como un simple medio para cualquier fin [*als blosses Mittel zu ihm beliebigen Zweck*]», en despreciar o desvirtuar (*abwürdigen*) la humanidad en la propia persona, sin perjuicio de lo cual hay varias cuestiones casuísticas que preguntarse respecto de algunos tipos particulares de suicidio: Kant, 2005: 281-284 (AA VI: 422-424).

25. ¿Es aquí Hegel, cuando subraya la falta de derecho individual para enajenar o sacrificar la vida propia y en cambio afirma el derecho estatal de tomar y exigir esa vida, menos moderno que griego, al menos en relación con aquellos momentos en los que la antigua Grecia subordinaba la vida individual a la πόλις, rechazando el suicidio decidido individualmente?

26. Esta suerte de 'elevación' del propio cuerpo tiene importancia, más allá del derecho abstracto, en relación con el bien humano: «solo la elevación de lo dado [*nur das Heraufheben des Vorgefundenen*] hacia algo creado-desde-sí [*zu einem Aus-sich-Erschaffen*] da por resultado el círculo más elevado del bien» (§123 Z. de Hotho).

27. La conexión de cuerpo y libertad ha sido subrayada así: «mi primera existencia de libertad es la de mi propio cuerpo, con quien vivo indivisamente y cuanto haga debe estar posibilitado por él […] En el cuerpo, por ser la existencia primera y radical de la persona, es también donde más íntimamente va unida la toma de posesión (formación) con la libertad»: Amengual, 2001: 105-106.

convertírselo «en bestia de carga». Cuerpo y alma no están separados, como pretende el entendimiento sofístico, pues yo siento y soy libre corporalmente[28]. El alma no es la cosa en sí, sino que es «el concepto y de modo más elevado, lo libre». Ella es afectada cuando el cuerpo es maltratado, cuando «se somete la *existencia* de la persona al poder de otro». Radica en mi voluntad el retirarme interiormente y dejar que mi existencia sea algo externo, es decir, el «mantener a distancia la sensación particular y ser libre en las cadenas». *Para otros*, explica Hegel, soy en mi cuerpo, lo que equivale a decir que *para otros* soy libre en cuanto lo soy «en la existencia concreta»[29], o a decir que la violencia sobre mi cuerpo es violencia cometida sobre mí. Por ende, hay que distinguir entre *agravio personal*, en el que están involucrados «el contacto y la violencia contra mi cuerpo físico» y soy afectado inmediata, real y presentemente, y el *perjuicio de la propiedad externa*, donde en cambio «mi voluntad no está en esta realidad efectiva y presencia inmediatas»[30].

Falta algo por decir. El cuerpo no solo es algo que el hombre es y que el hombre posee, sino que es *algo con lo cual el hombre posee* (§55 Z. de Griesheim). «Solo entro en posesión de lo que toco con mi cuerpo». Y esto ocurre, como adelanté, manualmente: «yo entro en la posesión con la mano». Dado que las cosas exteriores exceden en mucho lo que cada cual puede agarrar, entonces «cuando yo poseo algo, hay también otras cosas distintas relacionadas». La mano, pues, «es este gran órgano que no tiene ningún animal y lo que agarro con ella» puede volverse instrumento que permite incrementar las cosas poseídas. Como dice Hegel en *Enz.* §411, la mano es «instrumento absoluto (*absolutes Werkzeug*)» –lo que es tan semejante a la frase aristotélica según la cual «la mano es instrumento de instrumentos [ἡ χεὶρ ὄργανόν ἐστιν ὀργάνων]» (DA III 8, 432a1-2).

Entonces, la cuestión del cuerpo es inseparable de la del espíritu. Y así la trata Hegel. En efecto, cuando habla de la propiedad espiritual, lo hace incluyendo a la posesión corporal. Pese a lo cual el cuerpo tiene, a diferencia del espíritu, algo de cosa. No solo esto. También el espíritu produce cosas a su manera, aunque dichas cosas son distintas de la cosa que es el cuerpo. Y es que el cuerpo es una cosa especial.

28. El §21 Z. de Hotho dice que cuerpo y alma «deben corresponderse mutuamente», pero de tal manera que «un cuerpo es la realidad y el alma es el concepto». Así, un cadáver humano existe, pero no verdaderamente, o sea, sin concepto. Asimismo, una voluntad es verdadera si y solo si «lo que ella quiera –su contenido– sea idéntico a ella misma», esto es, si «la libertad sea querida por la libertad».
29. Hegel refiere aquí al libro primero, sobre el ser, de la *Wissenschaft der Logik.* Todo esto permite decir que «a través de otros, entonces, ya soy reconocido como el 'poseedor' o 'dueño' de mi cuerpo y mi vida aun antes de que yo expresamente los tenga; soy reconocido como tal en el sentido de que soy su único posible dueño»: Khurana, 2023: 157.
30. Incluyendo el parágrafo §48 y su *Anm.*, P. Stekeler comenta: «*Ich bin aber weder einfach mein Körper oder Leib, noch bin ich unmittelbar, ohne Bezugnahme auf das ganze System personaler Verhältnisse zu anderen Personen und zu mir selbst, volle Person*»: Stekeler, 2021: 277.

VI. TOMA DE POSESIÓN, ENAJENABILIDAD, PRESCRIPCIÓN

El §52 adelanta el tratamiento de la toma de posesión. Dice Hegel que cuerpo y espíritu son apropiables, aunque el espíritu lo es «del modo más completo». El cuerpo orgánico es tomado en posesión –o penetrado– preparándolo (parafraseo a Hegel, quien usa aquí *Ausbildung*) «para ciertas habilidades»[31]. El espíritu es tomado en posesión –o penetrado– educándolo (parafraseo a Hegel, quien usa aquí *Bildung*)[32]. Y nótese que la toma de posesión convierte a una materia que no es propia de sí misma «en mi propiedad». Por cierto, esa conversión ocurre diversamente, «según la diversidad cualitativa de las cosas naturales». ¿Tiene alguna importancia para la propiedad de vida y cuerpo la distinción hegeliana entre realidad efectiva de la toma de posesión y la propiedad?

El §57, ya en la toma de posesión, vuelve sobre la propiedad de cuerpo y espíritu. Solo «gracias a la *preparación* [*Ausbildung*] de su cuerpo y de su espíritu», dice Hegel, «toma posesión de sí y llega a ser propiedad de sí mismo frente a otros». Y añade que esta preparación es, en esencia, el hecho de captar «*su autoconciencia como libre*». Se diría que antes de esa toma de posesión o, como dice Hegel, que «según su existencia inmediata en él», el ser humano es «algo natural, externo a su concepto». Y, a la inversa, Hegel agrega que tal toma de posesión mediante la preparación corporal y espiritual pone en la *realidad efectiva* «lo que él es según su concepto (como una *posibilidad*, capacidad, disponibilidad)». Lo que es tanto como decir que, entonces, la autoconciencia se pone «como solamente la suya», como objeto distinto de sí misma, tomando así «la *forma de la cosa*».

En los §§65-67 aparece el tratamiento de la enajenación y la prescripción, según las cuales las dos propiedades también se distinguen. Dice Hegel en el §65 que son enajenables las propiedades porque si en ellas «pongo mi voluntad» puedo por ende cederlas voluntariamente. Mas, la enajenabilidad tiene como límite evidente el que se trate de cosas que sean «*por su naturaleza* […] *algo externo*». Lo que equivale a decir que hay, por el contrario, cosas inalienables.

Tal inalienabilidad, dice Hegel en el §66, es propia de aquellas cosas que ya no son meras cosas, esto es, de bienes o, más bien, determinaciones sustanciales, «que

31. «La vida entera le puede parecer corta a quien le exige mucho a su cuerpo»: Cordua, 2019: 49. ¿Podría decirse, no en vez sino además, que a quien le exige mucho a su cuerpo la vida entera le puede parecer larga?

32. Sobre *Bildung*, antes y después en *Grund.*, véase Peperzak, 2001: 241 n. 20, y Pinkard, 2002: 47-48 y en otros lugares. Nótese que por ejemplo de *Bildung* y *Ausbildung* del propio cuerpo y espíritu hablaba ya Hegel en la lección de 1817-1818 según Wannemann y en la lección de 1818-1819 según Homeyer: Hegel, 2013: 24 (§22), y Hegel, 2013: 259-260 (§§23 y 29). Aunque en la primera de estas lecciones, todo hay que decirlo, Hegel consideraba que hay ciertos bienes (*Güter*) –mi personalidad en general, la libertad de la voluntad, la eticidad, la religión– que no son mi posesión (*mein Besitz*), sino que constituyen más bien lo más propio de mi persona (*meine eigenste Person ausmachen*): Hegel, 2013: 29 (§29), mientras que en ambas lecciones el cuerpo y la vida sí son objeto de posesión: Hegel, 2013: 24 (§22), Hegel, 2013: 258-259 (§23).

constituyen mi propia persona y la esencia universal de mi autoconciencia». Son, como dice Hegel, «mi personalidad en general, la universal libertad de mi voluntad, mi eticidad, mi religión».

El §67, tratando a la enajenación en comparación con el uso de la cosa, dice que de las aptitudes corporales y espirituales, así como de las posibilidades de actividad, solo pueden enajenarse a otro producciones singulares y un uso por tiempo limitado. En cambio, una enajenación de todo mi trabajo o de toda mi producción sería como enajenar toda mi actividad, toda mi realidad efectiva universal, toda mi personalidad. La *Anmerkung* al §67 recuerda la relación argumentada en el §61: la utilización limitada de algo se distingue de la sustancia de algo, tal como las fuerzas se distinguen del uso de las mismas si tal uso está limitado cuantitativamente, en cambio no son distinguibles la sustancia de la totalidad de sus accidentes, ni la fuerza de la totalidad de sus exteriorizaciones, ni lo universal de la totalidad de las particularizaciones[33].

VII. ESCLAVITUD

La esclavitud consiste precisamente en la enajenación de todas mis actividades, aptitudes y productos, y además por un tiempo ilimitado. Dice Hegel, en el Z. de Hotho al §26, que lo objetivo se dice de muchas maneras. Por eso una voluntad puede ser objetiva plenamente cuando en ella «reside la verdad», pero también puede serlo solo limitadamente cuando está «completamente sumergida en su objeto», como la voluntad de un niño («enraizada en la confianza, sin libertad subjetiva»)[34] o la de un esclavo (que no tiene voluntad propia porque no se reconoce aún «a sí mismo como una persona libre»), voluntades estas que actúan «bajo el mando de una autoridad ajena», como *alieni iuris*, sin cumplirse en ellas todavía el infinito retorno dentro de sí mismas.

En la Anm. al §57 Hegel afirma que una mala justificación de la esclavitud es la que toma al hombre «como *ser natural*, según una existencia que no es adecuada a su concepto». Si se afirma, en cambio, «la absoluta injusticia de la esclavitud», se toma «al *concepto* del hombre como espíritu, como *en sí libre*». Esta última afirmación, aunque preferible a la primera, es también unilateral, porque es unilateral considerar al hombre libre «por *naturaleza*», o sea, considerarlo no en la idea (que es lo verdadero), sino solo en el concepto (que en su inmediatez no es lo verdadero). Hay, obviamente, una antinomia entre estas afirmaciones: la de la presunta justificación de la esclavitud y la de la absoluta injusticia de la misma. Como antinomia, se origina «en el pensamiento

33. No abordaré la propiedad específicamente intelectual, también llamada *geistiges Eigentum*, a la que Hegel dedica dos parágrafos sustanciosos, los §§68-69, y que vuelven sobre la segunda forma de tránsito (la normativa) de una propiedad, la espiritual, a la otra, la jurídica, pero sin alterar a mi juicio la argumentación esencial aquí ofrecida sobre la otra propiedad. Para mayores detalles, véase Weisser-Lohmann, 2014: 11-30.

34. En *Enz*. §396, Hegel trata al niño como «espíritu envuelto en sí mismo [*in sich eingehüllten Geiste*]».

formal» que separa los dos momentos de la idea, el concepto y la existencia o realización. No hay verdad ni adecuación en ninguna de ambas. Pero frente a la «falsa posición» de la primera, la segunda afirmación tiene una ventaja, pues contiene «el *punto de partida* absoluto para la verdad […,] el punto de vista de la racionalidad y el derecho […,] el punto de vista de la voluntad libre, con el que comienza el derecho y la ciencia del derecho». Hegel recuerda que la falsa posición que considera naturalmente al hombre como apto para ser esclavo es el desencadenante de un proceso de superación: «la dialéctica del concepto y de la conciencia» que provoca «la *lucha por el reconocimiento* y la relación de *señorío* y *servidumbre*»[35]. Esto solo culmina en el Estado, en el cual se verifica la idea de la libertad como espíritu objetivo, como derecho real y efectivo, ya no como mero espíritu subjetivo o como mero deber de no esclavizar o de no ser esclavizado. En Z. de Hotho al §57, Hegel recuerda que hay injusticia de parte «del que esclaviza o subyuga», pero que también la hay de parte del esclavizado o subyugado (porque «que alguien sea esclavo radica en su propia voluntad»). La esclavitud, como sea, ocurre en el tránsito de la naturalidad humana «a su verdadera condición ética, en un mundo en el que algo injusto es todavía justo [*in eine Welt, wo noch ein Unrecht Recht ist*]».

En la Anm. al §66 trata Hegel la inenajenabilidad de la personalidad, la racionalidad, la sustancialidad. Así la explica: la idea que es ella misma su concepto, es decir, el espíritu según su concepto o en sí y además concretamente existente o para sí, es *causa sui* en el sentido de Spinoza[36]. Pero pueden oponerse estas dos dimensiones, de modo que lo en sí no sea para sí, y viceversa. En concreto, enajenar expresa o inconscientemente la personalidad, etc., es como realizar esa posible oposición (y, recuérdese, esta es la forma puramente fáctica del tránsito entre propiedades). Hegel da ejemplos, en general bajo la forma del *alieni iuris*, como «la esclavitud, la servidumbre, la incapacidad de poseer propiedad, la falta de libertad de la misma, etc.», o «la superstición […,] la autoridad y plenos poderes concedidos a otro para determinar y prescribirme qué acciones debo llevar a cabo […,] o qué es deber para la conciencia, qué la verdad religiosa, etc.»[37]. El derecho sobre estas «cosas» inenajenables (no-cosas, en realidad) es también imprescriptible. Que sean cosas inenajenables significa que «yo tomo posesión de mi personalidad y de mi esencia sustancial, y me hago capaz de derecho y de imputación moral y religiosa». Significa, por tanto, que se sustraen tales determinaciones

35. Obviamente, es cita de *Phänomenologie* (en adelante «*Fen*») IV. A. (*Selbständigkeit und Unselbständigkeit des Selbstbewusstseins; Herrschaft und Knechtschaft*) y de *Enz.* §§430ss. Sobre esta sección y otras partes de *Fen.* interpretadas desde el punto de vista del cuerpo (propio y ajeno) y de la vida (propia y ajena), véase Malabou, C. y Butler, 2011: 611-640, y el diálogo de ambas en Malabou, C. y Butler, 2021:11 («aun cuando no haya cuerpo que sea mío sin el cuerpo del otro, no hay una desapropiación definitiva posible de mi cuerpo, al igual que tampoco una apropiación definitiva posible del cuerpo del otro»).
36. Hegel remite a Ética I, def. 1.
37. En Z. de Hotho al §66, Hegel dice que el sentimiento religioso es incompatible con la esclavización espiritual de someterse a un sacerdote.

de la exterioridad y no pueden «estar en posesión de otro». Así se invalida todo consentimiento o tolerancia de alguien en enajenar lo que en verdad es inenajenable[38]. La «superación de la exterioridad» es hacerme existente «como idea, como persona jurídica y moral», o sea, es el «retorno mío sobre mí mismo». Y este retorno infinito sobre mí muestra la irracionalidad, la injusticia de este tránsito entre propiedades nada más que fáctico: «haber tratado y dejar tratar a la existencia infinita de la autoconciencia como algo externo». Dar a otro la posesión de mí mismo, dice Hegel, es algo que yo no poseo, que no está en mi poder. Poseer mi capacidad, eticidad, religiosidad, etc., es algo que no puedo dar a otro, algo de lo que no puedo desposeerme: «tan pronto como lo poseo existe esencialmente solo como lo mío y no como algo externo».

En Z. de Hotho al §67 Hegel agrega que la diferencia entre un esclavo ateniense y un criado o jornalero (moderno) no es de grado, no consiste en que el trabajo de este sea más liviano, porque incluso puede ser más pesado, sino que es de esencia: a diferencia de ellos, el esclavo realiza la enajenación al señor de «la totalidad de su actividad».

Esto, hay que subrayarlo, es equivalente al suicidio del que ya se ha hablado. Así como no se es dueño de sí mismo para suicidarse, tampoco se es dueño de sí para esclavizarse[39]. Aunque con una diferencia crucial: Hegel piensa algo hoy más difícilmente defendible, como ya se apuntó, que el Estado (y el espíritu del mundo) sí es dueño de la vida individual como para exigir la entrega de esa vida, lo que no vale de ningún modo para la esclavitud, que no está éticamente ni en manos estatales ni en manos de la historia mundial.

VIII. SÍNTESIS Y PROBLEMAS

Hay, pues, dos propiedades. Una, la del espíritu, incluyendo actividades y habilidades corporales y espirituales tomadas de manera parcial y temporalmente limitada, incluyendo aun un derecho del Estado como idea ética para exigir el sacrificio de vidas individuales, pero por lo mismo excluyendo que haya algo así como una propiedad o derecho individual sobre la propia vida que autorice para instrumentalizarla, esclavizarla, enajenarla o sacrificarla (tal como tampoco hay permiso para alienar bienes o determinaciones sustanciales de la personalidad). Por otra parte, está la propiedad jurídica de las cosas meramente exteriores, distintas de cuerpo y espíritu. Y, tercero, está el tránsito éticamente justificado de actividades, habilidades y productos cuando aquellas y estos se toman en cuanto cosas, si bien no en su totalidad ni de manera temporalmente ilimitada. Entonces, como hemos visto, el cuerpo y la vida propias son *primo et per se* propiedad del espíritu, espíritu que ha de tomar posesión de ambos, que

38. En Z. de Hotho al §66, Hegel dice que todo contrato de esclavitud o crimen es nulo y que el esclavo tiene un absoluto derecho a la libertad.
39. «La persona tiene así derecho a su vida –puede reclamarla como la base vital de su dignidad y exigir su protección–, pero no tiene derecho *sobre* esta vida»: Khurana, 2023: 158.

ha de usarlos haciéndolos suyos, apropiándoselos, formándolos, habituándolos, educándolos, penetrándolos, pero nunca enajenándolos por completo. Sin embargo, eso no es todo, ya que cuerpo y vida son o pueden ser cosas, no irrestrictamente sino bajo ciertos respectos, y por lo mismo son o pueden ser propiedad jurídica en un sentido cuando menos análogo a la propiedad de las cosas meramente exteriores. No es, entonces, fija y estable la tipología de las dos propiedades. Hegel habla de un tránsito entre una y otra, que a veces es puramente histórico-fáctico, como en los casos injustificables del suicidio decidido individualmente o de la esclavización en todas sus manifestaciones, pero a veces puede llegar a ser normativamente legítimo (sea de lo espiritual a lo legal, sea en sentido inverso para dejar de considerar cosa a lo que es no-cosa). Justamente, cuerpo y vida son una propiedad fluctuante entre la primera y la segunda propiedad, sea solo fácticamente, sea también éticamente. Porque, nótese una vez más, el cuerpo y la vida son algo en lo que soy y a la vez son algo que yo poseo peculiarmente si y solo si los quiero, con los límites ya señalados. Casi como si dijera, cuerpo y vida son más que mera posesión externa del yo, menos que ser yo mismo[40]. ¿De dónde saca Hegel esta noción de una propiedad distinguible de la jurídico-legal y que es espiritual, vital, corporal? Y, sobre todo, ¿qué pensar de este tratamiento hegeliano de cuerpo y vida desde un punto de vista detalladamente fenomenológico? Es lo que hay que apuntar a continuación, para terminar.

IX. FUENTES DE LA PROPIEDAD ESPIRITUAL

Frente a la pregunta por la fuente de esta (auto)propiedad espiritual, un elemental deber de caridad interpretativa obliga a decir que Hegel recurre a la noción de la otra propiedad por necesidad sistemática. Y es que el cuerpo no solo está incluido *en* el que soy o, quizá mejor, no solo es la circunscripción de la vida *en* la que soy o estoy, sino que también tiene algo de cosa, de posesión querida y sobre la cual me comporto en cierto sentido propietariamente, si bien con los límites apuntados (no todo puede ser enajenado, ni la enajenación misma cuando es posible carece de límites, como los casos de la esclavitud y el suicidio lo muestran). Por lo mismo, la propiedad sobre sí, más que la condición de posibilidad de la propiedad de cosas exteriores, es también su efectiva realidad, constituye la libertad espiritual en un cuerpo vivo formado e idealizado que media, significa o pone en obra la libertad jurídica en cosas exteriores. Se trata, diría,

40. Fichte, en cambio, cuya *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre* de 1796/7 consagra al cuerpo parágrafos enteros (el §5, el §6 y el §11) en la deducción del derecho, sí llega a decir que mi cuerpo soy yo mismo: «el ser libre, como fenómeno, es idéntico a su cuerpo [*ist identisch mit seinem Leibe*] (este es el representante del yo en el mundo sensible, y, si se atiende solo al mundo sensible, es él mismo el yo [*selbst das Ich*]). Así juzgamos siempre en la vida común: «*yo* no he estado allí». «Él *me* ha visto». «Él ha nacido, ha muerto, está enterrado», etc.»: Fichte, J. G. 1995: 193-194. Al respecto, véase Schwember, 2013: 293-306. Sobre la importancia del cuerpo en Fichte, mas sin identificar alguna relación del mismo con la propiedad, véase Zöller, 2015: 55-56 y 85.

de la autopropiedad como una peculiar (y en varios sentidos limitada) *potestas in se*[41]. Por lo mismo, esta autodeterminación real, y a la larga concreta y socializada, expresa inevitablemente a la libertad no como dominación ajena, sino como autodominio o autogobierno. Tal sentido republicano de la libertad parece recorrer, subjetiva y objetivamente hablando, las *Grund.* de Hegel[42].

Pero, aun con estas prevenciones sistemáticas, la afirmación de una propiedad diferente de la jurídica, que recae sobre cuerpo y vida propias, no es ninguna novedad en la filosofía occidental. Este es el sentido más inmediato, si se quiere, de la pregunta por la fuente de la propiedad espiritual hegeliana. Aquí el *locus classicus* es la *self-ownership* de que trató Locke en el *Second Treatise*[43]. De hecho, según Soual, Hegel repiensa la gran tesis de Locke de la autopropiedad humana (*a property in his own person*, según el §27 del *Second Treatise*) como una propiedad primaria sobre su vida y su libertad de la cual deriva la propiedad sobre sus bienes (fórmula entera, la de la propiedad sobre la vida, libertad y bienes, que aparece múltiplemente en esa obra, como en los §§6, 87 y 123)[44]. En la teoría propietaria de Locke, suele decirse hoy, confluyen variadas versiones y justificaciones de la propiedad, algunas premodernas, teológicas y cristianas, otras modernas, secularizadas e incluso capitalistas, puesto que en tal teoría ya se advierten «teorías proto-hegelianas de la personalidad»[45].

Por cierto, Locke es un antecedente importante, pero uno entre otros. Se puede rastrear la noción de autopropiedad más cerca de Hegel, como en Kant, respecto del cual hay varias estrategias posibles de búsqueda en su obra de una defensa de la *self-ownership*, por ejemplo la filosófico-moral de la *Gundlegung* que recurre a la ley universal y a la autonomía[46] o la filosófico-jurídica en la *Rechtslehre* que aprovecha la vinculación que existe entre derecho, libertad y agencia humana[47], o la filosófico-ética de la *Tugendlehre*, antes señalada, según la cual el hombre, como animal, tiene entre sus deberes para consigo mismo el de no autocosificarse o enajenarse, el de no disponer o

41. ¿O como un derecho que no es estrictamente hablando *ius in rem* ni tampoco *ius in personam*, sino –usando terminología de Kant pero estipulándola con otro significado– un «derecho personal de carácter real (*auf dingliche Art persönliches Recht*)»?
42. Véase, entre otros, Stekeler-Weithofer, 2018: 226-251.
43. Véase Waldron, 1988: 177-183.
44. Soual, 2006: 94 n. 10. Conviene consignar que la actual literatura secundaria sobre Locke y su teoría propietaria ya no está hegemonizada por la visión tradicional de Macpherson, Strauss y Nozick, sino que incluye otras interpretaciones (y la apelación a otras obras de Locke) en las cuales se verifican los así llamados 'giro religioso' y 'giro igualitarista'; al respecto, y por todos, véanse dos obras (que dialogan críticamente entre sí) de Waldron, 1988: 137-252, y Waldron, 2002: 151-187, y (no lejos de Waldron) Udi, 2018.
45. Boyd, 2016: 411. Esta peculiar coexistencia entre un modelo teológico y otro más bien secular –entre ley natural y derechos naturales o, en otras palabras, entre *divine ownership*, por un lado, y *self-ownership* y propiedad sobre objetos externos, por el otro– es desarrollada, últimamente, por Seagrave, 2016: 373-393, y por Olsthoorn, 2019: 242-263.
46. En este sentido, véase Taylor, 2004: 65-78.
47. En este sentido, véase Weinrib, 2017: 117-144.

aniquilar su propia humanidad como si esta fuera un medio, una mera cosa[48]. También es posible ir más atrás, antes de Locke, cuando D. de Soto distinguía (como el propio Locke) dos sentidos diferenciados de dominio o propiedad[49], para llegar incluso hasta los antiguos griegos y romanos, quienes definían al libre como *sui iuris*, como aquel que no es esclavo o propiedad de otro, *alieni iuris*, pues la «auto-posesión era conectada con tener distancia suficiente de los deseos propios para ser capaz de la práctica del auto-control virtuoso», como ha dicho Waldron, lo cual, nuevamente, se vincula con temas emergidos recientemente en teorías cívicas republicanas[50].

X. FENOMENOLOGÍA DE LA AUTO PROPIEDAD

¿Qué decir del tratamiento hegeliano de esta propiedad especial y del cuerpo desde un punto de vista fenomenológico? Hegel, a mi modo de ver, incluso cuando lanza tesis problemáticas o faltas de precisión, realiza un elegante y profundo análisis de la corporalidad, tanto descriptiva como normativamente. Dos ejemplos bastarán para verlo.

Entre los varios textos de Husserl que tratan del yo y su cuerpo, hay uno titulado «Cuerpo – cosa– empatía», de 1921, recogido en uno de los volúmenes de *Husserliana* dedicados a la cuestión de la intersubjetividad[51]. Allí se distingue entre apropiación (*Zueignung*) y aunamiento (en la traducción propuesta por Serrano de Haro de *Einigung*). Apropiación es asimilación o desalienación de metas o quehaceres, y es una característica de todo tipo de acciones, las cuales en este sentido se producen corporalmente haciendo de algo otro algo ahora mío. El propio cuerpo, en cambio,

48. Véase Euler, 2015: 2076-2077. En un sentido parecido, recurriendo tanto a la *Rechtslehre* cuanto a las lecciones de ética, véase Schwember, 2015: 923-925.
49. Véase Schwember, 2015: 920: «Domingo de Soto –a quien Locke leyera de modo más o menos asiduo– sostiene que a los hombres compete el dominio de los bienes exteriores en razón del dominio natural que cada uno tiene sobre su propio cuerpo: «el hombre empezó en primer lugar a ser dueño (*dominus*) de su cuerpo y miembros». Ese dominio, sin embargo, no supone que el hombre sea propietario de su propia vida: «El hombre no es dueño de su vida» (*Homo non est suae vitae dominus*), dice de Soto, e inmediatamente agrega: «dueño de una cosa es aquel que sin causar injuria a nadie, puede hacer uso de ella como le pluguiere». La inconsistencia en Soto y en Locke se evita porque, evidentemente, estos autores manejan (al menos) dos conceptos de «dominio» o, como diríamos nosotros hoy, de «propiedad»: uno amplio, al que hacen referencia generalmente con el par de términos *dominium* y *dominus* y otro restringido, al que se refieren con el término *proprietas*. Así, por ejemplo, yo soy *dominus* pero no tengo la propiedad de mi propio cuerpo. Aunque Locke usa indiscriminadamente el término *property*, es obvio que lo está usando en los dos sentidos aquí descritos y que corresponden a los términos latinos *dominium*/*proprietas*».
50. Waldron, 2020.
51. Husserl, 1973: 55-73. Sigo la exposición que del tema (y del mismo texto mencionado) ha hecho en numerosos escritos A. Serrano de Haro, por ejemplo en Serrano de Haro, 1997: 185-216, en Serrano de Haro, 2016: 181-212, y en Serrano de Haro (2022).

no es algo apropiable o poseíble, al menos no en principio[52]. El yo, actuando, es uno con su cuerpo, está aunado con él. De ahí que Husserl diga que mi cuerpo es «*lo más originariamente mío* [*das ursprünglichst Meine*]»[53]. Pareciera que esto no es una identidad del yo con el cuerpo, pero a la vez que es más que apropiación o posesión del mismo. Así ocurre, dice Serrano de Haro, con el automovimiento corporal ('yo me muevo', en una suerte de transitividad semirreflexiva), y en general con el cuerpo en cuanto punto absoluto o cero de orientación, como mediador universal de toda ulterior apropiación. Y así ocurre también con un fenómeno corporal como el dolor, esa afección que experimenta el yo, que no depende de él y a la cual tiene que reaccionar[54]. El dolor es un excelente ejemplo no de apropiación sino de aunamiento: el dolor está aunado al cuerpo y aunado directamente, sin ninguna mediación, al yo que lo sufre[55]. Según Husserl, entre yo y mi cuerpo no hay identidad ni diferencia: menos que identidad, más que diferencia. Yo no soy mi cuerpo (eso sería identidad), yo no tengo mi cuerpo (eso sería diferencia), tesis estas próximas a las de Hegel, como vimos (más que posesión del yo, menos que ser yo son cuerpo y vida)[56].

Pero, si bien el análisis fenomenológico tiene pretensión de exhaustividad, es en todo caso interminable y solo aproximado. Zubiri podría estar de acuerdo con Hegel en que bajo un respecto soy en mi cuerpo, y en que bajo otro lo poseo volitivamente. Soy en él porque el sistema de mis notas es, en parte, un subsistema de notas físico-químicas cuyos momentos tienen como unidad intrínseca la corporeidad, el ser cuerpo. Y lo poseo con mi voluntad porque este subsistema es mío, es mi realidad, si bien

52. Es cierto que Husserl admite, genéticamente, que en la primera infancia cada cual sí se apropia de su cuerpo: Husserl, 1973: 58. Pero, fuera de este caso genético, el yo no se apropia de su cuerpo, más bien se aúna con este.
53. Husserl, 1973: 58.
54. «Merece incluso observarse cómo el cuerpo dolorido acude por principio, estructuralmente, en auxilio de sí mismo, y esta es la primera práctica del cuidado, el origen absoluto de la medicina y la enfermería. Una parte de mi cuerpo socorre a esa otra parte sufriente, con caricias, frotes, soplidos, presiones; en suma, con unos movimientos intencionados, intencionales, que ante todo han de ser contenidos, mesurados, pautados. Estas acciones lenitivas de auxilio poseen, claro está, una figura temporal delicada, un ritmo interno imprescindible de aplicación y variación, mientras que, bajo él, el dolor que se busca aliviar puede dejarse controlar o puede muy bien prolongar su presente y agitarlo más, en la tensión errática del curso amorfo»: Serrano de Haro, 2020: 164.
55. Véanse Serrano de Haro, 2019: 30-42, y Serrano de Haro, 2020.
56. Una perspicaz crítica fenomenológica de algunas de estas tesis de Husserl (y, por su proximidad, de las de Hegel), sosteniendo en cambio que «yo soy mi cuerpo», es la de González, 2014: 203-218: «el yo fenomenológico no es un sujeto trascendente a lo inmediatamente dado. El yo fenomenológico es el surgir mismo como carne […] «Yo soy mi cuerpo» no es otra cosa que «yo soy carne». No soy un sujeto al margen del mundo, sino un yo en la carne de un aquí corporalmente acotado. No soy, sin embargo, cosa, sino algo radicalmente distinto de toda cosa. En la patencia del aparecer no surjo como una cosa o como un conjunto de cosas. La fibra de mi frágil carnalidad es el surgir mismo de todas las cosas. Cuando alguien o algo toca mi mano, no toca algo distinto de mí. Cuando alguien toca mi mano no toca simplemente algo que está muy cerca de mí. Soy carne. Cuando alguien toca mi mano, me toca a mí» (p. 218). Hegel, sin embargo, decía algo casi idéntico: «quien ataca mi cuerpo me ataca en cuanto libre [*wer meinen Körper angreift greift mich an als Freies*])»: Hegel, 2013: 360.

parcial. Y es solo parcial porque el cuerpo no tiene por sí solo suficiencia, sino que está codeterminado por otro subsistema de notas, las psíquicas. Esa codeterminación implica que cada nota, corporal o psíquica, es nota 'de' todas las demás, o sea, determina a –y está determinada por– todas ellas. Es lo que Zubiri, por analogía con una estructura peculiar de las lenguas semíticas, llamaba 'estado constructo': el cuerpo es parte necesaria (aunque insuficiente, no sustantiva) 'de' la totalidad sistemática humana. Pero esto no es todo. Por sus notas psíquicas, especialmente las notas intelectivas, la realidad humana se autoposee formalmente como tal realidad. La autoposesión que ya caracteriza a otras realidades vivientes justamente en cuanto vivientes, sean vegetales o animales, se dispara en el caso del animal humano, de tal manera que su realidad no solo es suya, sino que es (el vocablo es de Zubiri) *reduplicativamente* suya. A este carácter doblemente, radicalmente suyo del ser humano como forma de realidad se lo puede llamar 'suidad'. Y nótese que el ser suyo equivale aquí a poseer no solo tal o cual de sus notas, sino a poseerse en cuanto realidad[57].

Hegel, veíamos, consideraba que el animal no humano se autoposee, aunque elementalmente. Esto también es refinable fenomenológicamente. Zubiri, próximo a Hegel aunque a su manera, sostiene que la autoposesión es una nota no solo del ser humano, sino también de la animalidad y aun de la vida. Desde temprano, como sabemos ahora por la publicación de sus cursos orales de los años 40 y 50, Zubiri admitió en los vivientes un αὐτός, una cierta mismidad o autoposesión[58]. La vida, apretando mucho la descripción, se autoposee porque el viviente exhibe cierta independencia respecto del medio y cierto control específico sobre él. Mientras, en la animalidad esta autoposesión se agudiza y especializa, esto es, se formaliza, pues en el animal se desgaja la función del sentir, hay ya impresiones y una posesión de sí que permite sentir impresivamente algo otro. La alteridad que el animal no humano siente es una específica y notablemente formalizada manera de quedar: es lo otro que queda estimúlicamente ante el animal que lo siente. Tal es la formalidad de estimulidad, por la cual el animal siente lo otro siempre y solo como signo de respuesta vital[59]. Claro es que debe hablarse de una escala de formalización, sumamente diferenciada según la especie de que se trate, y que en el caso del animal humano llega a su máxima manifestación, en tanto en cuanto el humano es el animal hiperformalizado, el animal intelectivo, el animal de realidades[60].

57. Véase Zubiri, 2012: 41-62. La suidad, el ser suyo, no es una idea nueva. En pleno siglo XV, Nicolás de Cusa hace a Dios decir al hombre: «sé tú tuyo y yo seré tuyo [*Sis tu tuus et ego ero tuus*]»: *De visione dei*, h VI, c. VII, n. 25, p. 27, 15-19. Véase Solari, 2012: 469-472.
58. Véanse Zubiri, 2020: 574; y Zubiri, 2012: 192 y 194.
59. Véanse Zubiri, 2020: 333-615; Zubiri, 2008: 495-599; y Zubiri, 2012: 30-32.
60. Véase Zubiri, 2008: 69-74.

XI. PERSPECTIVAS

Al fin, con la formalización e hiperformalización, con este desgajamiento o liberación biológica del sentir y del inteligir, volvemos al comienzo. Los vivientes se autoposeen de muchas maneras. Los animales ostentan algún sí mismo en *crescendo* de complejidad. Pero, esa autoposesión, esta mismidad, nunca llegan a ser –a lo que parece– intelectivas, formalmente suyas, una vida con pensamiento, voluntad, espíritu, idealismo en sentido estricto. Lo que es tanto como decir que nuestra complejidad es de otro nivel. De lo cual Hegel infiere que los humanos pueden querer sus vidas, actividades y habilidades y que, *precisamente por ello*, tienen cierta propiedad sobre ellas. El problema de esta afirmación especulativa, claro, no son solo las fronteras normativas y fácticas de la voluntad (en cuya virtud la autopropiedad suele ser *de facto* violada criminalmente, o por el mismo Estado, o por el espíritu de este mundo, y ha de ser limitada en el sentido de comprender grandes áreas de inenajenabilidad personal y vital, en las cuales solo la idea ética del Estado tendría derecho a disponer o exigir el sacrificio de la vida individual), sino, sobre todo, que no siempre los humanos *pueden querer* sus propias vidas, actividades y habilidades, casos en los cuales han de actuar por representación de otra voluntad.

¿Podría, entonces, el brutalizado, sensible y enterado animal de Tolstói haber cuestionado al filósofo acerca de si no es racional, sino más bien propio de «un mundo en el que algo injusto es todavía justo», que la propiedad sobre sí no les sea reconocida en cambio a otros animales porque no la pueden querer humanamente? La pregunta, claro, requiere de algunas especificaciones previas que aquí solo es posible sugerir. Cabría argumentar, por ejemplo, à la Jhering, de modo que la condición de sujeto de derecho y la titularidad misma de derechos dependan de la calidad animal consistente en ser un portador de intereses para el que «algo puede ser bueno o malo, desde su punto de vista»[61], calidad esta que admite diferencias de clase, mas no de jerarquías o rangos de superioridad e inferioridad, siendo entonces personas y titulares de derechos *ex aequo* tanto un agente capaz de actuar por sí, cuanto un paciente moral representable por otro que de todos modos sí es agente. En cambio, desde la perspectiva de la voluntad, en cuyo beneficio cuando menos hay que relativizar la del interés (después de todo, recuérdese, el punto de partida del derecho, su lugar más próximo, su sustancia es, según Hegel, precisamente la voluntad, la libertad), la subjetividad y sus derechos se elaborarán de acuerdo con una teoría homónima o analógica dependiente *central*, *paradigmáticamente* de la agencia moral debida a la hiperformalización, intelección, pensamiento, voluntad, y solo *derivadamente* de la paciencia moral de ciertos animales, humanos y no humanos, dotados de otro tipo o nivel de formalización, autoposesión, mismidad, y por ende representables por otros que sí son agentes[62].

61. Mañalich, 2018: 327.
62. Se ha intentado también alguna *via media*, basada en la teoría del interés y en las nociones de personalidad paradigmática y de casos alejados de la misma. Se trata, en este sentido, de mantener la dicotomía

BIBLIOGRAFÍA

Amengual, G. (2001) *La moral como derecho. Estudio sobre la moralidad en la Filosofía del Derecho de Hegel*, Madrid: Trotta.

Amengual, G. (2021) *La libertad en su realización. La Filosofía del Derecho de Hegel*, Granada: Comares.

Atria, F. (2023) «Personas, cosas, derechos», en *Revista Derecho del Estado*, 54, 163-200.

Boyd, R. (2016) «Locke on Property and Money», en M. Stuart (ed.), *A Companion to Locke*. W. Sussex: Wiley Blackwell, 394-412.

Cordua, C. (2019) «El cuerpo propio», en *Estudios sobre Hegel*, Stgo. de Chile: Ediciones UDP, 45-54.

Duque, F. (1992) «El desarrollo del derecho abstracto y su lógica», en *Taula. Quaderns de pensament*, 61-76.

Euler, W. (2015) «Selbstmord, Selbstentleibung», en M. Willaschek et al (eds.), en *Kant-Lexikon* Vol. 3, Berlin/Boston: De Gruyter.

Fichte, J. G. (1995) *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, trad. J. L. Villacañas, M. Ramos y F. Oncina, Madrid: CEC.

González, A. (2014) *Surgimiento. Hacia una ontología de la praxis*, Bogotá: USTA

Hegel, G. W. F. (1986) *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: Werke in 20 Bänden, Band 7. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen*. Frankfurt: Suhrkamp.

Hegel, G. W. F. (2010) *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho, Hegel II*, trad. de M. del C. Paredes. Madrid: Gredos.

Hegel, G. W. F. (2013) «Wintersemester 1818-1819. Nachschrift Carl Gustav Homeyer», en D. Felgenhauer (ed.) *Vorlesungen* über *die Philosophie des Rechts. Gesammelte Werke,* Vol. 26,1. Hamburg: Meiner, 227-330.

Hegel, G. W. F. (2013) «Wintersemester 1819-1820. Nachschrift Johann Rudolf Ringier», en D. Felgenhauer (ed.) *Vorlesungen* über *die Philosophie des Rechts. Gesammelte Werke,* Vol. 26,1. Hamburg: Meiner, 331-590.

Hegel, G. W. F. (2013) «Wintersemester 1817-1818. Nachschrift Peter Wannemann», en D. Felgenhauer (ed.) *Vorlesungen* über *die Philosophie des Rechts. Gesammelte Werke,* Vol. 26,1. Hamburg: Meiner, 1-225.

entre personas y cosas (consistiendo la personalidad en la capacidad de goce o titularidad de derechos subjetivos, esto es, de intereses jurídicamente protegidos), para mostrar enseguida que esa dicotomía no impide atribuir derechos diferenciadamente ni, por ende, una distinción también jurídica de clases (no jerarquizadas) de personalidad, todo ello con dos condiciones: una, identificar cierto paradigma de persona conformado por los individuos de la especie humana (como el punto de vista «más firme, más asentado del derecho actual»), y la otra, desactivar la necesaria conexión de dicho paradigma con presuposiciones morales acerca de la misma personalidad o, en otros términos, con una concepción moral de esta: Atria, 2023: 190-191 n. 55 y 195. Solo insinuaré que la primera condición en su mejor versión debería entenderse encadenada no tanto con el espeso problema de la indistinción de jerarquías personales, sino sobre todo con la distinción de conjuntos mayores o menores de derechos respecto de la mayor o menor o nula perfección de la misma voluntad del agente, y que la segunda yerra en tanto en cuanto la técnica de la personalidad jurídica sí que es parasitaria de presupuestos morales (como también metafísicos, científicos, aun del *common sense*), por cierto históricamente constituidos.

Hegel, G. W. F. (2017) *Fundamentos de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia política*, trad. de Joaquín Abellán, Madrid: Tecnos.

Hegel, G. W. F. (2017) *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Auf der Grundlage der Edition des Textes in den Gesammelten Werken Band 14*. Hamburg: Meiner.

Houlgate, S. (2017) «Property, Use and Value in Hegel's Philosophy of Right», en D. James (ed.), *Hegel's Elements of the Philosophy of Right. A Critical Guide*, Cambridge: Cambridge University Press.

Hruschka, J. (2015) «Das Erlaubnisgesetz der praktischen Vernunft und der ursprüngliche Erwerb von Stücken des Erdbodens», en *Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, Freiburg/München: Alber, 48-88.

Husserl, E. (1973) «Leib – Ding – Einfühlung. Anknüpfung Seele-Leib», en I. Kern (ed.), *Husserliana* Vol. 14: *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität Zweiter Teil: 1921-1928*. Den Haag: Martinus Nijhoff, 55-73.

Illetterati, L. (2015) «La Filosofía de la Naturaleza», en G. Amengual (ed.), *Guía Comares de Hegel*, Granada: Comares, 133-173.

Kant, I. (2005) *La metafísica de las costumbres*, trad. A. Cortina y J. Conill, Madrid: Tecnos.

Khurana, Th. (2023) «True Right Against Formal Right. The Body of Right and the Limits of Property», en D. Moyar et al (eds.), *Hegel's Philosophy of Right. Critical Perspectives on Freedom and History*, London/N. York: Routledge, 147-168.

Malabou, C. y Butler, J. (2011) «You Be my Body for Me: Body, Shape, and Plasticity», en S. Houlgate y M. Baur (eds.), *A Companion to Hegel*, W. Sussex: Wiley Blackwell, 611-640.

Malabou, C. y Butler, J. (2021) *Sé mi cuerpo. Una lectura contemporánea de la dominación y la servidumbre en Hegel*, trad. M. Mansour, México, Paradiso Editores.

Mañalich, J. P. (2018) «Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho», en *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, 31/2, 321-337.

Mohseni, A. (2017) «Eigentum und die soziale Sichtbarkeit der Person», en L. Siep (ed.), *G. W. F. Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin/Boton: De Gruyter.

Olsthoorn, J. (2019) «Self-ownership and Despotism: Locke on Property in the Person, Divine *Dominium* of Human Life, and Rights-Forfeiture», en *Social Philosophy and Policy*, 36/2, 242-263.

Ormeño, J. (2020) «La concepción expresiva del espíritu, en particular de la agencia racional, en la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* de Hegel», en R. Espinoza et al (eds.), (2020) *Hegel hoy. El pensador de las contradicciones del presente*, Barcelona: Herder, 145-165.

Padial, J. J. (2015) «La Filosofía del Espíritu Subjetivo», en G. Amengual (ed.), *Guía Comares de Hegel*, Granada: Comares, 175-207.

Peperzak, A. (2001) *Modern Freedom. Hegel's Legal, Moral, and Political Philosophy*, Dordrecht: Springer.

Pinkard, T. (2002) *Hegel. Una biografía*, trad. C. García Trevijano, Madrid: Acento, 2002.

Röttgers y B. Völzmann-Stickelbrock (eds.), *Die Debatte um geistiges Eigentum: Interdisziplinäre Erkundungen. Rechtswissenschaft – Politikwissenschaft – Philosophie*, Bielefeld: De Gruyter.

Sandkaulen, B. (2020) ««El alma es el concepto existente». Retos de la antropología filosófica», trad. R. Navarrete, en R. Espinoza et al (eds.), *Hegel hoy. El pensador de las contradicciones del presente*, Barcelona: Herder, 167-185.

Schwember, F. (2013) *Libertad, derecho y propiedad. El fundamento de la propiedad en la filosofía del derecho de Kant y Fichte*, Hildesheim/Zürich, N. York: G. Olms Verlag.

Schwember, F. (2015) «Propiedad sobre sí mismo, derechos liberales y autonomía: ¿el fundamento kantiano de *Anarquía, estado y utopía* de Robert Nozick?», en *Pensamiento*, 71, 909-30.

Seagrave, S. A. (2016) «Locke on the Law of Nature and Natural Rights», en M. Stuart (ed.) *A Companion to Locke*. W. Sussex: Wiley Blackwell, 373-393.

Serrano de Haro, A. (1997) «Fundamentos del análisis fenomenológico del cuerpo», en A. Serrano de Haro (ed.) *La posibilidad de la fenomenología*. Madrid: Editorial Complutense, 185-216.

Serrano de Haro, A. (2016) *Paseo filosófico en Madrid. Introducción a Husserl*, Madrid: Trotta.

Serrano de Haro, A. (2019) «Introducción a la fenomenología del dolor: la experiencia del dolor físico desde el punto de vista filosófico», en *Humanitats*, 3, 30-42.

Serrano de Haro, A. (2020) «El largo presente del dolor físico. Cinco leyes de la temporalidad adolorida», en *Revista Filosófica de Coimbra*, 29/57, 153-168.

Serrano de Haro, A. (2022) «La corporalidad más primitiva. Los análisis de Husserl en 1921», en L. I. Rojas et al (eds.), (2022) *Acta fenomenológica latinoamericana*, VII, Lima/Puebla, inédito aún y en curso de publicación.

Solari, E. (2012) «*De pace fidei*: de la libertad a la tolerancia», en *Teología y vida*, 53/4, 439-473.

Solari, E. (2021) «Articulaciones y problemas de la propiedad según Hegel», en *Areté. Revista de Filosofía. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 33, (1) 147-175.

Soual, Ph. (2006) *Le Sens de L'État. Commentaire des Principes de la Philosophie du Droit de Hegel*. Louvain/Paris/Dudley: Editions de L'Institut Supérieur de Philosophie Louvain-la-Neuve.

Stekeler P. (2021) *Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts. Ein dialogischer Kommentar*, Hamburg: Meiner.

Stekeler-Weithofer, P. (2018) «Eigentum und Selbstbestimmung. Hegels Idee personaler Freiheit in republikanischen Institutionen», en P. Stekeler-Weithofer y B. Zabel (eds.), *Philosophie der Republik*, Mohr Siebeck, 226-251.

Taylor, R. (2004) «A Kantian Defense of Self-Ownership», en *The Journal of Political Philosophy*, 12/1, 65-78.

Tolstói, L. (2018) *La historia de un caballo*, trad. S. Ancira, Barcelona: Acantilado.

Udi, J. (2018) *Locke, propiedad privada y redistribución*, Bernal: U. Nacional de Quilmes.

Valls Plana, R. (2018) *Comentario integral a la Enciclopedia de las ciencias filosóficas de G. W. F. Hegel (1830)*, Madrid: Abada Editores.

Waldron, J. (1988) *The Right to Private Property*. Oxford: Oxford University Press, 177-183.

Waldron, J. (2002) *God, Locke, and Equality. Christian Foundations of John Locke's Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press.

Waldron, J. (2020) «Property and Ownership», en E. N. Zalta (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* disponible en https://plato.stanford.edu/entries/property/.

Weinrib, E. (2017) *La idea de derecho privado*, trad. E. Páez, Madrid/Barcelona: Marcial Pons.

Weisser-Lohmann, E. (2014) «Privileg oder Recht? 'Geistiges Eigentum' bei Hegel», en Th. Eimer et al (eds.), *Die Debatte um geistiges Eigentum: Interdisziplinäre Erkundungen. Rechtswissenschaft – Politikwissenschaft – Philosophie*. Bielefeld: De Gruyter, 11-30.

Xifaras, M. (2004) «L'individualisme possessif, spéculatif (et néanmoins romain) de Hegel. Quelques remarques sur la théorie hégélienne de la propriété», en J.-F. Kervégan y G. Marmasse (eds.), *Hegel penseur du droit*. París: CNRS Éditions, 63-79.
Zöller, G. (2015) *Leer a Fichte*, trad. G. Rivero, Barcelona: Herder.
Zubiri, X. (1980) *Inteligencia sentiente: Inteligencia y realidad*. Madrid: Alianza Editorial.
Zubiri, X. (2006) *Estructura dinámica de la realidad, Curso de 1968*. Madrid: Alianza Editorial.
Zubiri, X. (2008) *Espacio, tiempo, materia*. Madrid: Alianza Editorial.
Zubiri, X. (2012) *El hombre y Dios*. Madrid: Alianza Editorial.
Zubiri, X. (2020) *Ciencia y realidad (1945-1946)*. Madrid: Alianza Editorial.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 109-120
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.3

La preservación de la verdad bajo extensiones, semántica inexacta y teoría jurídica

Truth Preservation under Extensions, Inexact Semantics and Legal Theory

Flávio Manuel Póvoa de Lima

Autor:
Flávio Manuel Póvoa de Lima
Becario CAPES/PROEX. Doctorando en teoría del derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, Brasil
flaviomplima@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-5303-0903

Recibido: 01/08/2022
Aceptado: 25/01/2023

Citar como:
Póvoa de Lima, Flávio Manuel (2024). La preservación de la verdad bajo extensiones, semántica inexacta y teoría jurídica *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 109-120. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.3

Agradecimientos:
Agradezco enormemente a los revisores de esta revista por sus comentarios sobre este breve artículo. Obviamente, cualquier error es de mi exclusiva responsabilidad. También quiero expresar mi agradecimiento al fondo para la investigación científica (CAPES/PROEX) del cual soy becario.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Flávio Manuel Póvoa de Lima

Resumen

Uno de los pilares del positivismo jurídico es la tesis del derecho como hecho. Esta tesis afirma que en cualquier sistema jurídico, *S*, las atribuciones jurídicas se basan, en última instancia, en la conformación descriptiva de *S*. Así, no es coincidencia que muchos de los argumentos contra el positivismo no son sino diferentes formas de «rehacer» la famosa ley de Hume: «ningún debe de un es». En este trabajo me ocupo de una explicación de la ley de Hume fundada en una especie de asimetría entre proposiciones descriptivas y normativas bajo extensiones. Relaciono esta explicación con un enfoque semántico de tipo «inexacto» y procuro extraer de eso algunas repercusiones para el debate relativo a la posibilidad del positivismo jurídico como proyecto teórico para el derecho.

Palabras clave: semántica inexacta; ley de Hume; positivismo jurídico.

Abstract

One of the pillars of legal positivism is the thesis of law as fact. This thesis tells us that the legal ascriptions in any legal system, *S*, are ultimately grounded on the descriptive conformation of *S*. Thus, it is not a coincidence that many of the arguments against positivism are nothing more than different ways of «rehashing» Hume's famous law: «no-ought-from-is». In this paper I deal with an explanation of Hume's law founded on a kind of asymmetry between descriptive and normative propositions under extensions. I relate this explanation to some kind of «inexact» semantic approach and try to get from this some implications for the debate about the possibility of legal positivism as a theoretical project for law.

Keywords: inexact semantics; Hume's law; legal positivism.

Consideremos la proposición atómica «Flavio es más alto que Ana» y algún contexto *C*. Pregunta: si «Flavio es más alto que Ana» es verdadera en *C*, entonces ¿qué es lo que hace que las cosas sean así en *C*? En la teoría de los hacedores de verdad, este cuestionamiento suele verse como una búsqueda de lo que hace necesario que la proposición en cuestión sea verdadera[1]. Así, una respuesta inmediata es que la proposición «Flavio es más alto que Ana» es verdadera en cualquier contexto, *C*, porque es una circunstancia de *C* que Flavio es más alto que Ana en *C*. Aunque no sea informativa, esta respuesta es indiscutiblemente correcta. Otra respuesta posible sería que la proposición «Flavio es más alto que Ana» es verdadera en cualquier contexto *C* porque es una circunstancia de *C* que Flavio mide 1,86 metros de altura y Ana 1,76 metros.

Schulte (2011) sugiere que explicaciones como «La proposición "Flavio es más alto que Ana" es verdadera en un contexto, *C*, porque es una circunstancia de *C* que Flavio mide 1,86 metros de altura y Ana 1,76 metros» resultarían de una contracción entre dos tipos distintos de explicaciones, que son: (i) La proposición de que «Flavio es más alto que Ana» es verdadera porque es el caso que Flavio es más alto que Ana en *C* [explicación trivial]; y (ii) El hecho de que Flavio sea más alto que Ana es el caso porque es una circunstancia de *C* que Flavio mide 1,86 de metros altura y Ana 1,76 metros [explicación sustantiva en sentido estricto]. En general: *x* es un verificador de «p» si (i) *x* = [p] o (ii) *x* es una reducción de [p], donde «p» es una proposición y [p] la situación inmediatamente correspondiente.

1. La teoría de los hacedores de verdad plantea que los portadores de verdad (sentencias, proposiciones, etc.) son verdaderos en virtud de la existencia de un ente o conjunto de entes *f*, en el sentido de que la existencia de *f* es condición suficiente para la verdad de la proposición «p», o, más aún, si *f* es un hacedor de verdad de «p», entonces es imposible que *f* exista y «p» no sea verdadera. Esta caracterización de la teoría de los hacedores de verdad tiene los dos pies plantados en la tesis conocida como «*truthmaker necessitarianism*». Aunque controvertida, no veo ningún problema en utilizar la tesis para caracterizar este proyecto teórico, puesto que el desarrollo de la teoría de los hacedores de verdad parece gravitar en torno a las distintas formas de abordar los problemas engendrados por dicha tesis. Por ejemplo, es imposible que yo exista y la proposición «2+2=4» no sea verdadera; sin embargo, yo no hago verdadera la proposición «2+2=4». Ante problemas como este, encontramos dos vertientes en la teoría de los hacedores de verdad. La primera intenta conservar la idea de hacedor de verdad, pero alejarse de la idea de necesidad. La salida es temeraria, ya que gran parte de la diferencia entre la causalidad y las otras afirmaciones de anterioridad–«*grounding*» y «*truthmaking*»–radica en la existencia, en las dos últimas, de algún tipo de necesidad entre antecedente y consecuente, que no se da en la relación de causalidad. La segunda vertiente, a su vez, preserva la idea de necesidad, sin embargo, con la matización de que es una condición necesaria, pero no suficiente, para la relación en cuestión: para que *f* sea un hacedor de verdad de «p» no basta la imposibilidad de que *f* exista y «p» no sea verdadera, más que eso, principalmente debe existir una relación de determinación en el sentido de que «p» es verdadera *porque f* existe. Esta segunda vertiente tampoco está libre de problemas, pues da lugar a críticas en el sentido de que la idea de hacedor de verdad, además de basarse en compromisos ontológicos controvertidos, aporta muy poco a la noción de «*grounding*». La bibliografía sobre el tema es amplia. Véase, por ejemplo, Cameron (2018), Fine (2012) y Asay (2017).

En la tradición de la teoría de los hacedores de verdad, «(ii)» es considerado un proyecto muy importante, mientras «(i)» no tanto. Esto es un error. Son proyectos complementarios: «(i)» es semántico y «(ii)» es metafísico[2].

Dicho esto, se observa que en las semánticas inexactas –como la de los mundos posibles– parece ser el caso que (i)' x = [p] cuando x es cualquier circunstancia donde [p] sea el caso. De este modo, en esta semántica tenemos que x = [p] y x = [p & (q v ~q)][3] y «p» = «p & (q v ~q)»[4]. Supóngase[5] que «p» = «Flavio es más alto que Ana» y «q» = «La

2. A este respecto, véase Fine (2017b, pp. 556-557).
3. Es decir: para cada proposición «p» y situación inmediatamente correspondiente [p], cualquier circunstancia que sea una extensión de [p] es igual a [p]. No ignoro parecer extraño lo que aquí se escribe, ya que [frío y lluvia] es una extensión de [frío], pero la circunstancia [frío y lluvia] y la circunstancia [frío] no son la misma circunstancia (basta que dejes de llevar el paraguas a mano en las dos circunstancias para que veas cuán diferentes son). Sin embargo, lo que está en juego aquí no es si, en términos mundanos, existe una diferencia entre ambas circunstancias, sino hasta qué punto la semántica de los mundos posibles –aquí llamada «inexacta»– es capaz de captar esta diferencia. Tomemos en consideración la proposición atómica «Hace frío» y llamémosla «p». Desde el «punto de vista» de dicha proposición, concebida como una función de los mundos posibles en valores de verdad, no hay diferencia entre un mundo posible en el que hace frío (m_1) y un mundo posible en el que hace frío y llueve (m_2), los cuales responden exactamente igual a la cuestión planteada por la sentencia «Hace frío», a saber, «sí» (en este sentido, si no me equivoco: Perry, 1993). En la semántica de los mundos posibles, para la proposición «Hace frío», la circunstancia [frío] y la circunstancia [frío y lluvia] son la misma circunstancia, o, dicho de otro modo, «p» clasifica los mundos (m_1) –donde hace frío– y (m_2) –donde hace frío y llueve– como siendo de la misma clase, es decir, la clase de mundos donde hace frío. Ahora, considere la siguiente proposición «Hace frío y llueve» y llamémosla «p'». Observe que mi formulación inicial sigue siendo válida, pues, aunque «p'» diferencie [frío] de [frío y lluvia], «p'» no distingue la circunstancia inmediatamente correspondiente [frío y lluvia] de alguna extensión suya –por ejemplo: [frío, lluvia, viento]– sino que todas ellas son indistintamente clasificadas por «p'» como pertenecientes a la clase de los mundos posibles en los cuales hace frío y llueve.
4. De nuevo, aunque suene extraño, la afirmación ««p» = «p & (q v ~q)»» no es inusual en las discusiones sobre las consecuencias de la semántica de los mundos posibles. La idea básica detrás de esto es que, en esta semántica, la «tarea informativa» (tomo prestada la expresión de Berto y Nolan, 2021) de una proposición «p» puede reducirse al fraccionamiento del universo de la totalidad de mundos posibles en dos, extrayendo de este universo aquellos mundos en los que «p» es verdadera y reteniendo aquellos en los que «p» es falsa. Siendo que, por ser una tautología, «(q v ~q)» no «filtra» nada (por usar una expresión de Perry, 1993, p. 180) y, por tanto, la proposición «p» es idéntica a la proposición «p & (q v ~q)». Nótese que no estoy afirmando que para cualquier proposición «p» y su circunstancia inmediatamente correspondiente [p], toda proposición «p'» que necesariamente tenga [p] como parte de sus circunstancias verificadoras sea igual a «p». Es fácil detectar que esto es falso en la semántica de los mundos posibles. Supóngase que «p» es la proposición «Hace frío» y «p'» es la proposición «Hace frío y llueve». Todas las circunstancias que verifican «p'» tienen necesariamente [p] como parte, pero no por ello «Hace frío» = «Hace frío y llueve», porque, aunque todo mundo posible en el que haya un verificador de «p'» satisface también «p», no ocurre lo mismo a la inversa: un mundo en el que haga frío y no llueve satisface «p», pero no «p'». Sin embargo, lo que digo es que en la semántica de los mundos posibles una proposición «p» no puede diferenciar la circunstancia inmediatamente correspondiente [p] de cualquier circunstancia que sea una extensión de [p], y que en esta semántica la proposición «p» es igual a la proposición que es la conjunción de sí misma con una tautología «q v ~q». Volvamos a las proposiciones «Hace frío» y «Hace frío y llueve». «p» se distingue de «p'» porque «p'» distingue al menos una circunstancia que «p» no distingue: aquella en la que llueve y hace frío. No ocurre lo mismo con las proposiciones «p» = «Hace frío» y «p'» = «Hace frío y (Llueve v No llueve)». Nótese que, en este último caso, «p» y «p'» son

interrupción del embarazo durante la gestación no es derecho en Brasil». Obviamente, «q» se refiere a la legalidad del aborto en Brasil. Pero si «q» trata de la legalidad del aborto en Brasil, entonces «q v ~q» también lo hace, porque la negación de una proposición no cambia su objeto, y si los dos disjuntos de una disyunción tratan del mismo tema, *t*, la disyunción en su conjunto también trata de *t*. Si «q v ~q» trata de la legalidad del aborto en Brasil, entonces «p & (q v ~q)» también lo hace, puesto que, si uno de los conjuntos de una conjunción trata de *t*, y el otro de *t'*, la conjunción en su conjunto también tratará de *t* (y de *t'*). Pero si «p & (q v ~q)» trata de la legalidad del aborto en Brasil, entonces, dado que «p» = «p & (q v ~q)», «p» trata de la legalidad del aborto en Brasil, lo cual es un completo disparate[6].

Además, si fuera correcto que (i)', entonces si algún contexto *C* instancia «p», entonces cada *C'*, donde *C'* es una extensión de *C*, también instancia «p». A primera vista la idea parece correcta, dado que «$\text{Fred}_{(\text{sapo})}$ es verde»[7] es verdadera en un contexto *C* donde hay un sapo llamado Fred y es verde; y sigue siendo verdadera en un contexto *C'*, donde hay un sapo llamado Fred y es verde, y hay un individuo llamado Flavio y es abogado; así como en un contexto *C''*, en el cual hay un sapo llamado Fred y es verde, y hay un individuo llamado Flavio y es abogado, y es más alto que Ana y está lloviendo; o, de nuevo, en un contexto *C'''*, en el cual hay un sapo llamado Fred y es verde, y hay un individuo llamado Flavio y es abogado o no lo es, y es más alto que Ana o no lo es, y está lloviendo o no, y así para cualquier extensión posible de *C*. Sin embargo, tome en consideración la siguiente proposición jurídica «n» = «María tiene prohibido abortar»[8]. Parecen posibles dos contextos, *C* y *C'*, donde *C'* es una extensión de *C*, y «n» es verdadera en *C*, pero no en *C'*. Por ejemplo, si *C* es un contexto en el que existe una norma prohibiendo el aborto, y existe una norma permitiendo el aborto en caso de anencefalia, y existe una norma permitiendo el aborto en caso de violación, y existe una norma permitiendo el aborto si la continuidad del embarazo pone en peligro la

ambas contingentes, aun así, estas proposiciones son (necesariamente) extensionalmente equivalentes. Además, en la semántica de mundos posibles, no hay ninguna circunstancia que «p» diferencie y «p'» no diferencie; y no hay ninguna circunstancia que «p'» diferencie y «p» no distingue, lo que sugiere que «p» y «p'» tienen el mismo contenido informativo en esta semántica.

5. En lo que sigue, adapto un argumento que puede encontrarse en Perry (1993, pp. 179-181).
6. Mantener la condición de que la conjunción es sobre *t* y *t'* no afecta el argumento, ya que la conclusión sería que «p» es sobre la legalidad del aborto y sobre las estaturas de Flavio y Ana.
7. Tomo prestada la proposición de Restall y Russel (2010, p. 246).
8. Nótese que en este trabajo no contemplo la distinción hecha famosa por Kelsen entre proposición jurídica y norma jurídica. En este artículo, una proposición jurídica (general o aplicada) «p» se identifica con aquello que –en términos mundanos, por así decirlo– verifica inmediatamente «p», en particular o hecho jurídico, abstracto o concreto, [p]. Así pues, dado que la propia existencia del hecho jurídico abstracto o concreto se identifica o forma parte de la proposición jurídica en sí misma, la tentativa de distinción (en el sentido de que la proposición jurídica es descriptiva y el hecho jurídico normativo) me parece artificial. Y creo que esto no me impide decir que las proposiciones jurídicas pueden ser verdaderas, falsas, etc. Obviamente, una postura en este sentido puede considerarse controvertida. La bibliografía sobre el tema es extensa, por ejemplo: Von Wright (1951), Alchourrón (1969), Bulygin (1999) y Rodríguez (2003).

vida de la madre, y María está embarazada de un feto viable, mientras que en *C'* existe una norma prohibiendo el aborto, y existe una norma permitiendo el aborto en caso de anencefalia, y existe una norma permitiendo el aborto en caso de violación, y existe una norma permitiendo el aborto si la continuidad del embarazo pone en peligro la vida de la madre, y María está embarazada de un feto viable, pero su embarazo es el resultado de una violación[9].

Por lo tanto, o bien (i)' es incorrecta o existe una especie de asimetría de comportamiento bajo extensiones entre las proposiciones descriptivas y las normativas. Restall y Russell (2010), por ejemplo, sugieren que las proposiciones descriptivas son conservadoras bajo extensiones, mientras que las proposiciones normativas son frágiles bajo extensiones[10]. Esto parece ser un problema con interesantes repercusiones para la teoría jurídica.

Una tarea importante en la teoría jurídica consiste en tratar de explicar el valor de verdad de las proposiciones jurídicas como «*x* es derecho». Siendo que, por un lado, tenemos a los positivistas para quienes las atribuciones jurídicas en cualquier sistema jurídico pueden explicarse utilizando solo hechos descriptivos en el *explanans*; por otro lado, tenemos a los antipositivistas para quienes las atribuciones jurídicas requieren necesariamente al menos un hecho moral en el *explanans.*

Obsérvese que existen al menos tres alternativas distintas que los positivistas podrían utilizar para basar la explicación de las atribuciones jurídicas exclusivamente en hechos descriptivos: «reduccionismo en sentido estricto», «*grounding*» y «*truthmaking*». Es ampliamente debatida la naturaleza de cada una y la relación existente entre estas distintas formas de determinación explicativa. No entraré en el debate, por lo que empleo el término reduccionista para significar lo que parece haber en común entre aquellas tres diferentes alternativas, que en mi opinión puede ser expresado en la siguiente tesis: para cualquier sistema jurídico, *S*, existe un relato puramente descriptivo de *S* que es suficiente para explicar su conformación jurídica (es decir, la totalidad de las atribuciones jurídicas en *S*). Esta tesis reduccionista en sentido amplio ha de ser defendida tanto por aquellos que entienden que los hechos jurídicos son hechos descriptivos

9. Si el punto a considerar aquí es efectivamente un comportamiento diferente de las proposiciones descriptivas y jurídicas bajo extensiones, o la derrotabilidad de la norma jurídica que prohíbe el aborto en *C* –y/o hasta qué punto estos dos tipos de planteamientos podrían estar relacionados– es una discusión que, aunque parece interesante, escaparía al ámbito del presente trabajo. Sin embargo, me gustaría señalar que, en mi opinión, el verificador inmediato de la proposición aplicada «n» es el hecho jurídico concreto de que María tiene prohibido abortar, y no las normas jurídicas abstractas que prohíben o permiten el aborto. Pero esto no importa, porque, aunque se quiera profundizar en la relación de determinación –pasando del hecho jurídico concreto a la norma abstracta y eventualmente de estas a los hechos descriptivos o morales subyacentes– la cuestión relativa a la posibilidad de que las proposiciones jurídicas sean frágiles bajo extensiones parece persistir.

10. En resumen, una proposición «p» es conservadora en alguna relación, R, cuando dados dos contextos, *C* y *C'*, y una relación de accesibilidad –R– entre ellos, si *C* instancia «p», entonces *C'* también ejemplifica a «p». En caso contrario, es decir, si «p» es verdadera en *C*, pero no en *C'*, «p» es frágil en R. (Véase Restall y Russell, 2010).

camuflados (reduccionismo en sentido estricto), como por aquellos que exigen menos de esta relación explicativa («*grounding*» y «*truthmaking*»).

Tomemos en consideración, pues, a los dos máximos exponentes del positivismo jurídico: Hart y Kelsen. En el proyecto teórico de Hart, que cualquier hecho *f* sea Derecho dentro de un contexto, *C*, se basa en última instancia en lo que piensan, hablan o hacen los «*insiders*» de *C*, en particular los agentes estatales encargados de la aplicación del derecho en *C*. Incluso su famoso «punto de vista interno» no parece ser más que un hecho psicológico en el sentido de que los «*insiders*» de *C* toman un parámetro dado como razón de su propia conducta y para evaluar la conducta de los demás sujetos de *C*. Así pues, no parece haber mucha controversia respecto de la alegación de que el proyecto teórico de Hart sea reduccionista en el sentido aquí afirmado[11]. Sin embargo, el otro pilar del positivismo jurídico seguramente no estaría de acuerdo con la calificación de su proyecto teórico para el derecho como reduccionista, incluso en el sentido amplio empleado aquí. Es cierto que para Kelsen la existencia del derecho depende de algunos hechos no jurídicos (por ejemplo, la eficacia, el acto de voluntad y la costumbre), sin embargo, a pesar de ser condiciones de validez, en Kelsen estos hechos no son –y no podrían ser, dada la reverencia de Kelsen por la ley de Hume– la «razón» de la validez jurídica (léase: existencia normativa), o del contenido del derecho. Por el contrario, en Kelsen, solo una norma jurídica puede ser la razón de la existencia de otra norma jurídica[12]. Creo, sin embargo, que las iniciativas positivistas no reduccionistas (en sentido amplio) se enfrentan a un obstáculo difícil de superar, a saber, a que la conformación jurídica de un contexto cualquier *C* no puede ser «la razón» de la conformación jurídica de *C*, so pena de violar el carácter irreflexivo y asimétrico de las relaciones explicativas de determinación. En otros términos, la conformación jurídica de cualquier contexto *C* tiene que fundamentarse en la conformación no jurídica de *C*, dejando al teórico del derecho dos alternativas: decir que la conformación jurídica de *C* se basa en la conformación puramente descriptiva de *C*, o decir que la conformación jurídica de *C* se basa en la conformación descriptiva y moral de *C*, sin embargo, dada la tesis de la separación entre derecho y moral, esta última no es una alternativa viable para el positivista.

Retomemos la proposición «n» = «María tiene prohibido abortar» y un contexto *C*. La tesis típicamente positivista del derecho como hecho, tal como la estoy interpretando aquí, nos dice que hay otra proposición «d» y que satisface dos condiciones: (iii) «d» es puramente descriptiva y (iv) «d» implica «n», en el sentido de que no es posible que «d» sea o caso y «n» no sea o caso. Sin embargo, la tesis de Restall y Russell sugiere que una tal proposición «d», que satisfaga (iii) y (iv), no puede existir porque

11. En el sentido estricto del reduccionismo, Hart (1994, p. 84) parece no aceptar la calificación.
12. Kelsen (1991, p. 170). Aunque Kelsen puso toda su maestría en construir un proyecto positivista no reduccionista, es ampliamente discutido si tuvo éxito en su intento. Para un buen comienzo respecto a esta discusión, véase, por ejemplo, Marmor (2011, pp. 12-34).

«d» será conservadora y «n» frágil bajo extensiones. Así que, a la vista de lo dicho en el párrafo anterior, en última instancia no habría salida para el positivismo jurídico como proyecto teórico para el derecho. Pero, supóngase que la tesis de Restall–Russel sea correcta y la barrera impidiendo extraer un «debe» de un «es» se puede explicar por un comportamiento diferente de las proposiciones descriptivas y normativas bajo extensiones. Ahora considere la siguiente proposición «m» = «María está embarazada de un feto con anencefalia v María tiene prohibido abortar». Un contexto *C*, en que la primera proposición de la disyunción «m» sea verdadera y la segunda falsa, es perfectamente posible. Por ejemplo, un contexto donde María está embarazada de un feto con anencefalia y en el que el aborto esté permitido en estos casos de anencefalia. Y esto sería suficiente para que «m» sea verdadera en cualquier extensión posible de *C*[13], así que por definición «m» es no normativa. Por otro lado, también es posible un contexto *C*, en el que la primera proposición de la disyunción «m» sea falsa y la segunda sea verdadera. Por ejemplo, un contexto *C* en el que María esté embarazada de un feto viable, y una norma jurídica prohíba el aborto en *C*, y otra norma jurídica en *C* permita el aborto en caso de violación. Y esto sería suficiente para hacer posible un contexto *C'*, que sea una extensión de *C*, pero que falsifique «m» –por ejemplo, si en *C'* María está embarazada de un feto viable, pero su embarazo es el resultado de una violación, y una norma jurídica prohíbe el aborto en *C'*, y otra norma jurídica en *C'* permite el aborto en caso de violación– entonces, por definición, «m» no es descriptiva. Esto es un grave problema[14] para la explicación de la ley de Hume formulada por Restall–Russel, pues esta explicación acarrearía la consecuencia de que las proposiciones como «María está embarazada de un feto con anencefalia v María tiene prohibido abortar», «Si no es el caso que María está embarazada de un feto con anencefalia, entonces María tiene prohibido abortar»[15] y «Para todo sujeto *s,* si *s* tiene 18 años, entonces *s* debe alistarse en el ejército» no serían ni normativas ni descriptivas y, por tanto, quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la ley de Hume, pero esta es una consecuencia que los partidarios de la ley de Hume ciertamente no estarían dispuestos a aceptar. En otros términos, para permanecer de pie, la ley de Hume debe basarse en una explicación que consiga caracterizar «A v B», donde «A» sea descriptiva y «B» normativa, como siendo una proposición normativa.

La controversia sobre la naturaleza de «A v B», donde «A» sea descriptiva y «B» normativa, parece remontar al famoso argumento de Prior (1960) contrario a la ley de Hume: (i) supóngase que «A» es una proposición puramente descriptiva y «B» es una proposición normativa; (ii) o bien «A v B» es descriptiva o bien «A v B» es normativa; (iii) si «A v B» es normativa, entonces «si "A", entonces "A v B"» contradice la

13. Puesto que cualquier extensión posible de *C* será un contexto en el que María está embarazada de un feto con anencefalia.
14. El primero en señalar este problema fue Vranas (2010).
15. Recuerde que la disyunción «A v B» es equivalente al condicional material «~A→ B».

imposibilidad de derivar un debe de un es; (iv) si «A v B» es descriptiva, entonces «si ~«A», «A v B» entonces «B»» contradice la imposibilidad de derivar un debe de un es. Obviamente, el argumento presupone la posibilidad de que «A v B» sea descriptiva o normativa [véase (ii) retro]. Pero, aunque Prior (1960) presupone que «A v B» puede ser descriptiva o normativa, y Restall–Russel (2010) dieron a entender que «A v B» no es ni descriptiva ni normativa, Kit Fine (2018) parece haber proporcionado un argumento definitivo en el sentido de que «A v B» debe ser vista como siendo una proposición normativa. El argumento es el siguiente: (i) supóngase que «A» es descriptiva y «B» es normativa; (ii) supóngase que «A v B» es descriptiva (por reducción al absurdo); (iii) si «A v B» es descriptiva, entonces ~«A v B» es también descriptiva; (iv) si ~«A v B» es descriptiva, entonces «~A & ~B» es también descriptiva; (v) si «~A & ~B» es descriptiva, entonces «~A» es descriptiva y «~B» es descriptiva; (vi) si «~B» es descriptiva, entonces «B» es descriptiva, lo que contradice (i)[16]. En resumen, parece haber algo erróneo en la tesis de que hay una especie de asimetría de comportamiento bajo extensiones entre las proposiciones descriptivas y las normativas, donde las proposiciones descriptivas son conservadoras bajo extensiones, mientras que las normativas son frágiles, teniendo en cuenta que esta idea no puede explicar, por ejemplo, el hecho de que «A v B» sea normativa.

Dados todos los problemas mencionados en este artículo hasta aquí, ha llegado el momento de que juguemos con (i)'. Un simple ajuste en (i)' y los problemas señalados anteriormente parecen desaparecer. Por ejemplo, asumiendo –como parece ser el caso en la semántica exacta– que (i)" x = [p] cuando x es exactamente p o alguna circunstancia que es parte de p.

Obviamente, (i)" no es una definición de verificación exacta: [q] es parte de [p & q], pero [q] no verifica exactamente, ni siquiera inexactamente, a «p & q». (i)" no es una definición de verificación exacta, ya que aporta una condición necesaria, pero no suficiente, para la verificación exacta. A pesar de ello, (i)" es bastante intuitiva y, aunque no aporte las condiciones suficientes para la verificación exacta, parece ser suficiente

16. Hay que tener en cuenta la posibilidad de un argumento paralelo: «(i) supóngase que «A» es descriptiva y «B» es normativa; (ii) supóngase que «A v B» es normativa (por reducción al absurdo); (iii) si «A v B» es normativa, entonces ~«A v B» es también normativa; (iv) si ~«A v B» es normativa, entonces «~A & ~B» es también normativa; (v) si «~A & ~B» es normativa, entonces «~A» es normativa y «~B» es normativa; (vi) si «~A» es normativa, entonces A es normativa, lo que contradice (i). Desde luego, aquí uno podría rechazar el paso (v) estimando que una proposición normativa puede tener componentes descriptivos, pero eso sería presuponer lo que se debe demostrar». Sin embargo, tengo mis dudas sobre si hay una petición de principio en la especie, o si la cuestión se resume en la absoluta implausibilidad del principio (utilizado en el argumento paralelo) de que los conjuntos de una conjunción normativa deben ser todos normativos. Si este principio fuera plausible, los tribunales no podrían decir (normativamente), por ejemplo, «*X* ha dañado la vivienda de *Y* & *X* debe desocupar la vivienda de *Y*» o «El feto de María ha sido diagnosticado de anencefalia & María se le permite abortar», sin embargo, los tribunales dicen esto con frecuencia y no me parece que podamos extraer de ello que las proposiciones diciendo que *X* ha dañado la vivienda de *Y*, o que el feto de María ha sido diagnosticado de anencefalia, puedan calificarse de normativas.

para diferenciar un enfoque semántico inexacto de un enfoque semántico exacto. (i)' nos dice que una semántica inexacta es aquella en la que cualquier circunstancia de la que p es parte cuenta como verificador de «p»; mientras que (i)" nos dice que una semántica exacta es aquella en la que exactamente p o alguna circunstancia que es parte de p funciona como verificador de «p». En otras palabras, (i)' nos dice que la semántica inexacta es el tipo de enfoque semántico en el que se aplica la regla que si *c* es un verificador de «p» y *c'* es una extensión de *c*, entonces necesariamente *c'* también verifica «p» mientras que (i)" nos dice que la semántica exacta es el tipo de enfoque semántico en el que no se aplica dicha regla[17].

Hechas estas consideraciones, volvamos a los problemas planteados en este artículo: como era de esperar, las proposiciones p = «Flavio es más alto que Ana» y q = «La interrupción del embarazo durante la gestación no es derecho en Brasil»[18] son sobre temas diferentes. Además, [p] verifica «p», pero [p, q / ~q[19]] no verifica «p», pues [q / ~q] no es exactamente [p], ni es parte de [p]. Y, si es posible que [p] sea un verificador de «p», pero [p, q / ~q] no sea un verificador de «p», entonces no es el caso que las proposiciones descriptivas sean conservadoras bajo extensiones. Por tanto, aunque las proposiciones normativas fueran frágiles bajo extensiones, las descriptivas también lo serían y, así, no sería el caso de que las atribuciones jurídicas de cualquier sistema jurídico *S* sean irreductibles a la conformación puramente descriptiva de *S*, al menos no sobre la base del argumento de un comportamiento supuestamente diferente de las proposiciones descriptivas y normativas bajo extensiones. Por fin, esta semántica «exacta» no encontraría dificultad en considerar «A v B», o cualquier otra proposición mixta, como siendo normativa, bastando decir que una proposición es normativa si tiene al menos un estado normativo como su verificador inmediato, o como parte de su verificador inmediato, de lo contrario la proposición es descriptiva.

Es posible que no se vea relevancia en nada de esto, después de todo, aunque pueda ser consecuencia de una semántica inexacta que «Flavio es más alto que Ana» y «La interrupción del embarazo durante la gestación no es derecho en Brasil» versen sobre el mismo tema, la verdad es que de alguna manera sabemos que estas proposiciones versan sobre temas distintos; por otra parte, aunque Restall y Russel puedan estar equivocados al basar la ley de Hume en un comportamiento supuestamente diferente de las proposiciones descriptivas y normativas bajo extensiones, esto no significa que la ley

17. Fine, 2017a, p. 628: «Verification is to be exact; when a state verifies a proposition, it must be relevant as a whole to the truth of the statement. Thus there is no guarantee that any extension of a verifier for a proposition, i.e. any state that has the verifier as a part, will also be a verifier for the proposition».
18. Nótese que el verificador inmediato de la proposición jurídica general –«El aborto está prohibido»– es el hecho jurídico abstracto inmediatamente correspondiente de que el aborto está prohibido; y de una proposición jurídica aplicada –«María tiene prohibido abortar»– es el hecho jurídico concreto de que María tenga prohibido abortar.
19. Esta notación puede encontrarse, por ejemplo, en Batchelor (2022, pp. 7-8), representando lo que él llama un «datum», donde [p] es la situación correspondiente a la proposición atómica «p», [p, q] a la conjunción «p & q», y [p / q] a la disyunción «p v q».

de Hume en sí misma sea errónea. Y lo importante para el positivismo jurídico, como proyecto teórico para el derecho, es la posibilidad de un relato puramente descriptivo de un contexto *C* y que sea suficiente para determinar la conformación jurídica de *C*.

Tomemos en consideración una doctrina positivista sosteniendo la posibilidad de un relato puramente descriptivo «D» de *C* y que implique «N» normativa. Por ejemplo, una doctrina que sostiene que «D» = «Los agentes de *C*, en particular los agentes públicos encargados de la aplicación del derecho en *C*, tienen *n* como una razón para su propia conducta y para evaluar la conducta de los demás sujetos en *C*» implique «N» = «*n* es derecho en *C*» y, además, que si «N», entonces «D», es decir, si *n* es derecho en *C*, entonces los sujetos de *C* tienen *n* como razón de conducta. Me parece plausible que la doctrina aquí mencionada pueda identificarse con el proyecto teórico de Hart para el derecho, lo cual es problemático por dos razones[20]: la primera, más general y más importante, es que en el enfoque semántico de los mundos posibles, aquí llamado «inexacto», si «D» y «N» se implican mutuamente, entonces son la misma proposición. Pero si «D» = «N», entonces o bien «D» es normativa, en cuyo caso el positivismo jurídico de Hart volvería a su punto de partida, o bien «N» es descriptiva, en cuyo caso el positivismo no puede explicar la normatividad del derecho[21]; la segunda, menos importante, es que Hart no acepta la idea de que las proposiciones jurídicas sean proposiciones descriptivas camufladas[22]. Ahora, tomemos en consideración el proyecto teórico de Kelsen. Kelsen no acepta que «D» pueda implicar a «N», sin embargo, parece cierto que defiende el camino inverso, al menos para una versión algo modificada de «D» y «N». Para Kelsen, *siempre* que *n* sea una norma jurídica de *C*, es un hecho descriptivo de *C* que *n* sea generalmente aplicada en *C* (según su conocida tesis del mínimo de eficacia). Kelsen no está sujeto al problema del proyecto de Hart porque «N → D» garantiza que «(D & N) → (D & D)», pero no garantiza que «(D & D) → (D & N)», por lo que en el proyecto de Kelsen «D & N» ≠ «D & D» y dado que «D & D» = «D» entonces «D & N» ≠ «D ». Nótese que el contexto que impide que el proyecto de Kelsen sufra el mismo problema que el proyecto de Hart es precisamente aquel en el que *n* es eficaz pero *n* no

20. Intento aplicar, en el ámbito de la teoría jurídica, algunas ideas que, si entendí bien, se encuentran en Fine (2018).
21. El problema no se plantea solo para el caso de una teoría positivista que defiende la existencia de una proposición puramente descriptiva «D» que implica y es implicada por una proposición normativa «N», al contrario, para que el problema aparezca, basta con que la teoría defienda la posibilidad de una proposición descriptiva «D» que implique «N». Así, el problema persiste para los que ven el proyecto de Hart en una sola dirección, es decir, «D» implica «N», pero «N» no implica «D». Esto puede observarse fácilmente construyendo una tabla de verdad para «D → N», «(D & N) → (D & D)» y «(D & D) → (D & N)». Tenga en cuenta que el único contexto en el que «(D & N) → (D & D)» es verdadera y «(D & D) → (D & N)» es falsa es aquel en el que «D → N» no es el caso. Por lo tanto, si «D → N» es el caso, entonces «D & N» = «(D & D)». Pero si «D & N» = «D & D» y, dado que «D & D» = «D», entonces «D & N» = «D». Así, o bien «D» es normativa, en cuyo caso el positivista volvería a su punto de partida al decir que «D» explica «N», o bien «D & N» es descriptiva, en cuyo caso el positivista no puede explicar la normatividad del derecho.
22. Véase la nota 11 supra.

es derecho. Este es el único contexto que instancia «N → D», instancia «(D & N) → (D & D)», pero no instancia «(D & D) → (D & N)»[23]. Lo que refleja exactamente la preocupación de Kelsen en no admitir la posibilidad de un relato puramente descriptivo de *C* que sea suficiente para determinación de su conformación jurídica, preservando así la ley de Hume.

¿La lección que podemos extraer? Desde la perspectiva de una semántica inexacta, es prácticamente cierto que Kelsen tenía razón en sus esfuerzos por mantener en pie la ley de Hume. Después todo, en esta semántica, la existencia de una proposición descriptiva «D» que implique una normativa «N»[24] sería suficiente para poner en «jaque» al positivismo jurídico en cuanto proyecto teórico para el derecho, en virtud de los problemas engendrados por la identificación entre «D> y «N»[25] y/o entre «D & N» y «D»[26]. Por otro lado, no parece menos cierto que Hart tenía razón en su intento de reducir el derecho a una cuestión de hecho, pues esta sería la única manera de preservar el carácter irreflexivo y asimétrico de las relaciones explicativas de determinación sin vincular el derecho y la moral. Nuevamente, desde la perspectiva de una semántica exacta, el problema parece simplemente desaparecer, después de todo, en esta semántica, el hecho de que «D» implique y sea implicado por «N» no nos obliga a clasificar «D» y «N» de la misma manera[27].

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. (1969). «Logic of Norms and Logic of Normative Propositions». *Logique et Analyse*, 12, n. 47, 242-268.

Asay, J. (2017). «Run Aground: Kit Fine's Critique of Truthmaker Theory». *The Philosophical Quarterly*, Volume 67, Issue 268, 443-463. https://doi.org/10.1093/pq/pqw072.

Batchelor, R. (2022). *Directional Deduction*. Disponible en: https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/2208/2208.03925.pdf. Consulta: febrero, 2023.

Berto, F.; Nolan, D. (2021). «Hyperintensionality». E. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: https://plato.stanford.edu/archives/sum2021/entries/hyperintensionality/.

Bulygin, E. (1999). «True or False Statements in Normative Discourse». R. Eidi (ed.), *In Search of a New Humanism: The Philosophy of Georg Henrik von Wright* (pp. 183-191). Dordrecht: Springer.

Cameron, R. (2018). «Truthmakers». En M. Glanzberg (ed), *The Oxford Handbook of Truth* (pp. 333-354). Oxford: Oxford University Press.

23. Esto se puede comprobar fácilmente construyendo una tabla de verdad para «N → D», «(D & N)→ « D & D)» y «(D & D) → (D & N)».
24. En el sentido de ser imposible que «D» sea el caso y «N» no sea el caso.
25. En el caso de implicación recíproca entre «D» y «N».
26. En el caso de que «D» implique «N», pero «N» no implique «D».
27. En este sentido, si he entendido bien, véase Fine (2018).

Fine, K. (2012). «Guide to Ground». F. Correia; B. Schnieder, *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality* (pp. 37-80). Cambridge: Cambridge University Press.
Fine, K. (2017a). «A Theory of Truthmaker Content I: Conjunction, Disjunction and Negation». *Journal of Philosophical Logic*, 46, 625-674.
Fine, K. (2017b). «Truthmaker Semantics». B. Hale, C. Wright, A. Miller (eds). *A Companion to the Philosophy of Language* (Second Edition, pp. 556-577), Wiley Online Books.
Fine, K. (2018). «Truthmaking and the Is-Ought Gap». *Synthese*, 198 (2), 887-914.
Hart, H. (1994). *The Concept of Law*. Oxford: Claredon Press.
Kelsen, H. (1991). *General Theory of Norms*. Oxford: Clarendon Press.
Marmor, A. (2011). *Philosophy of Law*. New Jersey: Princeton University Press.
Perry, J. (1993). «Possible Worlds and Subject Matter». *The Problem of the Essential Indexical and Other Essays* (pp. 173-191). New York: Cambridge University Press.
Prior, A. (1960). «The Autonomy of Ethics». *Australasian Journal of Philosophy*, 38, 199-206.
Restall, G.; Russel, G. (2010). «Barriers to Implication». C. Pigden, *Hume on Is and Ought* (pp. 243-259). New York: Palgrave MacMillan.
Rodríguez, J. (2003). «Naturaleza y Lógica de las Proposiciones Normativas: Contribución en Homenaje a G. H. von Wrigth». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 87-108.
Schulte P. (2011). «Truthmakers: A Tale of Two Explanatory Projects». *Synthese*, 181(3), 413-431.
Wright, G. (1951). «Deontic Logic». *Mind*, 60, 1951, 1-15.
Vranas, P. (2010). «Comment on 'Barriers to Implication'». C. Pigden (Ed.), *Hume, Is and Ought: New Essays* (pp. 260-267). New York: Palgrave MacMillan.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 121-153
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.4

Normas como significados: una revisión al debate sobre la ontología de normas y la teoría jurídica

Norms as Meanings: A Review of the Debate on the Ontology of Norms and Legal Theory

Piero Mattei-Gentili

Autor:
Piero Mattei-Gentili
Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Universidad Nacional Autónoma de México
pieromg@unam.mx
https://orcid.org/0000-0002-5289-1664

Recibido: 31/08/2023
Aceptado: 14/11/2023

Citar como:
Mattei-Gentili, Piero (2024). Normas como significados: una revisión al debate sobre la ontología de normas y la teoría jurídica *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 121-153. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.4

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Piero Mattei-Gentili

Resumen

En este ensayo se defiende que Alchourrón y Bulygin no se equivocaron al adoptar a la concepción semántica (hilética) de normas y al sostener que ésta es consistente con la teoría jurídica positivista. No obstante, es cierto que no proporcionan argumentos acerca de cómo se relaciona la concepción semántica con la tesis positivista de los hechos sociales. Por lo tanto, en este trabajo se buscan exponer los motivos por los cuales las concepciones rivales no son satisfactorias y, además, se propone al convencionalismo como una vía de explicación acerca de cómo es posible adoptar la concepción semántica de manera consistente con una ontología anti-realista acorde a la tesis de los hechos sociales.

Palabras clave: normas; ontología; concepción semántica; concepción pragmática; concepción ecléctica; positivismo jurídico; convencionalismo.

Abstract

This essay defends that Alchourrón and Bulygin were not mistaken in adopting the semantic (hyletic) conception of norms and in asserting that it is consistent with positivist legal theory. However, it is true that they do not provide arguments about how the semantic conception is related to the positivist thesis of the social facts. Therefore, this paper seeks to expose the reasons why the rival conceptions are not satisfactory, and, in addition, conventionalism is proposed as a means of explaining how it is possible to adopt the semantic conception in a manner consistent with an anti-realist ontology concordant with the social facts thesis.

Keywords: norms; ontology; semantic conception; pragmatic conception; eclectic conception; legal positivism; conventionalism.

I. INTRODUCCIÓN

Existe un amplio consenso en que cualquier cosa que el derecho sea, éste se compone principalmente de normas, de modo que las normas son un elemento que ninguna teoría jurídica puede ignorar. Pero, al abordar el tema de las normas, la teoría del derecho se ha ocupado ampliamente de dar cuenta de sus propiedades epistémicas, esto es, cómo llegamos a conocerlas, pero no suele centrar mucho su atención en su naturaleza, esto es, su ontología, en qué tipo de objetos son. Este defecto no suele ser fatal, puesto que la dogmática se ha desarrollado utilizando nociones intuitivas acerca de lo que son las *normas jurídicas* centrándose en algunas propiedades que el término conlleva: promulgación, prescripción, estándar de juicio, directiva, base para juzgar, etcétera[1]. No obstante, si concedemos que los sistemas jurídicos son esencialmente especies de sistemas normativos, la postura que se asuma acerca de la caracterización ontológica de las normas resulta de especial relevancia puesto que determina los alcances funcionales del sistema[2].

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin son precursores en el estudio de la ontología de normas para la teoría jurídica, distinguiendo la existencia de dos posturas opuestas. La concepción hilética y la concepción expresiva que, por utilizar una terminología más familiar –y acaso oportuna– serán denominadas *concepción semántica* y *concepción pragmática* respectivamente[3].

Como es sabido, Alchourrón y Bulygin finalmente adoptaron a la concepción semántica y, además, sostuvieron que era consistente con las tesis torales del positivismo jurídico[4]. Esto ha generado insatisfacción entre algunos autores que no conciben que la concepción semántica de las normas sea compatible con la teoría jurídica positivista e, incluso, no encuentran el motivo por el cual la concepción semántica necesariamente sea incompatible con la pragmática y, por lo tanto, han optado por una concepción ecléctica.

Los términos en los que los profesores argentinos han caracterizado a las concepciones en ocasiones han adolecido de consistencia, y en otras oportunidades han presentado

1. Tamayo y Salmorán, 2013, p. 175.
2. Ferrer & Rodríguez, 2011, p. 27.
3. Alchourrón & Bulygin, 1997 [1979], pp. 41-42.
4. Particularmente con la tesis de los hechos sociales. De acuerdo con ésta, la existencia del derecho es una cuestión que depende de hechos sociales. Raz, 1979, p. 39.

planteamientos confusos[5]. Esto ha generado que los problemas y alcances del debate sobre la naturaleza de las normas en cada concepción no hayan sido capturados adecuadamente. Como muestra, no es patente que algunos autores a los que Alchourrón y Bulygin han caracterizado como promotores de la concepción pragmática adoptaran con consistencia esta postura. Pero tampoco hicieron un gran esfuerzo por mostrar en qué sentido la concepción semántica es compatible con el positivismo jurídico y su tesis de los hechos sociales.

Considero que Alchourrón y Bulygin no se equivocaron al adoptar a la concepción semántica, que ésta es compatible con las tesis del positivismo jurídico, y que no puede conciliarse con la concepción pragmática. Para defender esto, este texto tiene tres objetivos. El primero, exponer los tres tipos de concepciones ontológicas de normas existentes para evaluar su consistencia conceptual. El segundo, exponer los motivos por los cuales las concepciones pragmáticas y eclécticas no son satisfactorias y, en particular, las razones por las cuales la reconciliación que busca la concepción ecléctica no es posible. Finalmente, buscaré mostrar cómo, al igual que en el debate entre Carnap y Quine sobre la naturaleza de los significados, el convencionalismo se muestra como una respuesta plausible para sostener la concepción semántica de las normas en consistencia con los postulados del positivismo jurídico.

II. CONCEPCIONES DE NORMAS

A. La concepción pragmática

A primera vista, la concepción pragmática se presenta como la más compatible con las visiones teóricas positivistas y realistas (moderadas)[6]. En ésta, las normas son algo materialmente delimitado, son el producto del uso prescriptivo del lenguaje; en concreto, son mandatos. En este sentido, esta concepción considera que no existe diferencia a nivel semántico entre los *enunciados*[7] que expresan aseveraciones, preguntas u órdenes;

5. Estimo que una posible fuente de confusión se deba al hecho de que los mencionados autores, al explorar el tema, trabajaron hasta con cuatro diversas concepciones de normas durante el desarrollo de su obra. Véase Mendonca, 1992, pp. 42-48.
6. Aunque, a mi modo de ver, todo realismo jurídico es una forma de doctrina positivista en el sentido de que también se ciñe a la tesis de los hechos sociales y, a su vez, reniega de asociar al derecho con alguna forma de moral objetiva. Más controversial puede ser mi punto de vista respecto de que toda postura de realismo moderado no es sino una forma encubierta –con pretensiones de rebeldía quizás– de positivismo jurídico de corte normativista; ello puesto que no terminan de negar la existencia de normas y que los jueces en algún sentido estén vinculados por ellas, con lo cual encuentran una tensión insalvable en torno al escepticismo y empirismo radical que originalmente motivaba a las doctrinas del realismo jurídico. No es este el espacio para abordar un debate a este respecto, pero argumentos en línea con esta intuición han sido desarrollados con detalle en Dei Vecchi, 2017.
7. En ocasiones se distingue entre oraciones y enunciados, donde solamente las segundas pueden realizar aseveraciones. [García-Carpintero, 1996, p. 11.]. Pero no todos los filósofos del lenguaje sostienen esta

es únicamente a nivel pragmático que es posible identificar la diferencia entre estos usos performativos del lenguaje. Esto es, la fuerza ilocucionaria del acto por medio del cual se emite un enunciado es lo que hace posible distinguir entre las expresiones «está prohibido fumar», «¿está prohibido fumar?» y «¡está prohibido fumar!». En el primer enunciado se asevera la existencia de una norma, en el segundo se cuestiona sobre su existencia, y solamente el último es una norma. Por lo tanto, las normas son equiparadas con actos de ordenar.

Esta concepción es manifiestamente compatible con doctrinas como las de Hobbes o Thomasius que serían precursoras en identificar al derecho como un conjunto de normas coercitivas emitidas por el Estado. Estas doctrinas constituyen los preludios del positivismo jurídico moderno al hacer notar que, si las normas son creadas por la autoridad de cada Estado entonces no son objetos naturales y, por tanto, tampoco son universales, sino que son particulares a cada ordenamiento[8]. El modelo es retomado por John Austin, quien considera a las normas jurídicas como los mandatos respaldados por amenazas que un soberano emite a sus súbditos al interior de una comunidad política independiente[9]. Incluso cuando esta teoría suele ser considerada ampliamente superada a partir de las críticas que le dirigiera Herbert Hart, la esencia de la concepción pragmática perdura en el enfoque de diversas teorías de corte positivista. Al caracterizar a la norma como el sentido de un acto de voluntad[10], Hans Kelsen suele ser asociado con esta postura, como por ejemplo lo hacen, Alchourrón y Bulygin, que en el mismo saco colocan también a Ross[11], quien asimila a las normas jurídicas con *directivas*[12] (impersonales) dirigidas a los jueces para resolver las controversias que ante ellos se presentan[13] o, en sentido más general, sencillamente como directivas que se corresponden con la existencia de ciertos hechos sociales[14].

En general, la concepción pragmática puede ser adscrita a toda explicación que relacione necesariamente a las normas con un tipo de acto ilocucionario, esto es, el acto volitivo de emitir una prescripción u orden; si se desea, una «norma-prescripción».[15] Pero en este punto se presenta una de las primeras vacilaciones conceptuales de esta postura, pues en ocasiones no se identifica a la norma con el acto sino con su resultado, un

distinción, y en la tradición de la filosofía jurídica analítica se suele utilizar el término como sinónimo de oración, además de que es convencionalmente empleado para hablar, por ejemplo, de enunciados normativos.

8. Bobbio, 1996 [1979], pp. 14-15, 149-150.
9. Austin, 1995 [1832], pp. 21-22.
10. Kelsen, 1982 [1960], p. 19.
11. Alchourrón & Bulygin, 1997 [1979], pp. 38 y 47; y Alchourrón & Bulygin, 1981, pp. 125-126.
12. En donde, por directiva ha de entenderse un enunciado cuyo fin es el de ejercer influencia en la conducta de sus destinatarios. Ross, 2001 [1958], p. 9.
13. Ross, 2001 [1958], pp. 35-36.
14. Los hechos sociales a los que se refiere son a los patrones de conducta seguidos de manera consciente por la mayoría de los miembros de la población. Ross, 1968, pp. 82 y 91.
15. Alchourrón & Bulygin, 1997 [1979], p. 41.

enunciado normativo o prescriptivo. En este sentido, Daniel Mendonca ha distinguido entre dos subcategorías que se incluyen en la concepción pragmática en general; estas son las concepciones *pragmáticas* propiamente y las concepciones *sintácticas.*[16] Las primeras identifican a la norma con el acto prescriptivo, esto es, la norma equivale a la orden efectuada por la autoridad. Para las segundas, las normas son identificadas como objetos puramente gramaticales, es decir, enunciados resultantes de los actos de ordenar.

Lo que es relevante señalar de las posturas pragmáticas en general es su preocupación por asociar a las normas de la manera más directa posible con algún elemento del mundo sensible. Esto es, se espera que la existencia de las normas tenga un referente inmediato en un acto o hecho sucedido en un espacio y tiempo identificables. Esta inquietud hace que existan quienes están dispuestos a dar un paso más en la caracterización de las normas jurídicas y su cimiento en los hechos materiales. Como ejemplo, Karl Olivecrona, en su vocación por procurar una ciencia del derecho propiamente dicha, libre de toda metafísica, expresa que el *deber ser* de las normas que describen los juristas ha de denotar algo real, esto es, que las normas no son meras expresiones imperativas, sino que son esquemas o patrones de conducta que en efecto han sucedido, esto es, las normas se concretizan en hechos conductuales[17]. Por su parte, Rafael Hernández Marín ha sostenido que las normas jurídicas son entidades lingüísticas, son enunciados, pero que cumplen con la peculiaridad de encontrarse inscritas en papel o algún otro soporte documental; de modo que las normas jurídicas constituyan objetos físicos, que pueden dejar de existir no sólo por actos como la derogación sino, incluso, por un incendio. De tal modo, al ser objetos materiales, las normas jurídicas serían observables y cognoscibles a través de nuestros sentidos ordinarios en relación con la realidad material que nos rodea para permitir adecuar nuestra conducta a ellas[18].

B. La concepción semántica

Esta concepción recurre a la filosofía del lenguaje para encontrar que las normas son similares a las proposiciones expresadas por los enunciados, esto es, son *significados*[19]. En particular, son significados que es posible encontrar en ciertas expresiones como los enunciados normativos que serían la manifestación lingüística de una norma. La diferencia se encuentra en que las proposiciones son el contenido significativo de enunciados descriptivos, por lo que son susceptibles de ser verdaderas o falsas, mientras que las normas serían el contenido significativo de oraciones con un carácter prescriptivo,

16. Mendonca, 1992, pp. 40-41.
17. Olivecrona, 1959 [1939], pp. 29-33. Véase también, Vilajosana, 2010, p. 35.
18. Hernández Marín, 1989, p. 50.
19. En este tenor, es famosa la caracterización de von Wright, quien solía señalar que las norma eran *proposition-like entities*. von Wright, 1979 [1963].

esto es, que buscan modificar el mundo, por lo cual, por lo menos en principio, no son susceptibles de ser verdaderas o falsas.[20]

Una semejanza entre proposiciones y normas; y que resulta de particular relevancia para la concepción semántica en oposición con la concepción pragmática, es que a pesar de que cuentan con una estrecha relación con el lenguaje, ambas son independientes de éste. Al ser significados, las proposiciones y las normas existen a pesar de que nunca lleguen a ser expresadas. Esto es, las normas serían entidades conceptuales, objetos abstractos o ideales[21], con existencia indefinida y atemporal,[22] de modo que, así como una misma proposición puede ser expresada en diversas lenguas y por diferentes enunciados, una misma norma puede ser manifestada mediante diversas formulaciones lingüísticas o formas semióticas.

La concepción semántica intuitivamente se puede asociar con la tradición del derecho natural que afirma la existencia de normas universales que se encuentran en un mundo ideal y de manera atemporal, sea en virtud de su carácter divino, moral o racional. No obstante, asumir que esta concepción es incompatible con las doctrinas positivistas constituye no sólo un equívoco, sino una limitación de las posibilidades explicativas de estas posturas teóricas. Esto será demostrado con detalle más adelante. Por el momento es posible mostrar algunos indicios.

En la construcción de una teoría positivista, Ota Weinberger recalcaba que las normas no son entidades materiales ni algo que pueda ser directamente observable, se trata de objetos ideales que son expresables lingüísticamente[23]. En este tenor, incluso en algunos de los pensadores positivistas que tradicionalmente han sido asociados con la concepción pragmática es posible vislumbrar postulados propios de una ontología de carácter semántico en sus exposiciones sobre las normas jurídicas. Postulados que, incluso, resultan relevantes para otorgar consistencia a sus teorías.

Como se ha señalado, Kelsen considera que las normas jurídicas son el sentido de un acto de voluntad y, en principio, esto lo alinearía con la concepción pragmática. Sin duda esta idea acerca de su visión ontológica de normas se vería reforzada por su eventual rechazo a la posibilidad de una lógica de normas[24], y sería ratificada en su obra póstuma *Teoría general de las normas*, en donde radicaliza algunas de sus tesis, y directamente equipara a las normas con prescripciones[25]. Pero en la doctrina del Kelsen «clásico» es posible encontrar tesis que lo alinean con la concepción semántica. Así, en la *Teoría general del derecho y del Estado* explica que cuando se habla de las normas jurídicas como «mandatos» o como expresiones de la «voluntad» del legislador o del

20. En esta concepción se mantiene abierta la posibilidad de una lógica de normas con valores de verdad. Pero no abordaré este aspecto por no considerarlo toral para los argumentos de este trabajo.
21. Mendonca, 2020, p. 23.
22. Vilajosana, 2010, p. 37.
23. Weinberger, 1991, pp. 4, 14-15. También, Mendonca, 1992, pp. 49-50.
24. Véase Kelsen, 2012 [1969].
25. Kelsen, 1991 [1979], pp. 26-27.

Estado, estas expresiones han de ser entendidas de manera figurada pues, en sentido estricto, la norma no es ni la acción ni el producto psíquico de la volición de una persona (física)[26]. Igualmente, en la *Teoría pura del derecho* también llega a caracterizar a las normas como algo que va más allá del acto de voluntad que las pueda constituir, y señala que son esquemas de interpretación conceptual e, incluso, adopta una visión presumiblemente semántica al subrayar que la norma jurídica es *el sentido* de esos actos volitivos, y no el acto volitivo en sí mismo[27]. Siguiendo la misma línea, razonablemente cabe cuestionarse acerca de la concepción que Kelsen efectivamente sostiene para las normas jurídicas al postular la famosa noción de la *Grundnorm* o la *norma básica*. Como es sabido, se trata de la única norma que no es propiamente una norma *positiva*[28] en su teoría, es una norma hipotética y, por tanto, no es *puesta* por el acto de voluntad de ningún sujeto; no obstante, es una norma presupuesta de cardinal importancia para el sistema pues constituye el eslabón último de su unidad.

De forma similar, en la obra de Ross también es posible encontrar postulados que son más afines a la concepción semántica que a la pragmática. Por ejemplificar, en no pocas ocasiones presenta a las normas como *ideas*, y a la totalidad de normas jurídicas de un sistema, como una *ideología*, esto es, como un conjunto de *ideas* de lo que los jueces consideran como derecho vigente[29]. En este sentido, propone entender que una norma jurídica es derecho válido en mayor o menor medida según el grado de probabilidad con el que se puede prever que sea aplicada[30]. Es decir, el derecho vigente se constata en el actuar de los jueces, un actuar que es impulsado por el modo en que conciben a las fuentes del derecho, por las *ideas* o nociones que comparten acerca del contenido normativo tanto de la legislación como de las costumbres jurídicas.

C. La concepción ecléctica

Riccardo Guastini sospecha que la supuesta exclusión mutua entre la concepción pragmática y la concepción semántica parte de una falsa dicotomía y que, en cambio, las posturas son compatibles puesto que cada una dice (y subsana) algo acerca las normas respecto de lo cual la otra guarda silencio. Así, considera que en este debate se encuentran entrelazados diversos problemas a los cuales cada posición otorga una respuesta[31].

26. Kelsen, 2010 [1945], p. 36.
27. Kelsen, 1982 [1960], pp. 20-24.
28. De la forma verbal latina *positum*. Esto es, no se trata de una norma *puesta* por alguna autoridad. Lo que no significa que la norma sea un insumo del derecho natural, la norma aún podría ser consistente con la teoría positivista en la medida en que sea relacionada con hechos sociales, lo cual considero es el caso. La cuestión requiere ulterior desarrollo y, sin duda, es susceptible de debate, pero no es el objeto de este trabajo.
29. Ross, 2001 [1958], pp. 42-43.
30. Ross, 2001 [1958], p. 44.
31. Guastini, 2016, pp. 32-33.

a) Un problema ontológico y, por tanto, estrictamente filosófico, que se cuestiona sobre las condiciones en que es posible afirmar que existe una norma (sin ulteriores especificaciones).
b) Un problema contingente a cada ordenamiento y, por tanto, no filosófico, sino dogmático, que se pregunta por las condiciones en que es posible decir que una norma pertenece a un sistema jurídico y así, que existe en éste.

Entonces, a su modo de ver, la concepción pragmática se concentra en el proceso de producción de las normas, pero no dice nada sobre la naturaleza de esos productos. No obstante, considera que es evidente que el producto de un acto lingüístico es una entidad del lenguaje en sentido estricto; una entidad sintáctica y no semántica; esto es, un enunciado dotado de un significado[32].

Por su parte, la concepción semántica se concentra en el producto, pero no dice nada acerca del proceso de producción normativa. Esta concepción se limita a señalar que las normas, al igual que las proposiciones, tienen una existencia atemporal e independiente de su formulación. Pero, incluso respecto de las proposiciones, este postulado resulta sospechoso para Guastini, quien considera que esta forma de ver las cosas confunde la existencia de una proposición con su valor de verdad puesto que no es sino hasta que la proposición ha sido formulada que ésta llega a existir y, entonces, cobra sentido preguntarse por su veracidad[33].

Como consecuencia, el profesor genovés considera que la concepción semántica es directamente insostenible porque identifica a las normas con significados, como si se tratara de entidades conceptuales abstractas similares a las proposiciones, lo que conlleva concebir a las normas como entidades «exquisitamente metafísicas»[34] de origen y existencia dudosos y, por tanto, inconsistentes la tesis de los hechos sociales del positivismo. Entonces, para Guastini, las normas no son otra cosa que oraciones normativas. Una norma existe si, y sólo si, ha sido formulada. Por este motivo Guastini adopta la máxima de Dubislav: *Kein Imperativ ohne Imperator* (no es posible un imperativo sin *imperator*)[35].

Guastini considera que ha demostrado que la concepción semántica y la concepción pragmática no son necesariamente incompatibles, y que es posible afirmar que las normas son significados pero que únicamente adquieren existencia por medio de actos del lenguaje. Entonces, desde este punto de vista:

a) las normas son significados de enunciados usados para prescribir (como señala la concepción semántica), pero, por otra parte;

32. Guastini, 2014, pp. 295-296.
33. Guastini, 2014, p. 299.
34. Guastini, 2014, p. 298.
35. Citado en Kelsen, 2012 [1969], p. 32.

b) no se presentan normas sin enunciados que las expresen (de conformidad con la concepción pragmática).

Como resultado, Guastini propone una concepción ecléctica en la que una norma sería una entidad similar a una proposición, pero no en el sentido de contar con una existencia atemporal, aunque, al igual que una proposición, no ha de ser confundida con el enunciado que la expresa[36]. Igualmente, Alejandro Calzetta y Alessio Sardo consideran que una prueba consistente de la idoneidad de la concepción ecléctica se encuentra en el hecho de que Alchourrón y Bulygin reconstruyeron la lógica de las proposiciones normativas para las normas en la concepción pragmática a partir de los axiomas y de las propiedades lógicas que establecieron para la concepción semántica[37]. Finalmente, ha cobrado fuerza la tesis de que la fuerza ilocucionaria influye en el contenido o sentido de las oraciones emitidas por los hablantes[38] y esto, para Sardo, y para Pablo Navarro y Jorge Rodríguez, insinúa la plausibilidad para la concepción ecléctica.

III. CONSISTENCIA TEÓRICA

El problema de la ontología de las normas permea a lo largo de diversas teorías jurídicas condicionando su consistencia y sus capacidades explicativas. No obstante, como ha sido posible vislumbrar, esta cuestión no necesariamente ha sido abordada de manera consecuente por los diversos teóricos, en cuyas concepciones de normas es posible encontrar planteamientos procedentes tanto de la concepción semántica como de la concepción pragmática lo cual, en principio, genera confusión e inconsistencia en sus explicaciones del derecho como un sistema normativo. Por supuesto, se podría argüir que este es un argumento contundente en favor de la concepción ecléctica.

Sin embargo, no es pertinente adoptar alguna concepción sin evaluar su capacidad para explicar los fenómenos normativos de manera consistente, y el modo en que se crean y operan los sistemas normativos. Por lo tanto, en lo que sigue expondré los problemas que afrontan las distintas concepciones de normas de cara a las siguientes consideraciones:

a) su utilidad para dar cuenta de normas que no necesariamente sean productos de prescripciones o asimilables a órdenes emitidas por una autoridad. En esta categoría también incluyo a las normas que funcionan como fundamento último de todo sistema jurídico;

36. Guastini, 2014, p. 301.
37. Calzetta & Sardo, 2014, p. 50.
38. Soames, 2010, pp. 4-6.

b) las posibilidades de la existencia de una lógica de normas. Esto es relevante si se asume que los sistemas jurídicos son propiamente sistemas normativos, esto es, con relaciones internas, y no meramente conjuntos de normas.

A. La insuficiencia de los mandatos

El atractivo de la postura pragmática radica en el hecho de que armoniza con las nociones elementales que compartimos respecto de las normas jurídicas con las que estamos más familiarizados (las promulgadas) y el funcionamiento de nuestros ordenamientos. En efecto, no es necesario ceñir nuestra imaginación un soberano austiniano que efectúa mandatos para concebir que las disposiciones normativas que encontramos en los textos legislativos son entendidas como preceptos provenientes de alguna autoridad. Pero, a pesar de sus aparentes ventajas, no es difícil constatar que se trata de un punto de vista teórico reduccionista que deja de ser satisfactorio cuando tomamos en consideración la existencia de normas que no son el producto de actos de ordenar, y que no es una visión compatible con la idea de que existe una conexión sistemática entre normas. Esto es, nos interesa corroborar que la concepción es adecuada para con todos los tipos de normas que encontramos en los ordenamientos, y también verificar si la concepción analizada permite explicar con consistencia las relaciones entre las diversas normas que componen estos sistemas.

Como Hart demostró, nuestra comprensión del derecho se distorsiona mucho si nos limitamos concebir a las normas jurídicas como mandatos[39]. Es engañoso presentar a las normas que confieren el poder para realizar contratos o que otorgan competencia como normas de carácter imperativo. Tampoco es cierto que todas las normas jurídicas sean producto de un acto de promulgación por parte de alguna autoridad, como sucede con las normas consuetudinarias. Pero también es el caso de las normas derivadas, si es que admitimos en algún sentido la posibilidad de una lógica de normas y, por ende, estamos dispuestos a aceptar que de la existencia de la norma «obligatorio que *p*» (Op) necesariamente se sigue que también existe la norma «permitido que *p*» (Pp). Además, no es evidente que todas las normas realmente expresen la voluntad de un legislador o de una autoridad. Finalmente, en los ordenamientos jurídicos modernos es constatable que las autoridades supremas también se encuentran constreñidas por normas jurídicas. Bajo el riesgo de caer en una regresión *ad infinitum*, todo sistema ha de contener por lo menos una norma última sobre la cual no tiene sentido cuestionar su validez. Esto quiere decir que la validez de esta norma no puede recaer en ser el resultado de un acto de autoridad, puesto que esto invitaría a seguir cuestionando sobre la norma que confiere autoridad a su emisor.

39. Hart, 1994 [1961], p. 26.

Guastini elaboró una explicación para las normas consuetudinarias concorde con una concepción pragmática cuando afirma: «[incluso] las normas consuetudinarias, a mi modo de ver, no adquieren existencia hasta que alguien las formula: hasta ese entonces tenemos regularidades, pero no reglas o normas»[40]. Esto es, sin un acto con fuerza ilocucionaria normativa no es posible aseverar la existencia de normas, incluso de las consuetudinarias. Pero se trata de una respuesta simple para una cuestión compleja. Las normas consuetudinarias no operan solamente en el ámbito del derecho. Se trata de un tipo de reglas sociales que son creadas de manera espontánea en un grupo sin que medie un acuerdo previo de manera expresa[41]. Esta visión de las normas consuetudinarias coincide con la forma en que son comprendidas por otras disciplinas que estudian el comportamiento humano, como la sociología, la economía o la antropología; y no se encuentra motivo por la cual en el derecho deba ser distinto. En esta tesitura, una de las características de estas reglas es que puede que nunca sean enunciadas y, no obstante, encontrarse vigentes en una sociedad.

Como es posible apreciar, la fuerza ilocucionaria resulta sumamente restrictiva como requisito necesario para crear normas. Si el componente distintivo tanto de las normas de competencia como de las reglas técnicas que habilitan la creación de contratos ha de encontrarse en su supuesta fuerza ilocucionaria, no encuentro una forma plausible para su reconstrucción frente a los postulados de una concepción pragmática. La principal dificultad radicaría en que estas normas son esencialmente facultativas. Esto entrañaría un obstáculo no menor para proporcionar una explicación consistente de las normas permisivas en tono imperativo. Como muestra, nótese que la expresión «¡permitido licitar servicios públicos!» resulta totalmente extraña a nuestro uso ordinario del lenguaje normativo y, por ende, es dudoso que esto pueda representar una caracterización adecuada para las normas permisivas. En esta línea, Alchourrón y Bulygin resaltan que la mayoría de los autores que propugnan una concepción pragmática rechazan la existencia de normas permisivas. Para esta concepción, en rigor, sólo hay normas imperativas, siendo la permisión una noción puramente negativa; esto es, la ausencia de una prohibición[42].

40. Guastini, 2016, p. 33.
41. Esto es, dichas normas son el resultado de un proceso gradual que inicia con hábitos sociales a partir de los cuales los actos concurrentes y reiterados de los miembros del grupo van consolidando expectativas recíprocas que, en cierto punto, llegan a ser estimadas de tal relevancia que el estándar de conducta que es identificable a partir de esos actos convergentes es comprendido como una regla social y no más como un mero hábito. Esto último se manifiesta con mayor nitidez en el hecho de que la mayoría de los miembros del grupo considera justificado su actuar conforme a ese patrón de conducta, pero también considera justificada la crítica o reproche a quien actúa de modo discordante.
42. Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 126, 146.

B. Las ventajas del silencio

Al disociar a las normas de los actos de ordenar (o de sus resultados lingüísticos) los enunciados normativos, la ontología de la concepción semántica es bastante flexible como para abarcar de modo consistente una gran variedad de fenómenos normativos que se presentan en el desarrollo de los sistemas jurídicos y cuyas condiciones de existencia se distorsionan desmesuradamente si se las busca limitar a los actos lingüísticos imperativos o a sus resultados. Esto es, si bien podemos concordar en que el derecho es un fenómeno normativo cuya pretensión de autoridad comprende que sus normas representan razones protegidas dirigidas a los agentes para que excluyan cualquier otro tipo de consideraciones en conflicto con su actuar[43], de ello no se sigue que todas las normas jurídicas sean el producto de mandatos emanados de alguna autoridad ni que la normatividad del derecho resida de modo exclusivo en su coercitividad[44]. Incluso, tampoco implica que las normas que no han sido creadas explícitamente por un acto prescriptivo carezcan del revestimiento de la autoridad del derecho[45]. Esto envuelve, como se ha expuesto, que en el derecho hay normas implícitas, que no requieren ser formuladas en el lenguaje para existir.

Además, si para eludir el *dilema de Jørgensen* se acepta sustituir la noción de verdad por la de validez[46], en la concepción semántica no se encuentra mayor impedimento para aceptar la existencia de relaciones entre normas, comprendiendo relaciones de tipo lógico. En este entendido, es plausible concebir la existencia de un tipo de normas implícitas (no formuladas). Este fenómeno refiere a las denominadas normas dependientes cuyo criterio de pertenencia a un sistema jurídico es la deducibilidad, es decir, aquellas normas que son concebidas como consecuencias lógicas del conjunto de normas válidas previamente pertenecientes a un sistema[47].

Pero, como resaltara Fuller, el prototipo de las normas implícitas suele ser representado por el derecho consuetudinario, y esto se manifiesta en el hecho de que para ser creadas no requieren una declaración oral, y también en el dato de que el momento de su creación suele ser impreciso[48]. De modo que, cuando finalmente se formula la enunciación de una norma consuetudinaria es porque se asume que previamente se encontraba vigente a pesar de que nadie hubiera dicho nada y que incluso sea impreciso el momento en que dicha norma entró en vigor.

43. Raz, 1979, p. 29.
44. La teoría jurídica positivista que procura no ser reduccionista acepta que, en el derecho, a la par de normas cuyo origen es un acto imperativo, también es posible encontrar normas que existen en virtud de arreglos convencionales.
45. Hart, 1994 [1961], p. 95. Con mayor detalle, Southwood, 2019, pp. 40-41.
46. Bulygin & Mendonca., 2005, p. 27.
47. Caracciolo, 1988, p. 57.
48. Fuller, 1968, pp. 64-65.

La posibilidad de aceptar la existencia de normas «silenciosas» reporta notorias facilidades para informar de la presencia de normas independientes y últimas que las teorías suelen concebir como necesarias para la existencia de todo sistema jurídico puesto que componen su base, llámeselas *norma básica*, *reglas de reconocimiento*[49] o llanamente, cualquier tipo de regla que funcione como criterio conceptual último de identificación de normas jurídicas.

Anteriormente se ha sugerido que la postulación de la norma básica como una norma hipotética representa el reto más grande que encuentra la postura kelseniana clásica para adoptar la ontología de la concepción pragmática. Y es que, en rigor, no es concebible que esta norma encaje en modo alguno en una concepción pragmática, mientras que no parecen encontrarse dificultades para enmarcarla en una concepción semántica. Alguien que adopte la concepción pragmática podría responder que la norma básica no es propiamente una norma, sino solamente en un sentido metafórico, pero esta salida sería fatal para la consistencia de la teoría. Ya resulta un tanto complicado tolerar que bajo los presupuestos kelsenianos exista una norma hipotética (no positiva o puesta) que sustenta toda la validez normativa de un ordenamiento, pero resultaría intolerable señalar que dicha norma no es en realidad una norma, pues abatiría la máxima kelseniana que dicta que la validez de una norma sólo puede derivar de otra norma, derrumbando toda pretensión de una ciencia propiamente normativa. Pienso que Kelsen (el «clásico») rechazaría semejante postura y que, en efecto, consideraba a la norma básica como una norma; pero esto, como se ha sostenido, únicamente es posible bajo la condición de asumir una ontología propia de la concepción semántica de las normas.

Por su parte, Hart explica a la regla de reconocimiento como una forma de norma consuetudinaria de origen judicial que existe solamente si es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y aplicación del derecho por parte de los tribunales[50]. Como consecuencia, las mismas consideraciones expuestas respecto de las normas consuetudinarias son oportunas para la regla de reconocimiento, motivo por el cual es dable concluir que ésta solo puede ser caracterizada de modo satisfactorio en una ontología propia de la concepción semántica. Se puede extraer una conclusión similar para la teoría de Alchourrón y Bulygin, en donde el segundo de los autores ha propuesto que, en la base, el criterio último para la identificación de normas pertenecientes a cualquier sistema jurídico no se encuentra en una norma de conducta sino en una *definición* a la

49. Junto con Munzer, pero también con Hacker y con Raz, no me queda del todo claro que Hart propugnara la existencia de una única regla de reconocimiento y tampoco se percibe impedimento para concebir una pluralidad de éstas. No obstante, para evitar confusiones, y conforme a su empleo habitual en la doctrina, me referiré en singular a la regla de reconocimiento. Véase Munzer, 1972, p. 52, Hacker, 1977, p. 24; Raz, 1971, pp. 95-96.
50. Hart, 1994 [1961], p. 256.

cual caracteriza como una norma conceptual semejante a las reglas de la matemática o las de la lógica[51], es decir, no es producto de un acto imperativo.

Por supuesto, estos beneficios explicativos respecto de la multiplicidad del tipo de normas y sus relaciones son también utilidad en el plano teórico; para procurar una explicación que recurra a herramientas lógicas y conceptuales para una reconstrucción sistemática del conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico de una sociedad.

La labor teórica de explicar el derecho conlleva proporcionar una exposición estructurada a partir de proposiciones normativas con las cuales se informa acerca de las normas que existen en un determinado orden jurídico. Esta labor se lleva a cabo extrayendo las consecuencias lógicas y normativo-conceptuales que se siguen de dichas proposiciones, y también exponiendo las relaciones que es posible advertir entre las normas de las cuales se informa. Como insistieran Alchourrón y Bulygin, una lógica de proposiciones normativas presupone una cierta lógica de normas de la cual la primera sería una suerte de extensión[52]. La existencia de relaciones lógicas y normativas entre las normas de un sistema jurídico también supondría que el derecho regula su propia creación y, cuando menos, tiene pretensiones de conformar un sistema y no ser un mero conjunto de normas. En esta línea, también podría decirse que el derecho proporciona las indicaciones para su reconstrucción sistemática por parte de los teóricos y que esto no es meramente una labor propedéutica.

C. *Tertium non datur*

En general, para la concepción pragmática, las normas son tipos de enunciados, y para la concepción semántica, las normas son tipos de significados (*significado-norma*). Como consecuencia, Guastini no advierte la necesidad de plantear una disyunción irreconciliable entre ambas concepciones. Por el contrario, considera que no se entiende la naturaleza de las normas si no es como una conjunción entre los postulados de las dos posturas. De tal modo, establece Guastini, propiamente entendida, una norma es un enunciado (formulación o disposición) al que se le ha asignado un significado, esto es, enunciados significantes[53]. Si uno de los dos elementos no se presenta, no se concreta la existencia de una norma. Entonces, el acto de ordenar no concreta su finalidad (ser una norma) si no lleva aparejado un *significado-norma* que le otorgue sentido. También, un *significado-norma* no llega a existir (pues no puede ser conocido) si no es porque alguien

51. Bulygin, 1991, p. 268.
52. Alchourrón, 1969 p. 25; Bulygin & Mendonca, 2005, p. 32.
53. Guastini, 2014, p. 296. Sebastián Agüero realiza una propuesta muy similar con el objeto de proporcionar una explicación teórica deferente con la práctica jurídica. Su escrito ameritaría un análisis propio, pero no cuento con el espacio aquí. Aunque, en términos generales, las mismas objeciones que dirijo a la explicación de Guastini son oportunas para Agüero. Véase Agüero-San Juan, 2018.

lo ha enunciado. Como se ha visto, la radicalidad de esta postura se puede constatar en su tesis –anteriormente expuesta– sobre las normas consuetudinarias.

En la propuesta de Guastini, enunciado normativo y *significado-norma* conforman una unidad al concretar normas, no obstante, es importante distinguirlos puesto que entre los dos no se presenta una relación de correspondencia biunívoca, y esto se manifiesta en el hecho de que dos enunciados diversos pueden tener el mismo *significado-norma* y viceversa[54]. Como consecuencia, Guastini ha destacado la importancia de distinguir entre enunciados normativos y las normas[55], siendo las segundas el significado (*norma-significado*) que el intérprete asigna a los enunciados normativos que se encuentran en forma de disposiciones[56] en textos normativos como códigos, reglamentos o leyes.

Lo que resulta atractivo de lo ecléctico es su aparente capacidad de armonizar las virtudes de posturas que parecían ser irreconciliables. Pero, en no pocas ocasiones, los esfuerzos reconciliadores aportan una solución espuria para un problema que permanente latente. Así, buscaré mostrar que existen inconsistencias no salvables que impiden la plausibilidad de dicha concepción. Para este fin, descompondré el análisis en cinco puntos. El primero busca mostrar que la postura ecléctica no cuenta con una teoría satisfactoria del significado. El segundo, que propugna tesis que excluirían de esta propuesta a la concepción pragmática. El tercero, que propugna tesis que excluirían a la concepción semántica. El cuarto, que en esta concepción no habría lugar para una lógica de normas. El quinto punto busca mostrar que, si bien la fuerza pragmática es relevante para comprender el significado de lo que buscan comunicar los hablantes esto no resulta en un argumento convincente para sostener una postura ecléctica e, incluso, que habría consecuencias desafortunadas en considerar que dicha fuerza o actitud es parte del contenido semántico de las expresiones emitidas.

1. El problema de la teoría del significado

Un popular proverbio inglés recita: *you can't have your cake and eat it too*. Y esto es precisamente lo que parece procurar Guastini. Es posible comprender su concepción ecléctica como una que busca proporcionar una teoría del significado para la concepción pragmática –la cual erróneamente parece dar a los significados por sentado. Por tanto, una forma de analizar la plausibilidad de la concepción ecléctica consiste en estudiar si su teoría del significado es consistente con sus pretensiones de erradicar lo que considera como una metafísica sospechosa.

54. Guastini, 2014, p. 297.
55. Guastini, 1998, p. 16; Guastini, 2017, pp. 31-32.
56. Guastini, 2011, pp. 5-8.

Para Guastini, los significados no tienen una existencia independiente de los enunciados declarativos que los transmiten. Esto es, nunca habrá un significado sin un enunciado. Si uno pregunta por el significado de un enunciado, éste será otro u otros enunciados con los cuales el primero es asociado por vía de sinonimia[57]. Traduciendo este planteamiento al discurso normativo, el significado de un enunciado normativo es una *norma-significado*, pero si nos cuestionamos por el significado de esa *norma-significado* seremos reconducidos a otro enunciado normativo cuyo significado es otra *norma-significado* que es sinónima (idéntica) a la primera. Entonces, la respuesta que aclara la cuestión nunca se obtiene, pues estamos condenados a un regreso *ad infinitum.* La pregunta permanece en el aire ¿qué es *eso* que hace que diversos enunciados guarden una relación de sinonimia? Para guardar una relación de sinonimia dos expresiones han de referir a lo mismo, y no se alcanza a comprender qué es *eso mismo* simplemente reenviando la respuesta a un término equivalente. Dicho con una analogía, si lo que quiero saber es qué es un caballo, de nada sirve que me respondan que es un corcel y que, si no me ha quedado claro todavía, pues que un corcel es un jamelgo y, para que lo entienda bien, un jamelgo es un caballo

Es posible concluir que la teoría del significado propuesta por la concepción ecléctica de Guastini es insatisfactoria, y que hay algo (aunque no sabemos qué sea) que va más allá de los enunciados; algo que tiene una relación con el lenguaje, pero que no es estrictamente dependiente de éste. Entonces, los enunciados, formulaciones o disposiciones son contingentes, simples medios para transmitir lo que se desea comunicar, que es el significado; en este caso, las normas que son significados. Por tanto, la disposición redactada por el legislador, o el enunciado emitido por el juez, no son sino vías comunicativas de lo que se busca transmitir, esto es, una norma. Pero la naturaleza (ontología) de lo que se busca comunicar no depende de la voluntad del emisor, que simplemente utiliza las reglas del lenguaje para transmitirlo.

2. Exclusión de la concepción pragmática

Al indagar por el significado estamos en la búsqueda de algo que tiene una cierta relación con los enunciados, pero que es independiente de éstos. Como consecuencia, la balanza se inclina en favor de la concepción semántica. Incluso es posible vislumbrar que en la doctrina de Guastini podría existir un espacio para reconocer esta concepción si no fuera porque propugna una noción reduccionista de «existencia». En este sentido, acepta que las proposiciones y las normas pueden ser concebidas como entidades no lingüísticas, sino mentales, como objetos o productos del pensamiento[58]. Pero considera

57. Guastini, 2014, p. 296.
58. Guastini, 2018, nota 25.

que esos objetos, al no ser conocibles sino hasta que son formuladas en algún lenguaje, no existen.

No obstante, es indudable que lo que pensamos existe en algún modo. Es cierto que no suele cobrar relevancia hasta que se manifiesta, de alguna manera, en el mundo sensible. Esta manifestación es una forma de comunicación, pero no necesariamente es lingüística. Los productos de estos actos comunicativos no necesariamente lingüísticos pueden ser conocidos por los demás, a pesar de que discrepemos acerca de su formulación[59]. Tal sería el caso de muchas reglas sociales o de varias implicaturas del discurso. En la doctrina de Guastini, esto es compatible con el hecho de que reconoce la existencia de normas inexpresas o implícitas (no formuladas). Normas que se obtienen como consecuencia lógica de otras normas expresas, normas que se obtienen de procesos persuasivos (no lógicos) a partir de normas expresas, y normas provenientes de asunciones dogmáticas[60]. Entonces, después de todo, parece que sí existen normas que no son enunciadas y que no requieren de las tesis de la concepción pragmática para existir.

3. Exclusión de la concepción semántica

Pero sería apresurado colocar a Guastini en el saco de quienes adoptan la concepción semántica, después de todo, su obra es extensa, por lo que hay más aspectos por considerar.

Permanece por estudiarse qué naturaleza tienen los enunciados, disposiciones o formulaciones con independencia de sus *significados-norma*[61]. Estos objetos, hasta que no se les asigna un *significado-norma* por vía de una interpretación, parecen ser solamente ruido, un objeto ininteligible hasta que alguien no le asigne un sentido. En el caso de la legislación, podríamos convenir que esas formulaciones cuentan con el *significado-norma* que la interpretación del legislador le ha asignado y que su cumplimiento por parte de la población se logra debido al hecho fortuito de que, de algún modo, los ciudadanos identifican esas formulaciones con la misma serie de enunciados sinónimos que el legislador concibió. Pero, esto es trivial si, en última instancia, la norma propiamente será concretada en un acto decisorio (y, por tanto, de voluntad) de asignación de *significado-norma* a la formulación por parte de un funcionario o juez[62]. En esta línea, la concepción pragmática se manifiesta con tenacidad, puesto que es el acto decisorio con fuerza ilocucionaria imperativa el aspecto relevante a tomar en cuenta para identificar a la norma jurídica. De hecho, la interpretación del juez o funcionario podría imponer un

59. Rememorando la máxima de Polanyi «we know more than we can tell». Polanyi, 2009 [1966], p. 4.
60. Guastini, 2011, pp. 156-158.
61. Y no me refiero al supuesto en que las disposiciones legislativas que invocan divinidades, expresan motivos, declaraciones didácticas o exhortativas. Véase Guastini, 2011, p. 69.
62. Guastini, 2017, p. 313-316.

significado que no coincide en lo absoluto con el que el resto de la población asocia a determinadas disposiciones legislativas. Esto es, no importan los enunciados sinónimos asociados a la *norma-significado* que convencionalmente relacionamos con las formulaciones legislativas, importa el enunciado con fuerza ilocucionaria normativa que sea emitido por el juez o funcionario. Ésa es la norma. Pero esto, en ningún sentido, es compatible con la afirmación de que existen normas no expresas.

Como es posible concluir, la conjunción propuesta por la concepción ecléctica no cuadra. Entonces, parece que Alchourrón y Bulygin llevan la razón, pues: «[s]i las normas son expresiones en un cierto modo pragmático, entonces no pueden ser parte del significado; si son sentidos […] entonces son independientes de cualquier uso lingüístico […]»[63].

4. Imposibilidad lógica

Calzetta y Sardo consideran que la reconstrucción que efectúan Alchourrón y Bulygin de una lógica de las proposiciones normativas para las normas en las concepción pragmática parte de premisas propias de una concepción semántica y esto demuestra que las dos posturas no serían mutuamente excluyentes, lo que probaría la superioridad de una concepción ecléctica[64].

Ciertamente, la reconstrucción de una lógica de proposiciones normativas parte de premisas intrínsecas de una concepción semántica, pero Calzetta y Sardo se equivocan al considerar que este es un argumento concluyente para adoptar una postura ecléctica. El inconveniente recae en el hecho de que asumen tesis planteadas por Alchourrón y Bulygin, pero que posteriormente descartarían. La primera, su equiparación entre enunciados y proposiciones normativas[65]. La segunda, la idea de que es algo pasible construir una lógica de proposiciones normativas en la concepción pragmática.

Calzetta y Sardo asumen como adecuada la siguiente definición «*proposiciones normativas: enunciados existenciales sobre normas*»[66]. Pero esta definición es conceptualmente problemática pues implica desarrollar un sistema de lógica tomando como

63. Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 124.
64. Calzetta & Sardo, 2014, pp. 49-51.
65. Esto es a lo que me refiero cuando en el inicio de este ensayo manifiesto que existen inconsistencias y planteamientos confusos a lo largo de la obra de Alchourrón y Bulygin. Por mi parte, no me parece que establezcan una relación de identidad entre enunciados normativos y proposiciones normativas (especialmente porque en los escritos de Bulygin es posible percibir que procuró no tratarlos como términos intercambiables o como sinónimos). Pero es cierto que hay espacio para entender que se trate de una relación de identidad. En *Normative Systems* es posible comprender que asumen que enunciados normativos y proposiciones normativas tienen el *mismo significado*. [*Véase* Navarro, 2012, p. 633]. Por su parte, Bulygin sostuvo tesis como: *los enunciados normativos son proposiciones normativas disfrazadas*, o que *enunciados normativos y proposiciones normativas son materialmente equivalentes*. Véase, Bulygin, 1991 y Bulygin, 2003.
66. Calzetta & Sardo, 2014, p. 47.

elemento base un hecho sensible, esto es, un enunciado[67]. Además, dicha definición constituye un error puesto que proposición y enunciado no son lo mismo. Los enunciados expresan proposiciones, y diversos enunciados pueden expresar una misma proposición[68]. Es cierto que la definición del concepto de *proposición* no es pasiva. En ocasiones se dice que la proposición es el significado que corresponde a un enunciado, pero esto resultaría impreciso pues también es posible que un mismo enunciado exprese más de una proposición y, con ello, que una parte de su contenido sea verdadero y otro falso. Asimismo, también es posible que existan enunciados que no contengan proposición alguna, de hecho, sólo los enunciados declarativos involucran proposiciones.[69] En todo caso, es posible concordar que las proposiciones son parte del significado de los enunciados declarativos, y que son susceptibles de tener valor de verdad o falsedad. En este sentido, tanto Castañeda como von Wright coinciden en explicar a las proposiciones como «ques» (*whats*), o como aquello que se revela como susceptible de ser verdadero o falso si se le agrega el prefijo «es verdad que».[70] Esto es, las posposiciones son contenidos significativos posibles y abstractos de operaciones mentales acerca de *aquello que* se declara del mundo. Por tanto, una proposición puede referir a ocurrencias que a nadie se había planteado[71]. Esto quiere decir que las proposiciones también son parte del contenido posible de los estados mentales y, como consecuencia, no necesitan ser enunciadas para existir[72]. Entonces, las proposiciones también resultan ser atemporales e independientes del lenguaje. Existen tantas proposiciones como aseveraciones acerca del mundo es posible concebir. Las proposiciones normativas no serían sino posibles enunciaciones acerca de la existencia de normas. Por ejemplo, en una sociedad imaginaria existe una norma que dicta *que* «está prohibido no suicidarse» y esta equivale a la enunciación de la misma norma referida por (*que*) «es obligatorio suicidarse».

Si así están las cosas, resulta dudoso que las proposiciones tengan cabida en la ontología de una concepción pragmática y, como consecuencia, en una ecléctica. Es cierto que, como señala Miller, en materia de metafísica es posible asumir una postura realista respecto de ciertos argumentos y anti-realista respecto de otros[73]. Nada constriñe a asumir una postura metafísica que abarque por igual a todo lo que compone el mundo. Entonces, uno podría ser realista en términos de objetos macroscópicos, pero anti-realista en términos morales. Dicho esto, es menester no perder de vista que la

67. Esto añadiría una dificultad adicional a toda defensa de una postura ecléctica en la reconstrucción lógica de los sistemas normativos, puesto que, concebidas como enunciados, las proposiciones normativas serían hechos, pero entre hechos no hay cabida para las relaciones lógicas. Alchourrón & Bulygin, 1981, p. 129.
68. García-Carpintero, 1996, pp. 11-12.
69. Castañeda, 1975, p. 33.
70. von Wright,1984, p. 24.
71. Castañeda, 1975, p. 36.
72. García-Carpintero, 1996, p. 54.
73. Miller, 2019.

consistencia ontológica respecto de aquello que existe no es irrelevante. En este sentido, la concepción pragmática rechaza a las normas de la concepción semántica debido a su desconfianza en la existencia de objetos metafísicos. Como consecuencia, resultaría extraño que hiciera una excepción para aceptar la existencia de entidades metafísicas como lo son las proposiciones que, al igual que las normas de la concepción semántica, son abstractas, independientes del lenguaje y con existencia atemporal. Por lo tanto, una lógica proposicional en rigor, resultaría improcedente en toda postura afín con la concepción pragmática[74].

Como conclusión, desde la ontología de una concepción pragmática coherente no es dable una reconstrucción de las proposiciones normativas por el simple hecho de que tampoco son concebibles las proposiciones. Frente a estas consideraciones, incluso es factible plantear que la concepción pragmática sea escéptica respecto de la lógica en general. Entonces, el ejercicio que efectúan Alchourrón y Bulygin al realizar la reconstrucción de una lógica de proposiciones normativas para las normas en la concepción pragmática, no podría ser comprendida sino como un ejercicio propedéutico efectuado por alguien que adopta una ontología concorde con la concepción semántica respecto de las creencias de un defensor de la concepción pragmática (algo así como un ateo que busca el modo de escribir un libro de catecismo para sacerdotes católicos).

5. Fuerza no es contenido

En los últimos tiempos ha cobrado relevancia la tesis de rechazar la distinción entre fuerza y contenido proposicional de las oraciones asertivas, y esta postura se ha extendido – con mayor razón – también al contenido de oraciones de tipo interrogativo y exclamativo. Incluso, Hanks ha sostenido que Frege consideraba que la distinción que propuso era oportuna únicamente para las oraciones asertivas[75].

Sardo, y Navarro y Rodríguez, han realizado artículos en esta línea, sosteniendo que los aspectos pragmáticos, como la fuerza o la actitud de los enunciados, son parte de su contenido semántico y, por lo tanto, insinuando (ninguno de manera concluyente), la posibilidad de una tercera vía para la ontología de normas, una ecléctica.

Los autores en comento parecen encontrarse persuadidos por la idea de que, si el resultado de un acto de prescribir es un significado normativo entonces, de manera implícita, los aspectos pragmáticos del lenguaje (que son adecuadamente postulados por la concepción pragmática de las normas) introducen componentes en el significado

74. Sumado a esto, cabría cuestionarse acerca de la explicación ontológica que el pragmatista pueda concebir para las conectivas lógicas.
75. Hanks, 2007, p. 143. Cabe señalar que la tesis de Hanks es que la distinción no es sostenible siquiera para las oraciones asertivas o declarativas.

que son las normas[76]. Esto es, la concepción pragmática y la concepción semántica de las normas parecen colapsar.

Como señalan Navarro y Rodríguez, tomar en consideración la incidencia que los aspectos pragmáticos tienen sobre los significados no necesariamente orilla a asumir una tercera vía, y bien podría probarse a formular una concepción semántica o una concepción pragmática, pero con variaciones (esto es, no en los términos propuestos por Alchourrón y Bulyigin). Me inclino, sin embargo, a sostener que en la medida en que se insista en que las normas son tipos de *significados* (que es la tesis elemental propugnada por la concepción semántica), no hay cabida para la concepción pragmática ni para una ecléctica.

Parte del inconveniente que parece aquejar a quienes no satisface la concepción semántica de las normas es que parece ignorar la relevancia que los aspectos pragmáticos tiene para la comprensión del desarrollo de los fenómenos jurídicos, incluyendo lo que consideramos convencionalmente como creación de normas, como serían los actos de promulgación. Pero autores como John Searle que han sostenido la distinción entre *fuerza* y *contenido* no niegan la importancia que tienen los aspectos pragmáticos para comprender el significado tanto de nuestras expresiones lingüísticas como de nuestras prácticas[77]. Me parece que algo similar sucedería con autores como Alchourrón y Bulygin. En todo caso, esto invita a estudiar la forma en que los aspectos pragmáticos, como los actos de habla, o los simbolismos, inciden en la comunicación del derecho, incluso en la producción de significados (normas) dentro de un marco normativo o convencional[78].

No obstante, ellos están dispuestos a dar un paso más, y entender que la relación entre contenido y fuerza es una de implicación. Esto es, que los aspectos pragmáticos forman parte del significado. Así, Navarro y Rodríguez sostienen:

> Si se acepta que la fuerza de una expresión lingüística […] es parte del significado, la diferencia entre lo que Alchourrón y Bulygin califican como concepción hilética y expresiva de las normas no consistiría en que de acuerdo con la primera las normas son significados y de acuerdo con la segunda no, sino en que de acuerdo con la primera las normas podrían ser caracterizadas de modo satisfactorio sin considerar factores pragmáticos, mientras que de acuerdo con la segunda solo la diferente actitud proposicional del hablante, concebida como parte del significado, permitiría diferenciar a las normas de otras entidades lingüísticas[79].

Pero, si la actitud del hablante es parte del significado, esto acarrea diversos problemas. Las actitudes o fuerza ilocucionaria son adscribibles al acto intencionalmente realizado por la persona, que es una oración o enunciado. Gracias a la actitud sabemos si se trata de una oración declarativa, interrogativa, etc. Pero, si consideramos que la actitud es

76. Véase Sardo, 2015; Navarro & Rodríguez, 2022.
77. Véase Searle, 1962.
78. Diré algo más sobre esta cuestión en el último apartado.
79. Navarro & Rodríguez, 2022, p. 200.

parte también del significado, esto implica que el significado depende enteramente de la persona que ha emitido la oración. Esto es, el significado comunicado por la oración es exclusivamente aquel concepto o idea que el hablante tenía en mente. Esto nos llevaría al escenario de los *lenguajes privados* en la caracterización del significado[80]. Para la teoría jurídica, de esto se seguiría no solo que finalmente las normas son dependientes del lenguaje[81], sino que también lo son de las personas. Así, la disposición jurídica D_S solo puede significar la norma N_S puesto que ese es el significado que el que tenía la intención de comunicar el soberano S al realizar una oración con actitud o fuerza ilocucionaria normativa. Esto, considero, haría a las normas algo muy similar a los mandatos de Austin.

Una salida a esta objeción – implícita en Navarro y Rodríguez – consistiría en señalar que las normas, en tanto significados, son representaciones. Las normas serían entidades abstractas que representan correlaciones existentes entre el mundo real y ciertos mundos normativamente ideales o exigidos[82]. Pero, si este es el caso, dicha respuesta no resulta en una defensa de una concepción ecléctica. La representación realizada, esa entidad abstracta que es la norma, no depende del emisor del acto lingüístico, dicha representación es un fenómeno mental llevado a cabo (también) por las personas que captaron ese acto de comunicación, y esa representación puede perdurar incluso cuando el emisor haya desaparecido.[83] En tal caso, la actitud del emisor es tan efímera como el acto lingüístico que ha realizado para comunicar la norma N la cual, no obstante, perdura en la representación que los demás efectúan y mantienen. Entonces, la actitud del emisor es un elemento pragmático que asiste a los receptores a identificar que el *significado* que buscaba comunicar el acto lingüístico era una norma y no el de una afirmación o una interrogante. Esto es, la actitud o fuerza ilocucionaria, al igual que las oraciones que formulamos en un lenguaje, son un instrumento de comunicación de significados, pero no son el significado. Así, las consideraciones pragmáticas, como las actitudes, las oraciones, la sintaxis, son medios que asisten a transmitir y a comprender lo que es comunicado; esto es, su significado, pero no son parte del significado.

80. El argumento de Wittgenstein es si un individuo puede comprender lo que otros dicen y viceversa, los lenguajes, y el significado que asociamos a sus palabras, no dependen de los individuos. Por ende, lo que una conjunción de palabras ordenas en una oración significa, tampoco depende de la intención del individuo al emitirla. Wittgenstein, 1958, pp. 94-96.
81. Navarro y Rodríguez indican que la actitud puede ser asociada no solo con las formulaciones lingüísticas; también podrían ser asociada a prácticas sociales. Con esto, en principio, salvarían la objeción de las normas consuetudinarias.
82. Es menester mencionar que Navarro y Rodríguez señalan que esta respuesta podría constituir una variante de la concepción semántica o de la concepción pragmática, dependiendo de en dónde se ponga en énfasis. Si se enfatiza el aspecto del mundo normativamente ideal, es una variante de la concepción semántica, pero si se enfatiza que con una norma no se busca describir un mundo normativamente ideal, sino que se busca influir en la conducta, sería una variante de la concepción pragmática. Navarro & Rodríguez, pp. 201-202.
83. Así, la norma emitida por Rex I perdura incluso cuando éste ha fallecido y hasta en tanto Rex II no la derogue. Hart, 1994 [1961], pp. 53-54.

IV. CUESTIONES ONTOLÓGICAS Y TEORÍA JURÍDICA

Ricardo Caracciolo ha hecho notar que la cuestión ontológica acerca de los modos de existencia de las normas está asociada con la discusión filosófica acerca de los criterios para establecer las clases de entidades que componen el mundo, y respecto de la cual se presentan dos doctrinas encontradas: el realismo y el nominalismo. El debate gira en torno a la cuestión de que las entidades posibles sólo pueden existir de dos formas mutuamente excluyentes[84]. Para el nominalismo, los componentes de una clase existen de modo empírico y son identificables en dimensiones espaciotemporales. Para el realismo, los componentes de una clase existen de modo ideal o abstracto, y carece de sentido afirmar que comienzan a existir o cesan de existir.

La concepción semántica suele ser asociada con el realismo filosófico. En esta visión, las normas son algo que está *out there*, con existencia objetiva, no creadas por las prácticas humanas, y que esperan a ser descubiertas para poder ser seguidas o aplicadas. Por su parte, la ontología de la concepción pragmática es asociada con el nominalismo. En esta visión, las normas existen solamente como creaciones humanas. Esto lleva a la fase final del problema que subyace a este debate para la teoría jurídica positivista:

- La concepción pragmática –en los términos en que ha sido expuesta por Alchourrón y Bulygin– es insostenible para cualquier teoría positivista que busque escapar a una visión reduccionista del derecho.
- La concepción semántica de las normas –con las coordenadas también presentadas por Alchourrón y Bulygin– parece ser incompatible con la tesis de los hechos sociales. Por el resto, es compatible con todo lo que la teoría jurídica busca explicar.

¿Cómo podría el positivismo jurídico lidiar con normas atemporales cuya existencia es independiente de los hechos sociales?

En efecto, la exposición de la ontología semántica efectuada por Alchourrón y Bulygin suele generar incomodidad entre los teóricos a los que se les propone que es la única opción viable para una exposición consistente en el positivismo jurídico. En este sentido, Weinberger considera necesario superar la reificación en materia semántica y, como consecuencia, señala que si es que su postura sobre las normas se inserta en la concepción semántica, no lo está en los términos que han sido expuestos por los profesores argentinos dado que él considera que los significados y, por tanto, las normas, no tienen una existencia independiente del lenguaje[85]. Guastini, Calzetta y Sardo manifiestan una inquietud similar, pues consideran que la concepción semántica sugiere que las normas y las proposiciones; en tanto significados abstractos y atemporales, residen en

84. Caracciolo, 1997, pp. 160-161.
85. Weinberger, 1985, p. 169-170.

algún mundo platónico ideal[86]. Por su parte, frente a las acusaciones de platonismo, Alchourrón y Bulygin replican: «[c]abe observar que la concepción hilética [semántica] no está claramente ligada al platonismo como parece pensar Weinberger, aunque por cierto está más cerca de las ideas platónicas que la concepción expresiva [pragmática]»[87]. No obstante, la sospecha persiste, pues esta refutación en ningún momento es acompañada por algún argumento que demuestre que, a pesar de las apariencias, la concepción semántica no responde a la ontología de un realismo platónico.

En respaldo a lo señalado por Alchourrón y Bulygin, es preciso dar un giro en la trama de este debate, y es que no está dicho que la ontología que abraza la concepción semántica necesariamente responda a una doctrina filosófica realista. También, es oportuno señalar que, si la ontología reconocida por la concepción pragmática como ha sido expuesta ha de considerarse reflejo de una teoría nominalista, entonces ésta representa una forma de nominalismo demasiado tosco, uno que en la actualidad casi nadie asume; y ello, en la medida en que se trataría de una postura tan rudimentaria que no sólo se encontraría imposibilitada para dar cuenta de la lógica o de la matemática, sino que las terminaría negando.

Los siguientes párrafos procurarán mostrar que es factible asociar una ontológica anti-realista con la concepción semántica y, por tanto, relacionar la existencia de normas como significados con los hechos sociales.

A. El «semanticista» Carnap *v.* el «pragmatista» Quine

Desde que se diera en debate Carnap-Quine acerca de la circularidad de la analiticidad han proliferado nuevas teorías anti-realistas que tienen por objeto proporcionar una respuesta satisfactoria (una que escape a las sombras del platonismo) acerca de la naturaleza y las condiciones de verdad de los productos del lenguaje moral, de la matemática, de la lógica, de las *propiedades* (universales) y de (productos) *abstractos* en general. Pero no es necesario ir tan lejos, basta revisar el origen de esta polémica y una de las respuestas más prominentes que se presentaron para darle solución.

El debate entre la concepción semántica y la concepción pragmática (así como de cualquier posibilidad de postura ecléctica) en el trasfondo es muy similar al debate que se presentó al interior de la filosofía analítica acerca de la naturaleza de los significados de los que informa nuestro lenguaje. Me refiero al debate Carnap-Quine.

Para Carnap, las cuestiones de existencia siempre involucran a un marco lingüístico (o comunicativo). En este sentido, es posible encontrar dos tipos de cuestiones acerca de la existencia. Primero, las cuestiones internas, que son aquellas que refieren a la existencia de entidades dentro del marco lingüístico que hemos asumido. Segundo, las

86. Calzetta & Sardo, 2014, pp. 59-60.
87. Alchourrón & Bulygin, 1984, p. 157.

cuestiones externas, que conciernen a la existencia o realidad del *sistema* como un todo. Las cuestiones internas se formulan con la ayuda de nuevas expresiones, y es posible llegar a sus respuestas por medio de métodos empíricos, lógicos, o ambos, según el marco que sea asumido. Así, Carnap sugiere que las cuestiones externas, que son relativas al mundo de las cosas, no son teóricas, están más relacionadas con una cuestión práctica concerniente a la estructura de nuestro lenguaje. Las cuestiones externas son necesarias y *a priori*. Por tanto, nos dice: «Aceptar el mundo de las cosas no significa más que aceptar una cierta forma de lenguaje; en otras palabras, aceptar reglas para formar enunciados y para contrastarlos, aceptarlos o rechazarlos»[88]. Entonces, por ejemplo, preguntarse acerca de la existencia de los números, no tiene sentido, se trata de una pseudo-cuestión. Claro que existen los números, pero no como cuestión de creencia en un objeto en el mundo, sino que existen en la medida en que aceptamos el sistema de los números; se trata un supuesto *a priori*, de una verdad analítica.

Esta explicación no satisface a Quine, quien acusa a Carnap de platonismo por promover la existencia de objetos con una relación incierta con la realidad como son no solo los números, sino también las proposiciones. Para Quine la distinción entre las categorías analítico y sintético no es tan franca como la exposición de Carnap sugiere, de hecho, presupone a las mismas nociones que debe explicar. Como ilustra Ben-Menahem, es oscuro que el significado de un enunciado o término analítico sea verdadero por defecto, puesto que si las nociones de significado y sinonimia están mal definidas también lo está la de analiticidad[89]. Asimismo, toda indagación acerca del significado de una expresión analítica puede tornarse en la búsqueda de un referente empírico por sus condiciones de verdad, con lo cual termina por tratarse de una expresión sintética[90]. Por lo demás, la *teoría del significado* de Quine es similar a la defendida por Guastini, lo que hace posible señalar que su postura ontológica se asemeja a la de la concepción pragmática en la medida en que sospecha de todo producto no empíricamente verificable y prefiere reconducir los significados con hechos identificables como los son otros enunciados sinónimos o semejantes[91]. A primera vista, un problema de esta visión para una teoría jurídica sería su falta de economía, pues la enunciación normativa «prohibido fumar en espacios cerrados» sería una norma completamente distinta de la que expresa el enunciado «obligatorio abstenerse de fumar en espacios no abiertos».

Estamos frente a un atolladero pues, en efecto, también resulta insatisfactoria la respuesta de Carnap de que existen expresiones analíticas que son verdaderas por defecto y acerca de lo que no tiene sentido cuestionarse. En todo caso, el positivista lógico, orillado a defenderse de la acusación de postular entidades metafísicas misteriosas que escapan a la relación con los hechos, respondería que los términos y enunciados

88. Carnap, 1974 [1950], p. 403.
89. Ben-Menahem, 2012, p. 28. Véase Quine, 2002 [1953], p. 61-80.
90. Quine, 1951, p. 131-133.
91. Quine, 1984 [1970], pp. 38-39.

analíticos, como lo son los axiomas de la matemática, los de la lógica, las propiedades, las proposiciones, las normas, así como todos los elementos que componen nuestros marcos lingüísticos, son productos de nuestras convenciones. En esta tesitura, carece de relevancia continuar indagando acerca de la naturaleza de estos términos, pues son trivialmente analíticos. En todo caso, la apelación a éstos se justifica en la utilidad que manifiestan en el desarrollo de las matemáticas, la lógica, la semántica y, en general, la formulación de teorías científicas[92].

Esta respuesta sigue sin satisfacer a Quine quien objeta que, para formar un lenguaje por medio de convenciones, requerimos de un lenguaje previo con potencia suficiente como para acordar los términos del nuevo lenguaje, y esto sugiere un regreso *ad infinitum*. Sin embargo, sería un discípulo suyo quien se encargaría de mostrar que el convencionalismo no necesariamente implica un círculo vicioso y, por tanto, que la apelación del positivismo lógico a las convenciones no es desatinada.

B. El convencionalismo como solución

David K. Lewis rescata la noción de convención como respuesta adecuada para las reglas que gobiernan nuestros lenguajes y sus productos. En general, la tesis es que no requerimos de un lenguaje para lograr convenciones[93] y, por ende, formas de significados, como son las normas o reglas. Los comportamientos regulares y convergentes ejecutados con precedencia por parte de los individuos al interior de un grupo son suficientes como medio de comunicación para generar focos de acción en torno a los cuales se forman, se consolidan y se coordinan expectativas recíprocas. Estos patrones de conducta funcionan como si fueran reglas acordadas a pesar de que nunca las hayamos podido negociar de manera expresa[94]. El paradigma de estas reglas no expresas son las reglas sociales, y se las entiende como reglas en la medida en que son aceptadas como patrones de conducta que justifican nuestro actuar en sociedad, pero también porque funcionan como base para reprochar a quien se desvía del patrón de conducta promovido por la regla.

En lo que nos concierne, el convencionalismo otorga una explicación para la existencia de normas más allá de las expresamente enunciadas como lo son las consuetudinarias, las derivadas o incluso las irregulares[95]. También proporciona una posible

92. Ben-Menahem, 2006, p. 194; Soames, 2009, pp. 442-443.
93. Blackburn, 1984, 118-119.
94. Lewis, 2002 [1969], pp. 38-40.
95. Es posible que la incomodidad teórica que generan modelos explicativos de este tipo, es que nuestras teorías jurídicas tendrían que reconocer tesis como que las normas inconstitucionales no solo existen, sino que también son jurídicas. En todo caso, como expone Caracciolo, este es un problema que no concierne al debate ontológico. Y una vez que se la asume, la labor teórica radicaría en indagar más acerca de los criterios empíricos de pertenencia de las normas a los sistemas jurídicos. Caracciolo, 1997, p. 178.

explicación sobre los hechos que dan lugar a la existencia de las normas últimas que necesariamente se encuentran en la base de todo sistema.

La noción de la existencia atemporal de las normas sigue siendo la mayor interrogante. Una posible solución consistiría en diferenciar entre dos posibles nociones de existencia y el modo en que éstas se relacionan con la aceptación de sistemas o marcos de reglas convencionales.

Tomemos el caso de un lenguaje natural como paradigma de un sistema de reglas de naturaleza esencialmente convencional[96]. Tener un sistema de reglas lingüísticas implica contar con una sintaxis, esto es, poseer un conjunto de reglas que rigen el orden y la relación de los sintagmas adoptados para expresar diversos significados a través de oraciones o enunciados. En lingüística, contar con este conjunto de reglas sistematizadas autoriza a afirmar que se cuenta con una gramática. Como señala García-Carpintero, la gramaticalidad no es simplemente una propiedad sistémica, sino que también es productiva. Esto implica que las reglas que conforman una gramática tienen la capacidad de producir nuevos significados (y nuevas reglas) si los hechos de los que depende que se apliquen o no las reglas previas cuentan con un número infinito de posibilidades[97]. En este entendido, podemos plantear una existencia de proposiciones (o normas) en *abstracto*, como todos los significados que son posibles a partir de la infinita capacidad productiva de nuestro marco lingüístico (sistema jurídico). De tal manera, las proposiciones (y las normas) son independientes de los hechos[98], indefinidas y atemporales. Por otro lado, es viable referir a una existencia en *concreto*, cuando respecto de un término o enunciado que expresa una proposición (norma) podemos identificar los hechos relativos a la producción, esto es, tanto a un sujeto en un contexto espaciotemporal en que lo profirió, así como gran parte de las reglas que determinan que esa expresión se corresponde con la gramática del lenguaje en que fue expresada[99].

Es menester tener en cuenta las siguientes consideraciones. La anterior exposición no es sino un esquema explicativo para comprender las dimensiones de la existencia, pero entre proposiciones (normas) y hechos a los que se aplican, no media ningún otro objeto como podría ser una representación, solamente hay una *relación interna*[100]. Como consecuencia, hablar de proposiciones (y normas) como objetos ha de comprenderse

96. El espacio es limitado, por lo que atentamente solicito al lector que lo dicho lo tome como una analogía que, con algunas adecuaciones, también es adecuada para el derecho. En todo caso, no es infrecuente encontrar en la filosofía jurídica las alusiones al hecho de que el derecho es (como) un *lenguaje*. Véase Tamayo y Salmorán, 2013, p. 65.
97. García-Carpintero, 1996, p. 10.
98. Independientes de los hechos en concreto, aunque no del hecho más general de que poseemos capacidades comunicativas y de construir lenguajes. En este sentido se atendería a lo planteado por Weinberger. *Vid. supra* nota 84.
99. La existencia en *concreto* referiría a los medios epistémicos por medio de los cuales los juristas identifican a las normas con las que operan en para los casos con los que trabajan.
100. Inspirados en Wittgenstein, Backer y Hacker refieren a la *relación interna* entre significados y hechos para evadir el la paradoja del *seguimiento de reglas*. Baker & Hacker, 2009 [1985]: 94-97, 102 y 172.

como una forma de hablar interna al marco (en *concreto*), propia de las teorías y de la práctica, y que es útil para efectuar operaciones como cuantificar o individualizar proposiciones (y normas). En esta tesitura, es impreciso explicar a las proposiciones (y normas) en *abstracto* como objetos (esto es, reificarlas), puesto que las combinaciones de las reglas de la sintaxis y los posibles hechos a los que se aplican son infinitas[101]. Esto es, no podemos contar de antemano con una «representación» de las normas y todas sus posibilidades, pero esto no significa que no existan. Su existencia se manifiesta en nuestras prácticas con las que aceptamos el marco o sistema; en el hecho de que, al contar con una gramática, podemos reconocer que un enunciado que nunca habíamos escuchado comunica una proposición (norma) de acuerdo con nuestra gramática.

V. CONCLUSIÓN

Hemos visto que tanto la concepción pragmática como la ecléctica no son posturas satisfactorias para dar cuenta de la ontología o naturaleza de las normas, pero tampoco son satisfactorias frente a las exigencias del positivismo jurídico contemporáneo. Por este motivo, la única solución restante es adoptar la concepción semántica la cual, sin embargo, en la teoría jurídica positivista, no cuenta con una explicación plausible que satisfaga la tesis de los hechos sociales.

En la última parte de este trabajo considero haber mostrado que el debate en materia ontológica entre Carnap y Quine presenta coordenadas similares a la oposición entre la concepción semántica y la concepción pragmática de las normas. En este sentido, sugiero que si el convencionalismo de Lewis logró rescatar a la postura convencionalista de Carnap del realismo al que había sido condenado por Quine[102], es posible que también lo haga para la concepción semántica de normas[103].

El modelo de Carnap, complementado con el convencionalismo de Lewis, puede ser comparado con la concepción semántica adoptada en la teoría jurídica de Alchourrón y Bulygin. La existencia de normas jurídicas depende en última instancia de lo que podríamos entender como una cuestión externa en términos de Carnap. Esto es, contar con criterios conceptuales últimos para la determinación de cuáles normas pertenecen al ordenamiento o han sido producidas conforme a los criterios de éste[104]. Estos criterios pueden ser comprendidos como productos convencionales en modo similar a la(s)

101. Esto es lo que hace que la noción de seguimiento de reglas sea tan obscura. Hacker, 1977, p. 16.
102. Véase Blackburn, 1984, Cap. IV.
103. El convencionalismo *lewisiano* sería lo que Speaks ha denominado (apoyado en Lewis) una *teoría fundacional del significado* (que funciona también para las normas, que son una forma de significados). Véase Speaks, 2019. Este tipo de teorías, señala Lewis, buscan explicar los hechos psicológicos y sociales por los cuales un sistema semántico es empleado por una población, y no deben ser confundidas con las teorías que describen los sistemas semánticos o gramáticas mediante con los cuales una población asocia ciertos símbolos con ciertos aspectos del mundo. Lewis, 1970, p. 19.
104. Véase Bulygin, 1976.

regla(s) de reconocimiento de Hart. Así, una vez que contamos con criterios últimos y convencionales de identificación y producción que forman un sistema, en el sistema existen –de modo abstracto, atemporal y con independencia del lenguaje– todas las normas que son posibles conforme a dichos criterios últimos. La cuestión interna es distinta, las normas como objetos concretos se verifican tanto por medios empíricos como lógicos (esto es, mediante criterios epistémicos). Al interior del marco, las formas productivas señalan que las normas pueden incorporarse al sistema jurídico por medio de una acto de promulgación ejecutado por una autoridad competente, por medio de una práctica convergente (normas consuetudinarias) o como consecuencia lógica de una o una combinación de normas previamente pertenecientes al sistema. Esto es una cuestión epistémica que nos permite identificar a una norma del sistema en relación con un caso concreto al que refiere su aplicación[105].

Con esto no considero haber agotado todos los aspectos relevantes que habría de abordar una explicación no-realista que adopte a la concepción semántica de las normas. Esto seguramente excede tanto a mis capacidades como al espacio disponible. También, en la actualidad, el panorama de teorías metafísicas anti-realistas es muy extenso, por lo que no cabe duda de que lo que he planteado puede ser expandido, corregido y expuesto de manera más elegante y elaborada[106]. No obstante, considero que es posible afirmar que se han proporcionado indicios suficientes de que adoptar una concepción semántica de las normas no implica necesariamente adoptar una ontología realista, pues esta concepción puede adaptarse a una ontología anti-realista compatible con la tesis de los hechos sociales. Como conclusión, rectifico que la elección de Alchourrón y Bulygin, de optar por la concepción semántica de las normas, a pesar de las apariencias, fue una decisión acertada.

105. Por ejemplificar, en esta visión, el sistema jurídico se puede comparar con una calculadora. Una calculadora está programada a partir de unos cuantos algoritmos que contienen todas las operaciones y soluciones que son posibles. Al tener en nuestras manos una calculadora jamás tendremos ejecutaremos todas las operaciones ni obtendremos todas las soluciones que son posibles. Sin embargo, incluso las operaciones y soluciones que nunca ejecutaremos pertenecen, en algún sentido, a las operaciones y soluciones contenidas en la calculadora. ¿Habría alguien que sensatamente señala que 123 + 33 = 156 no es parte de las operaciones y soluciones contenidas en una calculadora sino hasta que no se opriman las teclas pertinentes para que aparezca en la pantalla?

106. Tan solo por presentar un panorama no exhaustivo. En la actualidad, en el nominalismo las teorías se dividen entre los que niegan a los universales y los que niegan a los abstractos. También, posiblemente las teorías nominalistas son las que más variantes han desarrollado, así, por mencionar algunas, está el nominalismo de los mundos posibles, la teoría de los tropes, el nominalismo por semejanza [Rodríguez-Pereyra, G., 2002, pp. 15-16]. Asimismo, está el expresivismo, que ha ganado popularidad en la filosofía jurídica gracias al intento de Toh de explicar la teoría de Hart en estos términos [Véase, Toh, 2005]. También, aunque no he tenido espacio de abordarlo, está que el *quietismo* (inspirado en Wittgenstein), que objeta la relevancia que se ha dado al debate ontológico, y que también es la que plantea la objeción en contra de la reificación de proposiciones y normas (en concordancia con Weinberger) [Véase, Narváez Mora, 2015; Blackburn, 1984, Cap. II]. También, es importante no dejar de mencionar la popularidad que ha adquirido del *Grounding* en la metafísica actual [Véase, Schaffer, 2009].

BIBLIOGRAFÍA

Agüero-San Juan, C., (2018), «¿Cómo encontrar normas jurídicas? Una revisión a la ontología desde la identificación», *Isonomía*, (49), pp. 3-44.

Alchourrón, C., (1969), «Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas», en Alchourrón C & Bulygin, E., (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, C. & Bulygin, E., (1981), «La concepción expresiva de las normas», en Alchourrón C. & Bulygin, E., (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, C. & Bulygin, E., (1984), «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», en Alchourrón C. & Bulygin, E., (1991), en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, C. & Bulygin, E., (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Alchourrón, C. & Bulygin, E., (1997 [1979]), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, Fontamara.

Austin, J., (1995 [1832]), *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Cambridge University Press.

Baker, G. P. & Hacker, P. M. S., (2009), *Wittgenstein: Rules, Grammar and Necessity* (2a ed,), Singapur, Wiley-Blackwell.

Ben-Menahem, Y., (2012), *Conventionalism*, Cambridge, Cambridge University Press.

Blackburn, S., (1984), *Spreading the Word: Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford University Press, Nueva York.

Bobbio, N., (1996 [1979]), *Il positivismo giuridico*, Turín, G. Giappichelli Editore.

Bulygin E., (1976), «Sobre la regla de reconocimiento», en en Alchourrón C. & Bulygin, E., (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Bulygin, E., (1991), «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, (9), pp. 257-279.

Bulygin, E., (1999), «True or False Statements in Normative Discourse», en Egidi, R. (ed.), *In Search of New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Springer.

Bulygin, E., (2003), «El papel de la verdad en el discurso normativo», *Doxa*, (26), pp. 79-85.

Bulygin, E. & Mendonca, D., (2005), *Normas y sistemas normativos*, Barcelona, Marcial Pons.

Burazin, L. *et al.* (eds.), (2015), *Law and State. Classical Paradigms and Novel Proposals*, Viena, Peter Lang.

Calzetta, A. & Sardo, A., (2014), «Una nueva visita a la concepción expresiva», *Doxa*, (37), pp. 45-62.

Caracciolo, R., (1988), *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Caracciolo, R., (1997), «Existencia de normas», *Isonomía*, (7), pp. 159-178.

Carnap, R., (1974 [1950]), «Empirismo, semántica y ontología», trad. de A. Deaño, en Muguerza, J. (ed.), *La concepción analítica de la filosofía 2*, Madrid, Alianza.

Castañeda, H., (1975), *Thinking and Doing*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company.

Chalmers, D., Manley D. & Wasserman, R. (eds.), (2009), *Metametaphysics*, Oxford, Oxford University Press.

Dei Vecchi, D., (2017), «¿Profundización o caída del realismo jurídico como teoría descriptiva de normas?», *Isonomía*, (147), pp. 9-38.

Egidi, R. (ed.), (1999), *In Search of New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Dordrecht, Springer.

Ferrer, J. & Rodríguez, J. L., (2011), *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons.

Fuller, L., (1968), *The Anatomy of Law*, Suffolk, Penguin Books.

García-Carpintero, M., (1996), *Las palabras, las ideas y las cosas*, Madrid, Ariel.

Guastini, R., (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milán, Giuffrè Editore.

Guastini, R., (2011), *Interpretare e argomentare*, Turín, G. Giappichelli.

Guastini, R., (2014), «Dos concepciones de las normas», trad. de P. Caballero Elbersci, en Guastini, R., (2014), *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

Guastini, R., (2016), «Existencia empírica de normas», trad. de P. Caballero Elbersci, en Redondo, M & Navarro, P. (eds.), (2016), *La filosofía desde el derecho. Homenaje a Ricardo Caracciolo*, México, Fontamara, México.

Guastini, R., (2017), *Filosofia del diritto positivo: lezioni*, Turín, G. Giappichelli.

Guastini, R., (2018), «Dos concepciones de las normas», *Revus* [Online], (35). URL: http://journals.openedition.org/revus/3810. https://doi.org/10.4000/revus.3810

Hacker, P. M. S., (1977), «Hart's Philosophy of Law», en Hacker, P. M. S. & Raz, J. (eds.), (1977), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press.

Hacker, P. M. S. & Raz, J. (eds.), 1977, *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press.

Hanks, P., (2007), «The Content-Force Distinction», *Philosophical Studies*, (134), pp. 141-164.

Hart, H. L. A., (1994 [1961]), *The Concept of Law*, 2a ed. Bulloch P. & Raz, J. (eds.), Oxford, Clarendon Press.

Hernández Marín, R., (1989), *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU.

Kelsen, H., (1982 [1960]), *Teoría pura del derecho*, trad. de R. Vernengo, México, IIJ-UNAM.

Kelsen, H., (1991 [1979]), *General Theory of Norms*, trad. de M. Hartney, Oxford, Oxford University Press.

Kelsen, H., (2010 [1945]), *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, Unam.

Kelsen, H., (2012 [1969]), *Derecho y lógica*, trad. de U. Schmill Ordóñez y J. Castro Valle, México, Fontamara.

Lewis, D., (1970), «General Semantics», *Synthese*, (22), pp. 18-67. doi:10.1007/BF00413598

Lewis, D., (2002 [1969]), *Convention*, Oxford, Blackwell Publishers.

Mendonca, D., (1992), *Introducción al análisis normativo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Mendonca, D., (2020), *Ontología y lógica de normas*, México, Fontamara.

Miller, A., (2019), «Realism», Zalta, E. (ed.), 2021, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Url = https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/realism/

Moreso, J. J. *et al.* (coords)., (2022), *Eugenio Bulygin en la filosofía del derecho contemporánea*, Vol. I, Madrid, Marcial Pons.

Muguerza, J. (ed.), (1974), *La concepción analítica de la filosofía 2*, Madrid, Alianza.

Munzer, S., (1972), *Legal Validity*, La Haya, Martinus Nijhoff.
Narváez Mora, M., (2015), «Expressing Norms. On Norm-Formulations and Other Entities in Legal Theory», *Revus*, (25), pp. 43-70.
Navarro, P., (2012), «¿Son los enunciados jurídicos proposiciones normativas?», *Doxa*, (35), pp. 629-639.
Navarro, P. & Rodríguez, J., (2022), «Concepciones de las normas», en Moreso, J. J. *et al.* (coords.)., *Eugenio Bulygin en la filosofía del derecho contemporánea*, Vol. I, Madrid, Marcial Pons.
Olivecrona, K., (1959 [1939]), *El derecho como hecho*, trad. de J. J. Santa Pinter, Buenos Aires, Depalma.
Plunkett, D., Shapiro, S. & Toh, K. (eds.), (2019), *Dimensions of Normativity*, Nueva York, Oxford University Press.
Polanyi, M., (1966 [2009]), *The Tacit Dimension*, Chicago, The University of Chicago Press.
Quine, W.V., (1951), «On Carnap's Views on Ontology», en Quine, W.V., (1966), *The Ways of Paradox and Other Essays*, Nueva York, Random House.
Quine, W.V., (1966), *The Ways of Paradox and Other Essays*, Nueva York, Random House.
Quine, W.V., (1984 [1970]), *Filosofía de la lógica*, trad. de M. Sacristán, Madrid, Alianza Editorial.
Quine, W. V., (2002 [1953]), *Desde un punto de vista lógico*, trad. de M. Scristán, Barcelona, Paidós.
Redondo, M & Navarro, P. (eds.), (2016), *La filosofía desde el derecho. Homenaje a Ricardo Caracciolo*, México, Fontamara, México.
Raz, J., (1971), «Legal Principles and the Limits of Law», *The Yale Law Journal*, (81), pp. 823-854.
Raz, J., (1979), *The Authority of Law,* Oxford, Clarendon Press.
Rodríguez-Pereyra, G., (2002), *Resemblance Nominalism*, Oxford, Clarendon Press.
Rollins, C. D. (ed)., (1962), *Knowledge and Experience*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
Ross, A., (1968), *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul Ltd.
Ross, A., (2001 [1958]), *Diritto e giustizia*, trad. de G. Gavazzi, Turín, Einaudi.
Sardo, A., (2015), «Legal Philosophers, Meaning, and Force», en Burazin, L. *et al.* (eds.), *Law and State. Classical Paradigms and Novel Proposals*, Viena, Peter Lang.
Searle, J., (1962), «Meaning and Speech Acts», en Rollins, C. D. (*ed*)., *Knowledge and Experience*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
Schaffer, J., (2009), «On What Grounds What», en Chalmers, D., Manley D. & Wasserman, R. (eds.), *Metametaphysics*, Oxford, Oxford University Press.
Speaks, J., (2019), «Theories of Meaning», Zalta, E. (ed.), (2021), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Url = https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/meaning/
Soames, S., (2009), «Ontology, analyticity and meaning», en Chalmers, D., Manley D. & Wasserman, R. (eds.), *Metametaphysics*, Oxford, Oxford University Press.
Soames, S., (2010), *What is Meaning?*, Oxford, Princeton University Press.
Southwood, N., (2019), «Laws as Conventional Norms», en Plunkett, D., Shapiro, S. & Toh, K. (eds.), (2019), *Dimensions of Normativity*, Nueva York, Oxford University Press.
Tamayo y Salmorán, R., (2013), *Juris Prudentia: More Geometrico. Dogmática, Teoría y Meta Teoría Jurídicas*, México, Fontamara.

Toh, K, (2005), «Hart's Expressivism and his Benthamite Project», *Legal Theory*, (11), pp. 75-123.

Vilajosana, J., (2010), *El derecho en acción*, Madrid, Marcial Pons.

Von Wright, G., (1979 [1963]), *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres: Routledge & Keagan.

Von Wright, G., (1984), «Demystifying Propositions», en von Wright, G., (1984), *Truth, Knowledge & Modality, Philosophical Papers*, Vol. III, Oxford, Basil Blackwell.

Von Wright, G., (1984), *Truth, Knowledge & Modality, Philosophical Papers*, Vol. III, Oxford, Basil Blackwell.

Weinberger, O., (1985), «The expressive conception of norms: An Impasse for the Logic of Norms», *Law and Philosophy*, (4, 2), pp. 165-198.

Weinberger, O., (1991), *Law Institution and Legal Politics*, Dordrecht, Springer.

Wittgenstein, L., (1958), *Philosophical Investigations*, trad. de G. E. M. Anscombe, Oxford, Basil Blackwell.

Zalta, E. (ed.), (2021), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* URL: https://plato.stanford.edu/

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 155-184
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.5

La extensión en el tiempo de la comunidad política

Political Community Persistence over Time

Hugo O. Seleme

Autor:
Hugo O. Seleme
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina
hugoseleme@conicet.gov.ar
https://orcid.org/0000-0003-0658-0512

Recibido: 11/09/2023
Aceptado: 21/11/2023

Citar como:
Seleme, Hugo O. (2024). La extensión en el tiempo de la comunidad política *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 155-184. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.5

Agradecimientos:
Durante una estancia en el grupo de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra encontré el entorno ideal para terminar de elaborar este trabajo. Agradezco en especial a José Juan Moreso, Ezequiel Monti, Marisa Iglesias y José Luis Martí por sus críticas agudas y sus fecundas sugerencias. Agradezco también a los diferentes auditorios donde presenté versiones previas de la tesis defendida en este artículo.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Hugo O. Seleme

Resumen

La idea de que la comunidad política se extiende en el tiempo se encuentra en tensión con presupuestos usuales acerca de la topología del tiempo y la dirección temporal de la causalidad. La tensión puede ser resuelta si se adoptan tres tesis: 1) las normas jurídicas –en especial la Constitución– son la expresión de expectativas o preferencias colectivas futuras de los ciudadanos del pasado; 2) existen algunos objetos que no están en el presente; 3) el valor que tiene la vida que alguien ha vivido depende metafísicamente de la satisfacción de sus preferencias.

Palabras clave: topología del tiempo; membresía política; causalidad retroactiva; fundamentación metafísica.

Abstract

The idea that the political community persist over time is in tension with usual assumptions about the topology of time and the temporal direction of causality. The tension can be solved if three theses are adopted: 1) legal norms – mainly the Constitution – are the expression of future collective preferences or expectations of past citizens; 2) at least some none present objects exist; 3) the value of a person's life depends metaphysically on the satisfaction of her preferences.

Keywords: Topology of Time; Political Membership; Backward Causation; Metaphysical Grounding.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de que la comunidad política se extiende en el tiempo, desde el pasado hasta el presente, ocupa un lugar prominente en el discurso público. Un indicio de su centralidad son las diversas funciones que le atribuimos. En primer lugar, la empleamos en un sentido identitario. Nos sentimos orgullosos de los logros alcanzados por quienes nos precedieron y nos avergonzamos de sus errores. Ambos parcialmente nos definen y los vemos como propios.

La idea también sirve para dar cuenta de dos rasgos característicos de la argumentación jurídica. En primer lugar, las decisiones judiciales son justificadas en base a normas creadas por hechos institucionales del pasado. En segundo lugar, las normas del presente intentan acomodarse a las del pasado y viceversa, en una especie de equilibrio reflexivo.

Ambos rasgos se vinculan a la idea de comunidad política que se extiende en el tiempo. Las decisiones judiciales se justifican apelando a normas del pasado porque dichas decisiones son tomadas en nombre de una comunidad política que incluye a los ciudadanos que nos precedieron en el tiempo y dictaron estas normas. Las normas del pasado y el presente son equilibradas unas con otras porque, son vistas como el producto de un agente colectivo unificado que se extiende desde el pasado. Así como nuestra unidad individual justifica que busquemos equilibrar nuestras intuiciones morales individuales en un todo unificado y coherente, la agencia colectiva unificada de la comunidad política justifica que los juristas busquen equilibrar las intuiciones morales colectivas corporizadas en las normas del pasado y del presente. Sólo de este modo la autoría del derecho puede atribuirse a la comunidad política[1].

Por último, la idea de comunidad política que se extiende en el tiempo también puede dar cuenta del hecho que los ciudadanos guían sus conductas sobre la base de normas que otros, que existieron antes, dictaron. Los ciudadanos proceden de este modo porque conciben que forman parte de la misma comunidad política con quienes existieron antes que ellos.

El presente trabajo busca, en primer lugar, identificar qué propiedades debe tener una comunidad política que se extiende en el tiempo. En segundo lugar, pretende

1. He presentado la vinculación entre la agencia colectiva extendida en el tiempo y la exigencia de equilibrar los diferentes estándares normativos que conforman el sistema jurídico en otro lugar (Seleme, 2016). Allí adopto una concepción de legitimidad asociativista, vinculada con la idea de comunidad política, semejante a la defendida por Ronald Dworkin (Dworkin, 1986, p. 176-224) y un concepto de derecho emparentado con el de Joseph Raz, según el cual, el derecho pretende legitimidad (Raz, 1976, p. 30). De ambas premisas se obtiene la exigencia de presentar al derecho como el tipo de objeto que podría ser atribuido a una comunidad política que se extiende en el tiempo. A diferencia de lo que señala Dworkin el derecho no posee necesariamente legitimidad, sino que, a semejanza de lo que dice Raz, es el tipo de objeto del cuál podría predicarse. Que el derecho no sea presentado un conjunto unificado hace que lo obtenido no sea el tipo de objeto que podría pertenecer a un único agente colectivo. Que a la hora de fijar sus exigencias no se preste atención a los hechos institucionales del pasado determina que lo obtenido no pueda ser atribuido a un agente que se extiende en el tiempo (Seleme, 2016, p. 172).

mostrar que estas propiedades están en tensión con ciertas presuposiciones usuales acerca de la topología del tiempo y la dirección temporal de la causalidad. Finalmente, en tercer lugar, presenta una manera de resolver la tensión a partir de tres tesis: a) las normas jurídicas –en especial la Constitución– son la expresión de expectativas o preferencias colectivas futuras de los ciudadanos del pasado; b) lo real abarca más que los eventos presentes; c) el valor que tiene la vida que alguien ha vivido depende metafísicamente de la satisfacción de sus preferencias.

II. TRES PROPIEDADES DE LA COMUNIDAD POLÍTICA QUE SE EXTIENDE EN EL TIEMPO

Entenderé que la comunidad política posee tres propiedades. Primero, se trata de una comunidad de iguales. Esto requiere no sólo que todos sean igualmente miembros, sino que, adicionalmente, sean miembros iguales. Para que esto se de todos los ciudadanos deben compartir un mismo estatus.

Otras comunidades, diferente a la política, no poseen esta propiedad. Aunque todos los individuos que las componen son igualmente miembros, no es el caso que sean miembros iguales. En una familia, por ejemplo, el padre y el hijo son miembros, pero el vínculo de paternidad es diferente al de filiación. El vínculo de membresía a la familia no es idéntico porque uno es miembro por tener con sus integrantes el vínculo diferente de paternidad, maternidad o filiación. No es el caso que uno sea primero miembro de la familia –con una especie de estatus básico homogéneo– y luego sea padre, madre o hijo.

En el caso de la comunidad política, en cambio, la ciudadanía un estatus básico compartido. Los roles diferenciados que los miembros asumen –presidente, juez, legislador etc.– se adicionan a este rol básico. Por este motivo, es posible perder estos roles, sin dejar de ser ciudadano.

Segundo, la comunidad política es el sujeto paradigmático de quien se predica justicia o injusticia. Las exigencias de justicia distributiva aparecen entre los ciudadanos de una misma comunidad política. Cada ciudadano tiene estos deberes en relación con los demás y, recíprocamente, estos los tienen en relación con él.

En tercer lugar, los ciudadanos que la componen no son sólo los actualmente existentes sino también los que existieron antes y los que existirán después. Como señala Edmund Burke, la comunidad política es una «…asociación entre aquellos que están vivos, aquellos que están muertos, y aquellos que todavía no han nacido» (Burke, 1910, p. 93).

Estas tres propiedades de la comunidad política se corresponden con tres propiedades correlativas de la membresía política. Primero, el vínculo de membresía que une a cada ciudadano con los demás debe ser el mismo. Es decir, a diferencia de lo que sucede en el seno de la familia, la membresía política es homogénea.

Segundo, el vínculo de membresía debe poder fundar las exigencias de justicia. Una condición para que existan deberes de justicia entre los miembros de una comunidad es que exista posibilidad de afectación mutua. Si cada uno afecta los intereses de los demás de un modo que sería aceptable por todos, con independencia de sus contingentes circunstancias sociales y naturales, la comunidad es justa. Si la afectación de los intereses no es aceptable, la comunidad es injusta.

Si la justicia o injusticia es un atributo de la comunidad política, y si la posibilidad de afectación recíproca es una condición necesaria para que aparezcan las exigencias de justicia, entonces la posibilidad de afectación recíproca entre sus miembros es una condición necesaria de la membresía política. Entre individuos que no pueden afectarse recírprocamente no puede existir ningún vínculo de membresía política[2].

Tercero, el vínculo de membresía tiene que poder ligar a los ciudadanos del presente con los del pasado y el futuro. Este es el único modo en que los ciudadanos del pasado –juntos con los del presente y el futuro– pueden formar parte de la misma comunidad. Adicionalmente, dada la exigencia de homogenidad, el vínculo de membresía que une a los ciudadanos del presente con los del pasado y el futuro debe ser idéntico al vínculo de membresía que vincula a los ciudadanos del presente entre sí.

III. DOS PRESUPUESTOS ACERCA DEL TIEMPO

Nuestra concepción usual del tiempo descansa en dos presupuestos referidos, respectivamente, a su topología y a la dirección temporal de las relaciones causales.

En primer lugar, nuestra topología del tiempo es presentista. Los eventos del pasado no son reales porque ya han dejado de existir, y los eventos del futuro no son reales porque todavía no han comenzado a existir. La lista de todos los objetos existentes está compuesta única y exclusivamente por los objetos presentes. De acuerdo con el Presentismo, «(e)s siempre el caso que, para todo x, x es presente.» (Crisp, 2003, p. 215).

Deben evitarse dos interpretaciones del Presentismo que lo vuelven trivialmente verdadero o claramente falso. Si entendemos que sostiene que nunca puede darse el caso de que existe algún objeto x y que sea falso que x es presente, su contenido es trivial. Como el tiempo verbal de la expresión «existe algún objeto x…» es presente, el Presentismo meramente negaría que un objeto que existe en el presente no es un objeto presente. Afirmaría la trivialidad de que todo objeto que existe en el presente es presente. (Crisp, 2003, p. 212)

La trivialidad puede evitarse si se describe al Presentismo sin optar por ningún tiempo verbal. Lo que señalaría es que nunca puede darse el caso de que existió, existe

2. La idea de que las exigencias de justicia se fundan en algún tipo de interacción recíproca puede encontrarse en Nagel (2005). Para Nagel, la interacción relevante es que contribuyamos a imponernos unos a otros un mismo esquema institucional coercitivo. En otro lugar he propuesto que la interacción relevante es de un tipo diferente a la señalada por Nagel (Seleme, 2011).

o existirá algún objeto x y que sea falso que x es presente. Como no cabe duda de que los eventos pasados existieron y no son eventos presentes, la tesis sería claramente falsa. (Crisp, 2003, p. 213)[3].

Para evitar ambas dificultades definicionales debe entenderse que el Presentismo afirma que, considerando el dominio de todas las cosas temporales, es falso que éste incluya a alguna que no exista en el presente. El Presentismo niega que «(c)uantificando todas las cosas temporales, para un x, x fue, es o será, tal que x no existe en tα, donde tα nombra el tiempo presente…» (Crisp, 2003, p. 213). Esta negación no es trivialmente verdadera, porque no niega la afirmación obviamente falsa de que todo objeto que existe (en tiempo presente) es presente, sino la afirmación de que la realidad –hablando de objetos temporales– incluye algo más que objetos presentes. Tampoco es trivialmente falsa porque no es obviamente verdadero que la realidad incluya algo más que objetos presentes.

El segundo presupuesto, referido a la dirección temporal de las relaciones causales, sostiene que la causa es temporalmente prioritaria en relación con el efecto. Nunca puede ser el caso que una causa ocurra luego de que el efecto se haya producido.

Algunas concepciones de la causalidad ubican esta prioridad en la noción misma de causalidad. Según Hume, por ejemplo, podemos «…definir a una causa como un objeto seguido por otro, y donde todo los objetos, similares al primero, son seguidos por objetos similares al segundo…» (Hume, 2007, p. 56). Esta circunstancia definitoria de la causalidad es denominada como «prioridad temporal» (Hume, 2007, p. 137)[4]. Quienes entienden de este modo a la causalidad defienden lo que contemporáneamente se ha denominado la teoría de la regularidad[5].

Otras concepciones, como la contrafáctica y la probabilística, no incluyen la prioridad temporal en la definición de causalidad. Según la primera, también enunciada por Hume, un objeto es la causa de otro cuando es cierto el contrafáctico que afirma que, de no haber existido el primero, tampoco habría existido el segundo (Hume, 2007, p. 56). Dicho con más precisión, si algo es una causa entonces debe provocar alguna diferencia, de tal manera que «…habiendo estado ausente, sus efectos –al menos algunos de ellos, y usualmente todos– habrían estado ausentes también» (Lewis, 1973, p. 161).

3. Existe un tercer modo de presentar al Presentismo que lo vuelve falso, Este consiste en utilizar el verbo «existir» sin tiempo, esto es no conjugándolo en presente –cómo la primera opción– ni empleando de manera disyuntiva los tres tiempos verbales –como la segunda opción– sino empleándolo sin conjugar en ningún tiempo verbal. Expresado de este modo el Presentismo señalaría que nunca puede darse el caso de que exista (sin tiempo verbal) algún objeto x y que sea falso que x es presente. Esta enunciación es falsa porque la proposición implica que nunca puede darse el caso de que exista (sin tiempo verbal) algún objeto x pasado, presente o futuro, y que sea falso que x es presente. Por supuesto que puede darse el caso de que exista (sin tiempo verbal) algún objeto x presente y que x es presente. Si el Presentismo niega esta verdad obvia, entonces es claramente falso (Crisp, 2003, p. 213)
4. Las otras dos circunstancias que deben darse para que pueda predicarse que un objeto es causa de otro es la «…contigüidad en el tiempo y el espacio…» (Hume, 2007, p. 137).
5. Una teoría de la regularidad contemporánea puede encontrarse en Mackie (1974)

Según la concepción probabilista, por su parte, un evento es causa de otro cuando la ocurrencia del primero aumenta la probabilidad de ocurrencia del segundo.

Para estas dos concepciones la prioridad temporal de la causalidad no es necesariamente verdadera. La dependencia contrafactica de dos eventos es recíproca. El segundo evento en la línea temporal depende del primero pero el primero también depende contrafácticamente del segundo[6]. Los juicios de probabilidad entre dos eventos, por otro lado, son simétricos. Si la ocurrencia de un evento aumenta la probabilidad de que otro suceda, la ocurrencia de éste aumenta la probabilidad de que suceda el primero.

Aunque en estas concepciones la prioridad temporal no es una verdad conceptualmente necesaria, si es una verdad probada por argumentos independientes. Lewis, por ejemplo, ofrece consideraciones que justifican la prioridad temporal dentro de su concepción contrafáctica (Lewis, 1979), y lo mismo es cierto de quienes defienden la concepciónn probabilista. Uno de los primeros intentos por demostrar esta prioridad en el marco del probabilismo se debe a Hans Reichenbach (1956).

La prioridad temporal, por lo tanto, tampoco es una tesis trivialmente verdadera u obviamente falsa. Que existan concepciones alternativas de la causalidad, opuestas a la teoría de la regularidad, muestra lo primero. Que aun estas concepciones alternativas hayan ofrecido explicaciones plausibles de dicha prioridad, muestra lo segundo.

A pesar de que los dos presupuestos –el Presentismo y la prioridad temporal de la causalidad– no son ni trivialmente verdaderos ni falsos, no tienen una importancia igual en nuestro esquema conceptual. El segundo es mucho más central y arraigado que el primero. Un indicio de esta centralidad es que, aun las concepciones que no definen la causalidad incluyendo la prioridad temporal, han intentado justificar su verdad. No sucede lo mismo con las diferentes topologías del tiempo y la tesis presentista. Abandonar el Presentismo es menos costoso, en términos conceptuales, que abandonar la prioridad temporal de la causalidad.

IV. ELEMENTOS EN TENSIÓN

Si se combinan los dos presupuestos con las propiedades de la comunidad política y la membresía política, la tensión se vuelve patente. Primero, si el Presentismo es cierto y la realidad sólo incluye objetos que existen en el presente, la comunidad política no puede estar conformada por los ciudadanos del pasado ni por los del futuro. Para que la comunidad política sea real, sus miembros también deben serlo. Hablar de que los muertos, o los ciudadanos futuros, son miembros de la comunidad política carece de sentido porque no son reales.

6. Un evento depende contrafácticamente de otro cuando de no haberse dado este último, tampoco se hubiese dado el primero.

Segundo, si la prioridad temporal de la causalidad es verdadera, los ciudadanos del pasado, aun si son reales, no pueden ser afectados causalmente por nada de lo que hagan los actualmente existentes. Aunque los ciudadanos del pasado pueden afectar a los ciudadanos del presente y el futuro, los ciudadanos del presente no pueden afectar a los ciudadanos del pasado y los ciudadanos del futuro no pueden afectar a los del presente y el pasado. No puede existir afectación recíproca entre los ciudadanos pasados, presentes y futuros. Como la posibilidad de afectación recíproca es una de las condiciones necesarias de la membresía política, la comunidad política sólo puede incluir a los ciudadanos presentes y no puede extenderse en el tiempo[7].

Ambos problemas, aunque relacionados, son diferentes. Los ciudadanos del pasado y el futuro podrían ser reales, y el Presentismo falso, y ser verdad que, dada la prioridad temporal de la causalidad, entre ellos no puede existir afectación recíproca.

V. RESOLVER LA TENSIÓN REINTERPRETANDO LA EXTENSIÓN DE LA COMUNIDAD POLÍTICA EN EL TIEMPO

Existen dos modos de resolver la tensión. Uno, que exploraré en este apartado, consiste en reinterpretar la idea de comunidad política y su extensión en el tiempo. El otro, que expondré en el apartado siguiente, consiste en revisar los presupuestos en relación con el tiempo con los que la idea de comunidad política está en tensión.

La concepción de comunidad política que ha sido empleada hasta aquí sostiene que para que ésta se extienda en el tiempo debe ser posible la afectación recíproca entre sus miembros pasados, presentes y futuros. Dado que el núcleo de la tensión se ubica en esta exigencia de afectación recíproca, la tensión puede eliminarse si, o bien, se ofrece una explicación de cómo la comunidad política se extiende hacia el pasado y el futuro que no requiere la posibilidad de afectación recíproca, o bien, se brinda una interpretación de la reciprocidad que no entra en conflicto con la topología presentista del tiempo y la prioridad temporal de la causalidad.

Ronald Dworkin ha elaborado una concepción de comunidad política que permite explicar su prolongación en el tiempo sin la posibilidad de afectación recíproca entre sus miembros. Su concepción es contrastada con otra a la que denomina «el modelo del libro de reglas». De acuerdo con ésta última, lo que mantiene unidos a los miembros de la comunidad es que «…obedecen las reglas que han aceptado o negociado como una cuestión de obligación y no meramente como una estrategia, pero ellos dan por sentado que la obligación se agota en el contenido de estas reglas…». Específicamente,

7. Brian Barry identificó el problema. Las exigencias de justicia no pueden aplicarse a los individuos que existen en el pasado –o el futuro– porque no es posible que entre ellos y quienes existen hoy se entablen vínculos de reciprocidad (Barry, 1989, 1991).

ellos no entienden que detrás de las reglas subyacen principios compartidos que poseen carácter obligatorio (Dworkin, 1986, p. 210).

Por el contrario, según la concepción Dworkiniana, a la que llama el «modelo de principio», los miembros están unidos por la convicción de que la comunidad está regida por principios que tienen en común. Lo que mantiene unidos a los ciudadanos del pasado con los del presente es que ambos asumen que la comunidad está ordenada a partir de un mismo conjunto de principios. De hecho, los principios son identificados a través del análisis del pasado institucional (Dworkin, 1986, pp. 211-215). La identidad de los principios que subyacen a la historia institucional explica que sea la misma comunidad la que se prolonga en el tiempo. La posibilidad de afectación recíproca entre sus miembros no es condición necesaria para explicar que la comunidad política se extienda desde el pasado al presente y de allí al futuro[8].

El problema con esta propuesta es que, al desvincular la membresía política de la posibilidad de afectación, no puede explicar por qué la membresía política es fundamento de las exigencias de justicia. Si la concepción Dowkiniana es adoptada, no puede seguirse sosteniendo que todos los miembros de la comunidad tienen los mismos deberes recíprocos de justicia. En relación con los ciudadanos del pasado y del futuro, aun si se sostienen que son miembros de la comunidad política, tales deberes no existen.

Los deberes de justicia tienen un fundamento que se adiciona a, y no está fundado en, la membresía política. Éstos se circunscriben a los ciudadanos a quienes se aplica al mismo tiempo de manera coercitiva un mismo esquema institucional. Entre ellos aparece la exigencia de tratarse con igual respeto y consideración. De acuerdo con Dworkin «(l)os gobiernos tienen una responsabilidad soberana de tratar a cada persona que se encuentra bajo su poder con igual consideración y respeto. Ellos alcanzan la justicia en la medida en que tienen éxito en esa tarea» (Dworkin, 2011, p. 321). Quienes están sujetos a una misma autoridad gubernamental coercitiva, deben ser tratados con igual consideración y respeto, y cuando son tratados de esta manera, la justicia es instanciada.

Existe en Dworkin una vinculación entre coerción, igual consideración y respeto, legitimidad y justicia. La existencia de «(o)rganizaciones políticas coercitivas socava la dignidad de sus miembros a menos que cada uno acepte la responsabilidad recíproca en relación con los demás de respetar las decisiones colectivas, siempre y cuando estas decisiones satisfagan las condiciones apropiadas…». Estas condiciones están vinculadas con la exigencia de tratar a los demás con igual consideración y respeto. Cuando una

8. Existen otras condiciones para la existencia de una comunidad política. Es necesario que toda comunidad política sea una «mera comunidad» que se define a partir de condiciones históricas y territoriales. Adicionalmente, sus miembros deben reconocer que poseen obligaciones especiales entre sí que están fundadas en el igual interés que cada uno tiene en el bienestar de cada uno de los demás (Dworkin, 1986, pp. 195-201). Si este interés se entiende como extendiéndose a los ciudadanos del pasado, el problema de la afectación recíproca vuelve a aparecer.

estructura gubernamental intenta de buena fe satisfacer esta exigencia, es legítima y las decisiones colectivas deben ser respetadas. Cuando efectivamente lo logra, es justa[9].

Una comunidad política es justa cuando los ciudadanos a quienes se aplica al mismo tiempo un esquema institucional coercitivo, se tratan con igual consideración y respeto. Por lo tanto, los únicos ciudadanos que pueden tener entre sí deberes de justicia son los que ocupan el mismo espacio temporal. La justicia no tiene lugar entre todos los ciudadanos que han sido miembros de la comunidad política a lo largo del tiempo: los ciudadanos del pasado y los del futuro están excluidos. El vínculo de membresía política, por lo tanto, no sirve como fundamento de los deberes de justicia.

La segunda alternativa para disolver la tensión consiste en revisar la idea de afectación recíproca. Hasta aquí he dado por sentado que la posibilidad de afectación recíproca entre cada miembro de la comunidad debe ser de carácter directo. Donde esta afectación directa es posible, las exigencias de reciprocidad y justicia tienen cabida. No obstante, es posible reinterpretar la idea de que para ser miembro de una comunidad política es necesario que sus miembros puedan afectar recíprocamente sus intereses, concibiendo la afectación recíproca de manera indirecta.

La afectación recíproca indirecta puede ser ascendente o descendente. En ambos casos un individuo afecta la posición de otro porque –antes, en la afectación descendente, o después, en la afectación ascendente– un tercer individuo afectó la suya. Existe afectación recíproca indirecta descendente cuando un individuo afecta a otro individuo en el tiempo 1 y, debido a esto, este segundo individuo afecta a otro individuo en el tiempo 2. Un caso paradigmático sería el de un individuo, o una generación, que ahorra para beneficiar a la siguiente, y ésta ahorra para beneficiar a la que le sigue. Por el contrario, en la afectación recíproca indirecta ascendente alguien en un tiempo 2 afecta a otro porque esté afectó a un tercero en un tiempo 1. Sería el caso de un individuo, o una generación, que afronta los costos de pagar la pensión de quienes le precedieron porque a su vez éstos afrontaron los costos de pagar la pensión de sus predecesores (Grosseries, 2009, pp. 123-124)[10]. Lo relevante es que para que este tipo de afectación recíproca indirecta sea posible no es necesario que un individuo pueda ser afectado por el individuo a quien afecta.

Con esta idea de afectación recíproca indirecta también es posible entender la extensión en el tiempo de la comunidad política sin que entre en conflicto con los presupuestos acerca del tiempo y la causalidad. Una condición necesaria para la membresía

9. Corroborando esta vinculación, señala Dworkin: existen «…relaciones que por diferentes razones amenazan con provocar indignidad si no son estructuradas por algún interés en el otro que sea especial y compartido. La asociación política está entre éstas porque el gobierno coercitivo destruye la dignidad si no va acompañado de camaradería…» (Dworkin, 2011, pp. 323-324).

.

10. Axel Grosseries denomina indirecta a la reciprocidad que surge de este tipo de afectación, mientras que en el texto aplico el calificativo de indirecta a la afectación.

política sería la posibilidad de afectación indirecta entre los ciudadanos del pasado, los del presente y los del futuro.

El problema es que ningún tipo de afectación indirecta puede servir para fundar deberes de justicia en relación con los ciudadanos del pasado. En la afectación descendente, lo que hace un individuo del pasado en relación con alguien del presente genera un deber de justicia por parte de éste que no lo tiene al individuo del pasado como titular. Aunque es posible señalar que los miembros de una comunidad política tienen deberes de justicia que se fundan en lo que han hecho individuos que actualmente están muertos, no son estos individuos del pasado los titulares de los derechos correlativos. Concebir a la afectación recíproca de manera indirecta para caracterizar a la membresía política, por lo tanto, tampoco sirve para sostener que el vínculo de membresía es el fundamento de los deberes de justicia que tenemos respecto de los ciudadanos del pasado. Al igual que en el caso anterior, existen algunos miembros de la comunidad, ubicados en el pasado y con quienes no se compartió el mismo espacio temporal, a quienes no se debe justicia.

Lo mismo se aplica en relación con los ciudadanos del futuro. Aunque es posible explicar a través de la afectación recíproca indirecta que los ciudadanos presentes tienen en relación con los futuros ciertos deberes, no es posible explicar cómo éstos podrían tener algún deber en relación con aquéllos si no compartimos el mismo espacio temporal. Es posible explicar que los ciudadanos futuros tengan en relación con quienes les sucedan en el tiempo los mismos deberes que los ciudadanos presentes tuvieron en relación con ellos. Pero no es posible explicar que los ciudadanos futuros tengan en relación con los ciudadanos presentes el mismo tipo de deber aquéllos tienen en relación con éstos. Así, por ejemplo, es posible que tengamos un deber de ahorro en relación con quienes nos sucederán, pero no es posible explicar que estos tengan idéntico deber en relación con nosotros. Las exigencias de justicia que cada miembro de la comunidad política tiene en relación con los demás, no son idénticas.

En síntesis, si las exigencias de justicia son el correlato de algún tipo de afectación recíproca, y estas exigencias de justicia se dan entre todos los miembros de una comunidad política, de tal manera que los deberes de justicia que cada miembro tiene en relación con los restantes son idénticos, una conclusión se sigue. No puede concebirse a la comunidad política como una de principios, ni puede concebirse al vínculo de membresía a partir de la idea de afectación recíproca indirecta. En ambos casos el problema es el mismo, si para explicar la extensión en el tiempo de la comunidad política se concibe al vínculo de membresía de alguna de estas maneras, éste no puede ser visto como el fundamento de los deberes de justicia que cada miembro de la comunidad política tiene con los demás.

Para que el vínculo de membresía funde las exigencias de justicia, y los ciudadanos del pasado, el presente, y el futuro tengan entre sí deberes de justicia, es preciso que la afectación recíproca entre todos ellos pueda darse. Para que la afectación recíproca de los ciudadanos que han precedido a otros en la existencia sea posible, es preciso que quien

afecta y quienes son afectados formen parte del mismo conjunto de cosas existentes. Esta posibilidad será analizada en el próximo apartado.

VI. RESOLVER LA TENSIÓN ABANDONANDO EL PRESENTISMO Y DESPLAZANDO LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

En lugar de reinterpretar la manera en que la comunidad política se prolonga hacia el pasado y el futuro, la alternativa es revisar los presupuestos con los que está en tensión. Propondré, en primer lugar, abandonar la topología presentista del tiempo y, en segundo término, propondré emplear la noción de fundamentación metafísica, en vez de la de causalidad, para entender el modo en que los ciudadanos pueden afectar a quienes los precedieron.

Abandonar el Presentismo es una alternativa abierta porque, como ha sido señalado, no se trata de una posición que sea obviamente verdadera y, adicionalmente, el nivel de arraigamiento que tiene en nuestro sistema de creencias no es tan grande como el que posee el referido a la prioridad temporal de la causalidad. Es posible adoptar una topología alternativa del tiempo –como el Eternismo, la del Bloque en Expansión o la del Bloque en Contracción– sin que sea necesario revisar de manera profunda todas nuestras creencias[11].

Para el Eternismo «…el universo es un sólido bloque de eventos diseminados a través del tiempo y el espacio…» (Stoneham, 2009, p. 201). La ubicación temporal de un evento no afecta su realidad o existencia. Lo real está compuesto de los eventos pasados, presentes y futuros. Traza una «…fuerte analogía entre la concepción de tiempo y nuestra concepción ordinaria de espacio. Así como no hay nada objetivo al denominar 'aquí' a una particular posición en el espacio ni se pretende señalar que los contenidos de 'aquí' son más reales que los contenidos de 'allí', no hay nada objetivo sobre denominar a un particular tiempo 'ahora' cuyos contenidos puedan ser pensados como algo más reales que los contenidos de cualquier otra posición dentro del bloque» (Evans, 2015, p. 1141). Para la topología del Bloque en Expansión el universo es «… un bloque que crece: mientras más eventos futuros se vuelven eventos presentes y luego eventos pasados, ellos son sumados al bloque…» (Stoneham, 2009, p. 201). El conjunto de cosas reales está en crecimiento. La realidad incluye objetos presentes y pasados.

Una tercera topología el tiempo, lo concibe como un bloque en contracción[12]. Esta teoría ha sido menos explorada que las dos anteriores. Concibe al universo como un bloque que se achica: mientras más eventos futuros se vuelven eventos presentes y

11. Una presentación reciente de las diferentes ontologías del tiempo puede encontrarse en (Iacona, 2019, Capítulo 3)
12. Agradezco a José Juan Moreso el haber compartido conmigo uno de los pocos trabajos en la que esta topología del tiempo es presentada y defendida (Casati & Torrengo, 2011). Hasta donde sé uno de los primeros en llamar la atención sobre esta topología del tiempo ha sido Barry Dainton (2009, pp. 75-81)

luego eventos pasados, ellos son restados al bloque. El pasado es lo que ha dejado de existir y ya no es real. La realidad incluye objetos presentes y futuros.

Ninguna de estas topologías se encuentra en tensión con la idea de que la comunidad política se extiende hacia el pasado y el futuro. Los ciudadanos del pasado, el presente, y el futuro forman parte del mismo conjunto de cosas existentes, sea que este conjunto esté estático –como sostiene el Eternismo– esté incrementándose –como afirma la teoría del bloque en expansión– o esté erosionándose –como sostiene la teoría del bloque en contracción–. En el primer caso, el número de miembros de la comunidad política permanece idéntico a lo largo del tiempo, en el segundo el número de miembros aumenta mientras el tiempo transcurre, y en el tercero el número disminuye a medida que el presente desaparece en el pasado.

Adoptar alguna, como ha sido señalado, no resuelve la segunda tensión referida a la prioridad temporal de la causalidad. Si la causa debe ser temporalmente anterior al efecto, los ciudadanos del presente, aun siendo tan reales como los del pasado, no pueden afectarlos causalmente[13]. El único modo de resolver la tensión con la prioridad temporal de la causalidad, es mostrar que existe un modo de afectación inversa que no es causal.

Este modo de afectación no-causal viene dado por la relación de fundamentación metafísica. Eventos futuros pueden ser el fundamento metafísico de algunas propiedades que tuvieron eventos pasados. Esto permite sostener que los ciudadanos del pasado sean afectados por los ciudadanos presentes y futuros sin cuestionar la prioridad temporal de la causalidad. La afectación retroactiva no es causal sino metafísica. Esta relación de fundamentación metafísica es más íntima que la relación de causalidad porque mientras es concebible que pueda darse la causa a la vez que otras circunstancias impidan que se dé el efecto, nunca es el caso que lo fundante sea real sin que también lo sea lo fundado.

Un ejemplo puede ser de ayuda. Para los fisicalistas no reduccionistas existe una relación de fundamentación metafísica entre los estados físicos del cerebro y los estados mentales. Ambos son reales pero los primeros fundamentan la existencia de los segundos. La relación de fundamentación metafísica, a semejanza de la de causalidad, es asimétrica y tiene poder explicativo, de manera que los estados físicos sirven de explicación a los estados mentales (Schaffer, 2016, p. 52). Sin embargo, «…no existe una explicación más rigurosa o completa…» que la ofrecida por la relación de fundamentación metafísica

13. La causalidad inversa no es, sin embargo, conceptualmente imposible. Si se adopta el Eternismo o la teoría del Bloque en Contracción, el futuro es tan real como el presente. Siendo este el caso, es posible sostener que algunas propiedades de los eventos pasados estén causadas por eventos futuros. Para esto la causalidad debe entenderse como influencia y debe sostenerse que el evento futuro influyó para que uno del pasado haya sido tal como fue (Brier, 1973, p. 361). Si aceptamos que eventos presentes pueden causar eventos futuros sin tener que sostener que existe un futuro que es cambiado, lo mismo podría aceptarse en relación con el pasado (Evans, 2015, p. 1149). Si, por el contrario, se adopta la topología del bloque en expansión, la posibilidad de que exista causalidad inversa conduce a la consecuencia contraintuitiva de que el pasado puede ser cambiado o reemplazado (Vranas, 2005)

(Fine, 2012, p. 39). Los estados físicos explican por completo los estados mentales. Si se ha establecido que lo fundante existe, entonces sólo eso basta para establecer que lo fundamentado también existe con sus propiedades específicas (Schaffer, 2016, p. 95).

A diferencia de la relación de causalidad, la de fundamentación metafísica posee un carácter constitutivo. Requiere una especie de «…necesidad sincrónica. Si Γ fundamenta p entonces, como una cuestión de la más estricta necesidad, si se obtiene Γ entonces también se obtiene p; y si p se refiere a una región restringida del tiempo o el espacio, también lo hacen sus fundamentos» (Rosen, 2010, p. 156). Sin embargo, como veremos, una vez que se abandona el Presentismo, la sincronicidad debe ser reinterpretada, abriendo la posibilidad de que eventos que ocupan diferentes regiones del tiempo –presente, pasado y futuro– guarden una relación de fundamentación metafísica con eventos pasados.

Si los ciudadanos del pasado, el presente y el futuro forman parte del mismo conjunto de cosas existentes, y el pasado está fijo –tal como sostiene el Eternismo y la Teoría del bloque en Contracción– y los ciudadanos del futuro pueden afectar de un modo no causal a los del presente, y ambos a los del pasado –tal como sucede si se entiende a la afectación en términos de fundamentación metafísica– la extensión en el tiempo de la comunidad política puede ser explicada sin generar tensión con la dirección temporal de la causalidad.

Hasta aquí me he limitado a mostrar, por un lado, que es posible tener una topología del tiempo distinta al Presentismo y, por el otro, que es posible concebir la afectación inversa en términos no-causales de fundamentación metafísica. Adicionalmente, he señalado como si se procede de este modo, las dos tensiones con la idea de comunidad política que se extiende en el tiempo desaparecen. El próximo paso es mostrar que ambas tesis no son sólo posibles sino también plausibles.

Utilizaré un caso hipotético. El caso ayudará a mostrar la plausibilidad de concebir a los individuos del pasado, el presente y el futuro como formando parte del mismo conjunto de cosas existentes –lo que vuelve plausible la afirmación de que los ciudadanos del pasado, el presente y el futuro forman parte de la misma comunidad política– y de concebir a la afectación en términos metafísicos y no-causales –lo que vuelve plausible que los ciudadanos del pasado puedan ser afectados por los del presente y los del presente por los ciudadanos del futuro, sin que esto implique una especie de causalidad inversa–.

Para presentar el caso asumiré dos premisas que no defenderé. La primera, sostiene que la vida que un ser humano ha llevado adelante puede ser más o menos valiosa, desde el punto de vista moral, y que este valor es una propiedad real. Que alguien haya vivido una vida moralmente valiosa describe algo del mundo, no sólo es producto de nuestras valoraciones. La segunda, señala que ese valor viene dado por el cumplimiento de las preferencias del sujeto, a condición de que éstas no estén fundadas en errores y

sean razonables[14]. Mientras más sean las preferencias cumplidas de este tipo, más valor tiene la vida que un individuo ha vivido[15]. De manera que la vida de alguien puede ser más o menos valiosa con independencia de que él crea que sus preferencias han sido o no cumplidas. Si sus preferencias informadas no han sido cumplidas, y él cree que lo han sido, su vida es menos valiosa[16]. Si sus preferencias han sido cumplidas, aún si cree que no lo han sido o no tiene ninguna creencia al respecto, su vida es más valiosa[17].

Por el contrario, mientras más sean las preferencias erróneas o irrazonables cumplidas, menos valiosa es la vida que se ha vivido. Así, por ejemplo, si alguien cree que los ateos están poseídos por espíritus malignos que les impiden ver la verdadera fe y desea que sean asesinados como un modo de liberarlos de la posesión, cumplir su preferencia haría que haya vivido de un modo menos valioso. Su preferencia está fundada en un error –los ateos no están poseídos– y es irrazonable porque impone sus convicciones religiosas sobre otros –busca matarlos para que perciban cuál es la verdadera fe y se salven–. Si, cuando esta personase ha dispuesto a asesinar a sus víctimas yo lo detengo e impido que cumpla su preferencia, he evitado que su vida se vuelva menos valiosa, o dicho a la inversa he contribuido a que su vida tenga más valor del que hubiese tenido de no haber intervenido. Aun si él se siente frustrado y cree que su vida es menos valiosa, dado que el valor no depende de sus creencias, sino que es una propiedad objetiva, su vida efectivamente es más valiosa si no es un asesino.

Asumiendo que esta teoría del valor es plausible, es posible pensar un caso de afectación retroactiva. Imaginemos, que quien tiene la preferencia errónea e irrazonable de matar ateos es mi padre, quien el 1 de agosto coloca una bomba que estallará el día 30 del mismo mes. Veinte días después de colocar la bomba, el día 21 de agosto, mi padre muere. Si la bomba no estalla, su vida habrá sido simplemente la de alguien que intentó matar. Su vida tendrá mayor valor del que hubiese tenido de haber estallado la bomba

14. Empleo la expresión «cumplir una preferencia» en el sentido de «hacerla realidad». W.D. Ross distingue entre la satisfacción y el cumplimiento de un deseo: «…El cumplimiento de un deseo es simplemente que venga a la existencia; la satisfacción es una nueva experiencia mental en la mente de quien desea. Lo último no se produce a menos que quien desea conozca o piense que el deseo ha sido cumplido, sea o no que de hecho el deseo haya sido cumplido; naturalmente surge si quien tiene el deseo piensa con confianza que el deseo ha sido cumplido, lo haya sido o no…» (Ross, 1939, p. 300).
15. Asumo también que, aunque es posible que estar vivo consista en una propiedad, la vida de una persona hace referencia al conjunto de eventos que forman parte de su historia (Rosenberg, 1983, p. 22). El cumplimiento será entendido como uno de estos eventos.
16. Esta posición acerca del valor que una vida posee es una de tipo naturalista según la cual las propiedades morales dependen, en un sentido a especificar, de las propiedades naturales.
17. Esta es una idea que fue expuesta por primera vez por Richard Hare. Brindando un ejemplo, señala que su vida es peor si su esposa ha cometido adulterio –y él tenía la preferencia de que no lo hiciese– con total independencia de que él se entere (Hare, 1971, p. 131).
Lo que defiendo en el texto también puede ser sostenido si se acepta una teoría del valor como la de Derek Parfit según la cual lo que es valioso para alguien es llevar una vida donde ha hecho cosas que tenían valor intrínseco y que, a la vez, eran preferidas o deseadas por él. Lo valioso aquí también es concebido en términos de satisfacción de preferencias, sólo que las preferencias relevantes no son todas (Parfit, 1984, p. 502).

matando a cierto número de personas. Tampoco la vida de las potenciales víctimas habrá sido afectada. Si la bomba estalla, la vida que tuvieron las personas asesinadas habrá sido afectada de manera negativa, al provocar que su preferencia razonable de no ser asesinadas esté incumplida. La vida de mi padre también será afectada de manera negativa por haber cumplido una de sus preferencias irrazonables.

Si asumimos, como creo que es plausible, que un asesino es quien provoca la muerte de alguien y que alguien puede causar un evento mientras está vivo, mi padre ha sido un asesino o no lo ha sido mientras estaba vivo[18]. El valor que tiene la vida de mi padre entre el 1 de agosto y el 21 de agosto está influido por un evento que sucederá el 30 de agosto. Si el valor de una vida es una propiedad que ésta en realidad posee, una propiedad de un evento pasado, el valor de la vida de mi padre, ha sido afectada retroactivamente.

Las intuiciones que suscita el caso están en tensión con los mismos presupuestos acerca del tiempo y la causalidad con los que se encuentra en tensión la concepción de comunidad política extendida en el tiempo. Si parece plausible que el valor de la vida de mi padre sea afectado por un evento que sucedió luego de que él dejara de existir ¿cómo puede ser correcto el Presentismo? Denominaré a esta dificultad que enfrenta el Presentismo como el problema del sujeto, o la objeción de Epicuro, por haber sido éste el primero en identificarlo[19]. Por otro lado, si parece plausible que un evento futuro afecte a un sujeto del pasado ¿cómo puede ser cierto que la causa debe ser siempre anterior al efecto? Denominaré a este problema como el de la afectación retroactiva.

a) El Problema del Sujeto: La Objeción de Epicuro

El argumento original de Epicuro intenta mostrar que no debemos temer a nuestra muerte, ni a nada que suceda luego de ella, porque cuando la muerte acaece nosotros ya hemos dejado de existir[20]. Su argumento muestra que existen cuatro posiciones en tensión: a) ser dañado afecta las propiedades intrínsecas de la vida del sujeto dañado; b) el sujeto dañado y el evento futuro dañino deben formar parte del mismo conjunto de cosas existentes, esto es, ser igualmente reales; c) lo único real es el presente; d) los sujetos del pasado pueden ser dañados por su muerte o por cualquier evento que suceda luego de esta. Epicuro concluye que, si el daño es algo real (a), y el sujeto dañado y el

18. Estoy presuponiendo que existen dos tipos de causas, inmediatas y remotas, y que mi padre ha sido remotamente la causa de que las personas mueran. Si un evento es la causa inmediata de otro «… debe ser simultáneo con él. Si es una causa remota del mismo, entonces lo es en virtud de ser la causa inmediata del comienzo de un proceso…cuyo arribo a cierta fase es, a su vez, la causa inmediata del evento en cuestión…» (Dummett, 1954, p. 31).
19. Quien introdujo por primera vez la objeción de Epicuro, y el problema del sujeto, en el debate contemporáneo fue Thomas Nagel (1979).
20. El argumento es ofrecido en el parágrafo 125 de la Carta a Meneceo (Epicuro, 1997, p. 58)

evento dañino forman parte del mismo conjunto de cosas existentes (b), y lo único real es el presente (c), entonces no debe ser real el daño póstumo (d).

No obstante, el argumento puede invertirse para ser presentado como una objeción al Presentismo. Si, como muestra el ejemplo, el daño póstumo y la afectación retroactiva nos parece real (d), lo que debe abandonarse es (c), esto es la idea de que el presente es lo único real. Si el Presentismo es verdadero, no sólo no podemos sostener la afirmación aparentemente problemática de que la vida de mi padre se ha vuelto moralmente menos valiosa por las muertes futuras. Tampoco podemos sostener, la afirmación mucho menos controvertible de que la muerte ha sido algo malo para quienes fueron asesinados por mi padre.

Los presentistas han intentado superar la objeción de Epicuro de diferentes maneras. Uno de los primeros intentos se debe a Joel Feinberg. El primer paso de su argumento consiste en entender al daño como la «…invasión de los intereses…» que alguien tiene (Feinberg, 1980, p. 62)[21]. Luego identifica «…ciertos intereses de los muertos…como sobreviviendo a la muerte de sus poseedores…». Su punto es que «(e)ventos después de la muerte pueden frustrar o promover aquellos intereses de una persona que pueden haber 'sobrevivido' a su muerte…» (Feinberg, 1980, p. 68) Concluye, en consecuencia, que el daño póstumo es posible[22].

La estrategia de Feinberg no parece exitosa. Pensemos en el daño que le causa a a alguna de las víctimas de mi padre haber sido asesinada. Mientras la víctima estaba viva el interés no puede haber sido invadido, porque el interés en estar vivo allí está cumplido. Pero tampoco puede ser invadido cuando el individuo está muerto «(d)ado que él no existe en ese momento…él no tiene intereses, incluso el interés de permanecer con vida, que pueda ser invadido en ese momento» (Levenbook, 1984, p. 410)[23].

La objeción puede ser generalizada. Si un ser que no existe no puede tener intereses, no hay ningún interés o preferencia de los muertos que les sobreviva y, por lo tanto, no existe ningún interés que pueda ser invadido causándoles daño.

Una segunda estrategia, presentada por Levenbook (1984), para sortear la objeción de Epicuro al Presentismo, abandona la idea de daño como intereses invadidos –que

21. En presentaciones posteriores de su argumento Feinberg refina la idea de daño distinguiendo diferentes maneras de entorpecimiento de los intereses, para agregar que cualquiera de ellas –y no sólo la invasión de los intereses– implica daño. (Feinberg, 1984, p. 31-64) A los efectos del presente trabajo estos refinamientos son irrelevantes.
22. El argumento se completa con una distinción. Los muertos pueden ser dañados porque sus intereses sobreviven a sus poseedores, existen hoy, y pueden no ser cumplidos. En cambio, sus vidas no pueden ser más o menos valiosas porque sus vidas no existen hoy, dado que el presente es lo único real (Feinberg, 1980, p. 174).
23. Una crítica semejante puede encontrarse en Ernest Partridge (1981) La idea de un interés que no pertenece a un sujeto existente, esto es un interés que no es de nadie le parece contradictoria. Lo mismo sucede con la idea derivada de que los que son dañados son los intereses y no la persona, por lo que señalar que alguien ha sido dañado es un modo elíptico de afirmar que ciertos intereses han sido entorpecidos.

exige sostener que los intereses sobreviven a sus poseedores– y la reemplaza por la de daño como privación o pérdida[24]. La muerte de alguien lo daña porque lo priva de algo valioso como la vida, la difamación de alguien muerto lo perjudica porque lo priva de algo valioso como el prestigio, etc.

Esta propuesta tampoco es exitosa. Cuando, por ejemplo, uno es víctima de un asesinato la pérdida sufrida «…no puede ocurrir antes del momento de la muerte dado que, si ocurriese, uno estaría vivo; por lo tanto, no habría acaecido la muerte; por lo tanto, no hubo homicidio; por lo tanto, todavía no se ha perdido nada. Pero en el momento de la muerte o después, uno ya no existe; por lo tanto, no existe ninguna víctima que sufra la pérdida…» (Marquis, 1985, p. 159)[25].

La objeción también puede ser generalizada. Si la muerte equivale a la disolución de la existencia, y el daño se concibe como la pérdida sufrida por un sujeto existente, no puede señalarse que los muertos pueden ser dañados. Si están muertos, no existe nadie que pueda perder nada.

En síntesis, sea que uno conceptualice el daño como afectación negativa de los intereses o como privación, es imposible dar cuenta de nuestra intuición de que las victimas del estallido de la bomba en nuestro ejemplo, han sido dañadas, y que los muertos pueden ser afectados. La razón del fracaso de ambos intentos por volver compatible al Presentismo con el daño póstumo es siempre la misma: «…simplemente no existe un sujeto que sufra el perjuicio o el daño…» (Callahan, 1987, p. 347)[26].

El obstáculo es idéntico al que se presenta cuando intentamos explicar la intuición de que la vida de quien los mató, colocando la bomba, se ha vuelto moralmente disvaliosa de manera retroactiva. Cuando el evento futuro se vuelve real –la bomba estalla y los sujetos mueren– los sujetos afectados –mi padre y sus víctimas– ya no son reales. No forman parte del mismo conjunto de objetos existentes.

Una tercera estrategia para salvar al Presentismo de la objeción de Epicuro, propuesta por George Pitcher y adoptada más tarde por Feinberg, sostiene que los individuos dañados por los eventos futuros son los que existieron en el pasado. El sujeto a quien se daña es uno que existió en el pasado y fue dañado, mientras estaba vivo, por un evento que sucedió luego de su muerte.

24. El primero en emplear esta noción de daño para explicar el daño póstumo fue Thomas Nagel (Nagel, 1979)
25. Una crítica semejante puede encontrarse en (Callahan, 1987). Frente a la sugerencia de Levenbook en relación con que afirmar que, por ejemplo, Einsten perdió su reputación como científico implica afirmar que Einstein perdió algo, Callahan replica que la misma «…no es una descripción de algo que Einstein tiene o no tiene; es una descripción de nosotros, es una afirmación de algo en lo que cree la comunidad existente de creyentes. 'Einstein no ha perdido su reputación como genio científico' no implica que Einstein tiene algo que ahora podría perder. Implica que, los creyentes vivos, tenemos creencias que podríamos perder…» (p. 343).
26. Enfrentado con el problema Callahan opta por abandonar la idea de que podemos afectar –de modo negativo– la vida de los muertos y se inclina por sostener que esta intuición descansa simplemente un sentimiento que nos lleva a identificarnos empáticamente con ellos mientras vivían (p. 348)

Existen dos maneras en que puede describirse a una persona muerta. La primera, denominada por Pitcher ante-mortem, la describe como ella fue en algún momento antes de morir. La segunda, denominada post-mortem, es una descripción de la persona luego de morir (Pitcher, 1984, p. 184). La afirmación que describe que un individuo en el pasado ha sido dañado por un evento post-mortem es una afirmación ante-mortem. Describe algo que es verdad del individuo mientras existía.

Un ejemplo puede ser de ayuda. Supongamos que un individuo tiene interés en que su hijo no muera joven. Su hijo, sin embargo, es asesinado unos pocos minutos después de que el padre muere. Según Pitcher, luego de la muerte del padre podemos hacer una afirmación ante-morten que describe, de manera verdadera, que mientras vivía aquél fue dañado porque su interés en que su hijo tuviese una vida larga estaba entorpecido o invadido. El evento futuro del asesinato del hijo hace que una nueva descripción ante-mortem de la vida del padre –sosteniendo que fue dañado– sea verdadera.

El evento futuro no provoca «…que rápidamente 'resulte verdad' que…(el individuo) ante-mortem fue dañado. Más bien, resulta para nosotros evidente por primera vez que esto fue verdad todo el tiempo…» (Feinberg, 1984, p. 91). Alguien que existió en el pasado, mientras existió, tenía un interés invadido o entorpecido por un evento futuro. Esto no se vuelve verdad cuando el evento futuro acaece, sino que ya era verdad mientras el individuo del pasado existía (Pitcher, 1984, p. 187).

Para mostrar cómo un evento futuro puede dañar a un individuo del pasado, mientras éste existió, de modo que la proposición que describe el daño ya haya sido verdadera mientras el individuo existía y no haya 'resultado verdadero' luego, Pitcher recurre a una analogía. Si el mundo desapareciese durante el mandato del siguiente presidente, señala, hoy sería cierta la afirmación, de que el actual es el penúltimo presidente (1984, pp. 188-189). Un evento futuro –la desaparición del mundo– ha hecho verdadera una proposición hoy –acerca de que ésta es la penúltima presidencia–. Si hoy alguien afirma que éste es el penúltimo presidente, lo que dice hoy es verdad. Fue el penúltimo presidente mientras ejercitó la presidencia, no a partir del momento en que el mundo terminó. Algo análogo sucede con el daño. Es cierto que el individuo estaba dañado por los eventos futuros cuando el individuo existía, no cuando los eventos dañinos sucedieron en el futuro.

Pitcher y Finberg parecen capaces de sortear la objeción de Epicuro al Presentismo y resolver el problema del sujeto. El individuo dañado por un evento futuro es uno existente, aun si no existe cuando se da el evento futuro dañino. Hoy podemos describir de manera verdadera que mientras existió tenía un interés entorpecido y, por lo tanto, estaba dañado. No es necesario sostener que el conjunto de cosas existentes debe incluir al sujeto dañado y al evento futuro que lo afecta. Es posible dar cuenta del daño póstumo sin abandonar el Presentismo. La objeción de Epicuro es resuelta mostrando que una de sus premisas es falsa. No es cierto que (b) el sujeto dañado y el evento futuro dañino deben formar parte del mismo conjunto de cosas existentes.

La estrategia de Pitcher y Feinberg presenta dos problemas. En primer lugar, el ejemplo del penúltimo presidente juega con una ambigüedad. Una cosa es decir que algo que se afirma ahora es verdad, y otra distinta que algo que se afirma es verdad ahora. Si las 12hs digo que a las 17hs lloverá, y a esa hora llueve, lo que dije a las 12hs era verdad, pero no es cierto que era verdad cuando. Se volvió verdad a las 17hs. Si quiero sostener que ya era verdad a las 12hs, debo sostener que la lluvia de las 17hs era real a las 12hs cuando hice la afirmación, es decir que el futuro es real. Lo mismo se aplica al juicio de que alguien del pasado ha sido dañado. Si siempre fue verdad que fue dañado por un evento futuro, el futuro debe ser real tal como sostiene el Eternismo y la Teoría del Bloque en Contracción.

En segundo lugar, sostener que las afirmaciones que describen que existió daño post-morten y que el presidente es el penúltimo son descripciones ante-mortem es igualmente ambiguo. Una descripción ante-mortem puede referirse una propiedad intrínseca que tenía el individuo en cuestión –por ejemplo, que tiene dos brazos en lugar de uno– o una propiedad extrínseca –por ejemplo, que su vida fue más corta que la del individuo que nació inmediatamente después de él–. La vida del primer individuo no permanece idéntica, si tiene dos brazos o uno, mientras que la vida del segundo individuo posee las mismas propiedades intrínsecas aun si el que nació inmediatamente después lo sobrevivió.

Las descripciones ante-mortem que no `resultan verdaderas` por el acaecimiento de un evento futuro, sino que `siempre lo fueron` son las que se refieren a las propiedades intrínsecas del sujeto pasado. Esto porque la vida del sujeto tuvo las propiedades intrínsecas que poseyó mientras estuvo vivo. Las descripciones ante mortem que se refieren a las relaciones extrínsecas que la vida de este sujeto tiene en relación con otros eventos, sólo se vuelven verdad desde el acaecimiento de éste último. La descripción ante-mortem del penúltimo presidente se refiere a un sujeto del pasado, pero resultó verdadera cuando el evento futuro acaeció.

El no distinguir adecuadamente los dos tipos de descripciones ante-mortem es lo que hace que Pitcher y Feinberg sostengan que la afirmación que sostiene que el presidente fue el penúltimo no 'resultó verdad' cuando acabó el mundo sino que 'siempre lo fue'. Es también lo que les pemite concluir, por analogía, que el padre `siempre estuvo' dañado por el evento futuro y no que `resultó dañado` cuando este acaeció.

Una vez que se distinguen los dos tipos de afirmación ante-mortem, si quiere sostenerse que la descripción del penúltimo presidente y la del padre dañado son análogas y no 'resultaron verdaderas' sino que 'siempre lo fueron', debe sostenerse también que el evento futuro era real mientras los sujetos de ambas descripciones existían. El futuro debe ser real, tal como sostiene el Eternismo y la Teoría del Bloque en Contracción.

Lo señalado no es una objeción definitiva a la estrategia de Pitcher y Feinberg en defensa del Presentismo. Lo único que debería abandonarse es la idea de que la descripción ante-mortem del daño póstumo `siempre fue verdad`. Que el padre ha sido dañado por la muerte póstuma de su hijo, o el presidente ha resultado el penúltimo por

la desaparición del mundo, seguirían siendo afirmaciones ante-mortem, sólo que no han sido siempre verdad. La afirmación de que alguien ha sido dañado póstumamente es ante-mortem, y por lo tanto no exige que el pasado sea real, y no ha sido verdad siempre sino sólo a partir de que el evento futuro dañino tuvo lugar, y por tanto no exige que el futuro sea real.

Sin embargo, aun si se adopta esta salida, el verdadero problema con la estrategia de Pitcher y Feinberg persiste. Éste reside en que dada la analogía que trazan con la descripción ante-mortem del penúltimo presidente, deben asumir que la descripción ante-mortem del daño póstumo es una que describe propiedades extrínsecas del sujeto dañado. Si el evento futuro sólo afecta las propiedades extrínsecas de la vida del padre dañado, a semejanza de lo que sucede con la vida del penúltimo presidente, el evento futuro provoca en el individuo del pasado algo semejante a un «*cambridge change*» (Geach, 1969, pp. 71-72). La vida del padre y la vida del presidente no se ve afectada por el evento futuro, lo único que se ven afectadas son las descripciones verdaderas que podemos hacer sobre ellas. El evento futuro hace posible que existan nuevas descripciones verdaderas de los sujetos que vivieron en el pasado, pero no afecta las propiedades intrínsecas que tuvieron sus vidas[27].

La estrategia de Pitcher y Feinberg rescata al Presentismo, pero sólo a costa de sostener ser dañado no afecta la vida del sujeto dañado sino sólo las descripciones verdaderas que podemos hacer de ella. La objeción de Epicuro sigue en pie. Si el Presentismo es cierto (c), es posible sostener que los sujetos del pasado fueron dañados por eventos futuros (d), aun si no formaban parte del mismo conjunto de cosas existentes (b), pero sólo a costa de negar (a) que ser dañado afecta las propiedades intrínsecas de la vida del sujeto dañado. Por el contrario, si el daño afecta las propiedades intrínsecas del sujeto, el Presentismo debe ser falso. El sujeto afectado y el evento futuro que lo afecta tienen que formar parte –tal como sostiene el Eternismo– o haber formado parte –como sostiene la teoría del Bloque en Contracción– del mismo conjunto de cosas existentes.

Para volver al ejemplo del que hemos partido, las propiedades intrínsecas de la vida de mi padre pueden ser afectadas por eventos futuros –como el estallido de la bomba o su desactivación– porque mi padre es o fue parte, junto con estos eventos, del mismo conjunto de cosas existentes. Los eventos futuros eran reales cuando mi padre vivió, tal como sostiene el Eternismo[28] y la Teoría del Bloque en Expansión, lo que posibilita que hayan afectado la vida que tuvo.

27. Es semejante y no idéntico a un «*Cambridge Change*» porque, a semejanza de éste, se refiere a propiedades extrínsecas que afectan las descripciones verdaderas que podemos hacer del objeto, pero a diferencia de éste no exige que deban identificarse dos puntos en el tiempo en que el mismo objeto no poseía, primero, y poseía, luego, la propiedad extrínseca (Geach, 1969, p. 309).
28. Esta es la conclusión a la que arriba Nagel. Para él «…existe una explicación simple de qué es incorrecto en el quebrantamiento de la promesa que se hizo a un moribundo. Es un daño al hombre muerto. Para ciertos propósitos es posible considerar al tiempo simplemente como otro tipo de distancia…» (1979, p. 6).

El fracaso de los intentos presentistas por responder al problema del sujeto muestra que, si el daño póstumo nos parece plausible, el Presentismo debe ser abandonado.

b) El problema de la afectación retroactiva

El problema puede reconstruirse del siguiente modo. Si cuando la vida de alguien es vuelta más o menos valiosa de manera póstuma, los eventos del futuro afectan propiedades intrínsecas de los eventos del pasado (1), y sólo las relaciones causales pueden producir este tipo de afectación (2), entonces sostener que los eventos futuros «son responsables» de que efectivamente una persona del pasado haya sido afectada (3) implica negar la prioridad temporal de la causalidad. (4).

Como la prioridad temporal de la causalidad es una de nuestras creencias más arraigadas, su negación funciona como una reducción al absurdo de alguna de las premisas. Si se quiere sostener la afectación póstuma retroactiva (3), la alternativa es abandonar (1) o (2)[29]. Como ha sido señalado Pitcher opta por abandonar (1) al presentar al daño póstumo como una afectación de las propiedades extrínsecas de la vida que tuvo el sujeto pasado. Como el evento futuro afecta las descripciones verdaderas que pueden hacerse del sujeto del pasado, pero no las propiedades intrínsecas que tuvo su vida, no es necesario sostener que entre el evento futuro y el daño o afectación póstuma existe ninguna relación de causalidad. Es posible sostener que los eventos del futuro «son responsables» y «vuelven verdad» el juicio de que las personas del pasado fueron dañadas, sin aceptar algún tipo de causalidad inversa. Esto despeja la que Pitcher considera la mayor dificultad para sostener que la afectación póstuma es posible. De acuerdo con Pitcher «…el principal obstáculo para aceptar la tesis de que una persona ante-mortem puede ser dañada después de su muerte es la noción perturbadora de que esto involucraría una causalidad inversa» (1984, p. 185).

Para mostrar que la relación de afectación no es causal, Pitcher emplea una nueva analogía. Si el hijo muere en un accidente de avión a miles de kilómetros de distancia del padre, la vida del padre se vuelve peor en ese mismo instante, aun si debido a la distancia él no se ha enterado de lo acaecido. Aceptar que el padre ha sido dañado por la muerte de su hijo, sucedida a kilómetros de distancia en el espacio, no «…requiere una causalidad instantánea a distancia…» que exija «…al accidente aéreo enviar ondas de horror infinitamente veloces …disminuyendo la condición metafísica (del padre)…»

29. Por supuesto, existe otra manera de resolver el problema. Consiste en mostrar que, contrario a nuestras creencias arraigadas, la causalidad inversa es posible. Kenneth Silver ha ensayado una reciente defensa de la causalidad inversa de hechos institucionales en el seno de instituciones sociales. Su hipótesis es que, si se acepta la existencia de hechos institucionales, múltiples casos de causalidad inversa salen a la luz. Un ejemplo sería el supuesto donde se descubre, años después de haberle otorgado el título de campeón a un equipo, que éste hizo trampa en la final y retroactivamente se lo descalifica, se da por ganado el partido al equipo adversario y se lo establece retroactivamente como nuevo campeón (2022).

(1984, p. 186) Del mismo modo, continúa, si la muerte del hijo que daña al padre sucede luego de la muerte de éste –a una distancia en el tiempo– esto no exige una especie de causalidad que viaja hacia atrás en el tiempo. Pitcher puede decir que la relación no es causal porque lo único que provoca el evento futuro es que aparezcan nuevas descripciones verdaderas ante-mortem del sujeto pasado, pero no afecta sus propiedades intrínsecas o su estado metafísico.

Pitcher correctamente advierte dos cosas, en primer lugar, que la relación entre el evento dañino y el daño no es causal (la muerte del hijo no causa el daño que sufre el padre). Entre el sujeto afectado del pasado y el evento futuro que lo afecta no existe nexo causal. En segundo lugar, advierte que si la relación no es causal entonces es posible sostener la afectación retroactiva sin necesidad de negar la prioridad temporal de la causa. Sin embargo, incorrectamente asume que la causalidad es la única relación capaz de afectar las propiedades intrínsecas del sujeto del pasado, lo que lo conduce a presentar al daño póstumo como una mera afectación de las descripciones ante-mortem verdaderas. Las propiedades moralmente valiosas que tuvo la vida del sujeto, que hacen que su vida sea mejor o peor, no se ven afectadas por el evento futuro.

Existe otra manera de resolver el problema de la afectación retroactiva, sin tener que renunciar a la idea de que lo afectado son las propiedades valiosas o disvaliosas que efectivamente tuvo la vida del sujeto. Consiste en abandonar (2) y mostrar que cuando hay afectación póstuma existe otra relación, distinta a la causal, capaz de afectar las propiedades intrínsecas del sujeto pasado. La relación de dependencia metafísica es capaz de dar cuenta de este tipo de afectación intrínseca. Esto queda claro en el ejemplo que el propio Pitcher emplea. Aunque el modo en que la muerte del hijo afecta el valor de la vida del padre no es causal, tampoco nos parece que es extrínseco y superficial. Entre la muerte del hijo y el daño del padre no hay relación causal, pero no porque la relación sea más superficial que la causal, sino porque existe una que es más íntima y cercana. La muerte del hijo constituye, y no causa, el daño del padre.

El padre ha sido dañado en virtud de la muerte de su hijo, y no a causa de su muerte. La muerte del hijo explica el daño, pero a diferencia de lo que sucede en la explicación causal, entre la muerte del hijo y el daño no queda ningún espacio explicativo. La muerte del hijo es el fundamento del daño del padre. Es decir, la muerte del hijo explica por completo el daño. Una cosa es el fundamento metafísico de la existencia de la otra. El daño del padre no es causado por «ondas de horror» que viajan desde el lugar y el momento de la muerte del hijo a través del tiempo o el espacio, sino que el daño está constituido por y fundamentado metafísicamente en, la muerte del hijo.

La muerte del hijo afecta las propiedades morales que tiene la vida del padre. Lo primero fundamenta metafísicamente lo segundo. Las propiedades morales están metafísicamente fundadas en ciertas propiedades naturales. En el ejemplo de Pritcher, ciertas propiedades naturales como la muerte del hijo, determinan que la vida de su padre sea menos valiosa. La muerte del hijo es el fundamento por el que la vida del padre no posee una propiedad normativa valiosa, o si se prefiere, posee una disvaliosa.

Si se asume una posición naturalista acerca de lo que hace que una vida sea más o menos valiosa –tal como he hecho al vincular el valor que tiene una vida con el cumplimiento de ciertas preferencias– existe una manera de entender la relación de determinación entre lo natural y lo normativo en base a la noción de fundamentación metafísica, que no es causal. La vinculación puede entenderse del siguiente modo: «… Para toda propiedad normativa F, para todo x: si Fx entonces existe una condición no-normativa ϕ tal que Fx está metafísicamente fundado en ϕ(x)» (Rosen, 2018, p. 157). La posición acerca del valor de la vida que he asumido diría que para al menos alguna propiedad valiosa F que una vida posea[30], para toda vida: si una vida tiene esta propiedad valiosa, entonces existe una condición no-normativa ϕ, que consiste en el cumplimiento de ciertas preferencias del individuo de cuya vida se trate, tal que la propiedad valiosa que tiene la vida está metafísicamente fundada en el cumplimiento de esas preferencias.

Si el cumplimiento de preferencias razonables y no erróneas es lo que fundamenta que una vida sea valiosa, el incumplimiento de estas preferencias es el fundamento metafísico de su disvalor. Cuando se sostiene que alguien del pasado ha sido afectado por un evento futuro, que hace que su vida sea más o menos valiosa, no se está afirmando que ha acaecido un mero «*Cambridge change*» ni una afectación causal, sino una afectación metafísica. Su vida tiene una propiedad intrínseca disvaliosa en virtud de un evento futuro, y no a causa de tal evento.

Lo que señalaría la concepción del valor que he propuesto es que donde sea que sea real la satisfacción de ciertas preferencias, tal cosa explica que también sea real que una vida tenga cierto valor o propiedad normativa valiosa. Es real que la vida de alguien posee cierto valor moral en virtud de que es real que ciertas preferencias se encuentran cumplidas. Siendo la relación de fundamentación una relación tan estrecha, ambos elementos de la relación deben ser igualmente reales.

Una dificultad que enfrenta la idea de concebir a la relación entre los eventos futuros y la afectación del pasado como una de fundamentación metafísica, es que usualmente se sostiene que entre el elemento fundante y el fundado debe existir sincronicidad. La relación de fundamentaición metafísica «…es una forma de necesidad sincrónica. Si Γ fundamenta p entonces, como una cuestión de estricta necesidad, si Γ es el caso también lo es p; y si p se refiere a una región determinada del tiempo o el espacio, de igual modo lo hacen sus fundamentos…» (Rosen, 2018, p. 156)[31.] Si el evento natural que

30. Esta variación es necesaria porque lo que he señalado en el texto sostiene que una vida tiene más valor si ciertas preferencias están satisfechas, pero esto no equivale a la posición completamente naturalista de que lo que hace valiosa a una vida es la satisfacción de preferencias.

31. Shaffer también parece implicar algún tipo de sincronicidad temporal en las relaciones de fundamentación metafísica. Contrastándolas con la causalidad señala: «…así como la causalidad vincula al mundo a través del tiempo, fundamentación vincula al mundo a través de niveles. Fundamentar conecta lo más fundamental a lo menos fundamental…» (Schaffer, 2012, p. 122). Creo que si el Presentismo es falso, y lo real está conformado por más que objetos presentes, diferentes niveles de la misma realidad pueden existir en diferentes porciones del tiempo.

funda las propiedades morales que una vida tiene se encuentra en el futuro, ambos no comparten la misma región del tiempo y, así concluye la objeción, uno no puede estar metafísicamente fundado en el otro.

Para responder a la objeción es necesario advertir que la sincronicidad es una propiedad de la relación de fundamentación sólo si el Presentismo es correcto. Si se tiene una topología presentista del tiempo es natural expresar en términos de sincronicidad a la exigencia de que ambos elementos de la relación sean reales. Lo que la relación de fundamentación requiere es que lo fundante y lo fundado formen parte del conjunto que incluye a todas las cosas reales. Ambos extremos deben ser igualmente existentes. Si el Presentismo es abandonado, la exigencia de sincronicidad debe ser interpretada en sentido ontológico y no temporal. Si es cierto que, cuantificando todas las cosas temporales, para un x, x fue, es o será, tal que x no existe en $t\alpha$, donde $t\alpha$ nombra el tiempo presente, es posible que exista un x real que existe en un tiempo distinto al presente que sirva de fundamento para las propiedades que tiene un objeto presente.

Si los únicos eventos reales son los presentes, tal como sostiene el Presentismo, y los elementos que guardan una relación de fundamentación metafísica deben ser igualmente reales, ambos elementos deben ser presentes y compartir la misma región del tiempo. Pero si el Presentismo debe ser abandonado, tal como he propuesto, es posible que lo fundante y lo fundado se encuentren en diferentes regiones del tiempo y, no obstante, tal como requiere la relación de fundamentación sean igualmente reales.

Reinterpretada en este sentido ontológico a la exigencia de sincronicidad, es posible sostener que los eventos futuros son el fundamento de que las preferencias futuras de individuos del pasado estén cumplidas o incumplidas. Estaban cumplidas o incumplidas en el momento en que el individuo del pasado las poseyó. Que el individuo del pasado tuviese ciertas preferencias futuras cumplidas o incumplidas, a su vez, es el fundamento metafísico de que su vida, mientras vivió haya sido más o menos valiosa. Un evento futuro es el fundamento metafísico, de que las preferencias futuras de un individuo del pasado estén cumplidas o incumplidas, y esto a su vez es el fundamento metafísico de que la vida de este individuo sea más o menos valiosa, esto es posea ciertas propiedades normativas.

Dado que la relación de fundamentación metafísica es transitiva[32], un evento futuro –por ejemplo, la muerte del hijo– es el fundamento metafísico de que la vida de alguien del pasado haya tenido menor valor, esto es, haya tenido ciertas propiedades normativas. Mientras el cumplimiento o incumplimiento de ciertas preferencias futuras es el fundamento inmediato de las propiedades morales que posee la vida de alguien del pasado, los eventos futuros vinculados con esas preferencias son el fundamento mediato de

32. Existen algunos ejemplos que ponen en duda la transitividad de la relación de causalidad (Schaffer, 2012, pp. 126-129). Shaffer, junto con llamar la atención sobre estos ejemplos, ha propuesto una manera de salvar el carácter transitivo de la relación de fundamentación ofreciendo un tratamiento contrastivo de la misma con una estructura diferencial (pp. 130-138).

dichas propiedades morales[33]. Los eventos futuros determinan las propiedades morales que tuvieron las vidas de las personas del pasado.

Con estas precisiones es posible volver al ejemplo de la bomba colocada por mi padre, para ver cómo las relaciones de fundamentación metafísica y de causalidad se combinan, y el problema de la afectación retroactiva es resuelto. La muerte futura de las personas provocada causalmente por el estallido de la bomba es el fundamento metafísico de las propiedades morales disvaliosas que tuvo la vida de mi padre. Entre su acción de colocar la bomba, su estallido y la muerte de las personas futuras existe una relación causal. Esto no es problemático porque la causalidad se mueve aquí hacia adelante. Entre la muerte de las personas a causa del estallido y las propiedades morales que la vida de mi padre tuvo en el pasado, por el contrario, no existe una relación causal sino de fundamentación metafísica. Que el valor moral de la vida que llevo adelante dependa de eventos futuros no vulnera la prioridad temporal de la causalidad.

Si luego de la muerte de mi padre, y antes de que la bomba estalle, la desactivo, mi acción ha provocado causalmente que las personas no mueran, o si se prefiere ha impedido que mueran a causa de la acción de mi padre. A su vez, que las personas no hayan muerto ha impedido, pero no de modo causal sino ontológico, que la vida de mi padre sea disvaliosa. El problema de la afectación causal retroactiva no se presenta.

Recapitulando, si se adopta una topología del tiempo eternista o del bloque en expansión, y se sostiene que la relación que existe entre las propiedades morales –que determinan el mayor o menor valor moral de una vida– y las propiedades naturales –como el hecho de que ciertas preferencias estén cumplidas o incumplidas– es una de fundamentación metafísica, es posible entender el modo en que podemos afectar el valor moral que tuvieron las vidas de quienes nos han precedido y cómo quienes nos sucederán pueden afectar el valor que tienen las nuestras. Si somos la causa, parcial o total, de que sus preferencias no erróneas ni irrazonables estén cumplidas, hemos contribuido a que las vidas de quienes vivieron en el pasado sean valiosas. Si somos la causa, parcial o total, de que sus preferencias de otro tipo no estén cumplidas, hemos impedido que su vida sea menos valiosa. Si, finalmente, somos la causa, parcial o total, de que estas últimas preferencias estén cumplidas, hemos contribuido a que su vida sea menos valiosa. Lo mismo se aplica a nosotros en relación con quienes nos sucederán en el tiempo.

Para sortear la objeción de Epicuro, en relación a que un sujeto muerto ya no puede ser dañado ni afectado de ninguna manera, es necesario advertir que el individuo fue dañado en el pasado, por un evento futuro. Esto conduce a asumir el Eternismo o la teoría del bloque en contracción. Para dar cuenta de cómo un evento futuro puede determinar el valor moral que posee la vida de alguien en el pasado, sin que esto

33. La relación de fundamentación es inmediata cuando «..no está mediada por otra relación de fundamentación…» (Fine, 2012, p. 50). Por el contrario, «…los fundamentos mediatos están siempre mediados por fundamentos inmediatos…» (p. 51).

implique cuestionar la dirección temporal de la causalidad, es necesario advertir que la relación entre las propiedades naturales y las propiedades morales es una de fundamentación metafísica, en lugar de una de causalidad.

VII. LA CONSTITUCIÓN COMO PREFERENCIAS COLECTIVAS

Si se adopta el Eternismo o la Teoría del Bloque en Contracción, y se concibe a lo que dota de valor a la vida humana como lo he propuesto, es posible resolver la tensión entre nuestros presupuestos sobre el tiempo y la prolongación de la comunidad política hacia el pasado y el futuro. Sólo es necesario advertir que nuestras normas jurídicas en general, y la Constitución en especial, son la cristalización de preferencias futuras de ciudadanos que existen o existieron en el pasado.

Los ciudadanos que dictaron la constitución tenían ciertas preferencias futuras sobre nosotros, a quienes la constitución se aplica hoy. Así, por ejemplo, tenían la preferencia de que no recortásemos la libertad de expresión, que no encarceláramos a las personas sin juicio previo, que garantizáramos el igual acceso a los cargos públicos, etc. Si estas preferencias son razonables y no están basadas en errores, tal como creo que es el caso, existe una manera en que podemos hoy hacer que sus vidas hayan tenido, en el pasado, mayor valor. Si respetamos la Constitución, cumplimos sus preferencias razonables y no erróneas, haciendo que su vida en el pasado haya tenido más valor, aun si ellos no tuvieron ninguna manera de enterarse. Si la constitución no es respetada, sus preferencias están incumplidas, y el valor de las vidas que vivieron es menor.

Si, por el contrario, alguna de las preferencias incorporadas en la constitución es errónea o irrazonable, el modo de impedir que su vida sea menos valiosa consiste en impedir su cumplimiento. Como los ciudadanos del pasado han tenido no sólo preferencias acerca de cómo deberían organizarse nuestros asuntos colectivos, sino también acerca de cómo la propia constitución debería ser reformada y sus preferencias descartadas, existen diversas situaciones que pueden presentarse.

Un posible escenario es aquél en que la Constitución contiene una cláusula irrazonable, pero el proceso de reforma establecido en la propia constitución incorpora preferencias que no son erróneas ni irrazonables. Supongamos que la Constitución ha establecido que la educación estará segregada por raza o género, pero en el proceso de reforma se ha establecido que todas las personas, sin distinción de raza o género, pueden participar por igual. En este supuesto, el curso de acción que dota de mayor valor a la vida de quienes nos precedieron es el de reformar la cláusula irrazonable siguiendo el procedimiento constitucionalmente establecido.

Reformar la Constitución siguiendo el proceso constitucional hacer que la vida de los ciudadanos del pasado sea más valiosa por partida doble. Al reformar la cláusula constitucional irrazonable, impedimos que una de sus preferencias incorrectas esté cumplida e impedimos que su vida pierda valor. Al reformar la cláusula irrazonable

siguiendo el proceso razonable establecido, satisfacemos sus preferencias no erróneas y razonables y hacemos que su vida haya sido más valiosa. Por el mismo acto de reforma evitamos que la vida de quienes nos precedieron pierda valor, por un lado, y lo adquiera, por el otro.

Otro escenario posible es aquél en que la Constitución contiene una cláusula irrazonable y no ha establecido un proceso razonable de reforma. Supongamos que, al igual que en el caso anterior, la constitución contiene una cláusula racista o sexista en materia de educación, pero ha establecido un proceso de reforma constitucional igualmente segregacionista que considera que los únicos habilitados para participar son las personas pertenecientes al género o raza privilegiado.

Invalidar la cláusula sin emplear el mecanismo de reforma irrazonable es, en este caso, lo que hace que la vida de quienes nos precedieron tenga mayor valor. Al invalidar la cláusula irrazonable sin emplear el proceso irrazonable de reforma, por ejemplo, trabajando activamente para que los tribunales no apliquen la cláusula en cuestión, impedimos por partida doble que la vida de quienes la introdujeron se vuelva menos valiosa.

Un punto de interés aquí es si la rigidez de la constitución, esto es la existencia de un procedimiento con mayorías agravadas para su reforma, incorpora una preferencia irrazonable de los ciudadanos del pasado. Jeremy Waldron ha argumentado extensamente para mostrar que ése es el caso. Las personas del pasado se comportan de manera irrazonable con las del futuro si intentan impedir que éstas debatan y modifiquen sus preferencias sobre el modo de conducir los asuntos colectivos. La existencia en el pasado de desacuerdos de buena fe sobre el contenido que debía tener la constitución hace previsible el desacuerdo de buena fe con quienes vivirán en el futuro (Waldron, 1999, p. 274).

Un tercer escenario es aquél en el que la cláusula constitucional es ambigua o vaga, y está sujeta a diferentes interpretaciones. Si algunas de estas interpretaciones son razonables y otras no, el modo de contribuir al valor de la vida de los ciudadanos del pasado consiste en inclinarse por la razonable. Si los ciudadanos del pasado efectivamente querían incorporar en la cláusula esas preferencias razonables, al cumplirlas, hemos contribuido a que su vida tenga mayor valor. Si no eran esas preferencias razonables las que deseaban incorporar, al incumplirlas, interpretando la cláusula de modo razonable, hemos contribuido a que su vida sea menos disvaliosa.

Un último caso, que conviene distinguir del anterior, es aquél en el que la Constitución contiene cláusulas abstractas referidas a algún tipo de valor moral. En este supuesto la preferencia colectiva pasada fue que organizáramos nuestra convivencia futura de acuerdo a esos valores, en lugar de las particulares concepciones que de los mismos tenían quienes introdujeron la cláusula. Si la cláusula es interpretada, por lo tanto, intentando desentrañar en qué consiste el valor moral al que hace referencia, aun si esta interpretación no coincide con la que tenían quienes la crearon, su preferencia está cumplida. Al brindar lo que Ronald Dworkin (1996) denomina una lectura moral

de la constitución, hemos contribuido a que la vida de quienes nos precedieron tenga mayor valor moral.

Supongamos que la Constitución contiene, por ejemplo, una cláusula referida a la igualdad que ha sido interpretada de manera racista o sexista, excluyendo del trato igualitario a ciertos grupos. Quienes introdujeron esta cláusula abstracta acerca de la igualdad, en lugar de constitucionalizar sus creencias sexistas o racistas, pusieron de manifiesto que su preferencia era que guiáramos nuestras conductas honrando la igualdad y no el modo peculiar en que ellos interpretaban dicho valor. Si reinterpretamos la cláusula, eliminando su interpretación moralmente errónea, hemos contribuido a que sea satisfecha su preferencia razonable acerca de la organización de nuestra vida en común.

De este modo, la Constitución, como expresión de preferencias colectivas futuras por parte de ciudadanos del pasado, se transforma en el principal medio por el que la interacción recíproca es posible. La interacción con los ciudadanos del pasado es posible, y la comunidad política que se extiende en el tiempo se vuelve una realidad y no sólo una metáfora, porque las generaciones del pasado expresaron sus preferencias futuras en el texto constitucional y está en nuestras manos establecer si tales preferencias fueron razonables –y deben ser satisfechas– o fueron irrazonables –y deben ser descartadas–. En ambos supuestos estamos contribuyendo a que las vidas de quienes nos precedieron hayan sido más valiosas.

La Constitución se vuelve constitutiva de la comunidad política en un nuevo sentido. No se trata simplemente de que mantiene unidos a los ciudadanos del pasado y del presente porque ambos adoptan los mismos principios y pautas constitucionales. No es la identidad de los principios que subyacen a la historia institucional lo que posibilita que la comunidad política se prolongue en el tiempo. La comunidad política es una comunidad de principios constitucionales, pero lo es en un sentido diferente.

Por un lado, en la Constitución los miembros pasados de la comunidad política establecieron un esquema institucional que ha repartido cargas y beneficios entre los ciudadanos presentes. En este sentido es fácil advertir que ellos contribuyeron a que nuestras vidas sean mejores o peores. Por el otro, la Constitución expresa las preferencias que tenían los ciudadanos del pasado sobre como debíamos conducirnos nosotros. Satisfacer estas preferencias –si son razonables– u oponernos a ellas –si no lo son– es una manera de hacer que sus vidas hayan sido mejores o peores. La Constitución actúa como un puente entre el pasado y el presente que pone el valor de nuestras vidas en manos de quienes diseñaron nuestras instituciones y, lo que es más difícil de percibir, el valor de sus vidas en las nuestras.

BIBLIOGRAFÍA

Barry, B. (1989). *Theories of Justice. A Treatise on Social Justice, Vol. I*. Harvester-Wheatsheaf.

Barry, B. (1991). Justice as Reciprocity. In B. Barry (Ed.), *Liberty and Justice: Essays in Political Theory, Vol. 2* (pp. 211-241). Oxford Clarendon Press.

Brier, B. (1973). Magicians, alarm clocks, and backward causation. *Southern Journal of Philosophy*, *11*, 359-364.

Burke, E. (1910). Reflections on the French Revolution and other Essays. In A. J. Grieve (Ed.), *Reflections on the French Revolution and Other Essays*. J.M. Dent.

Callahan, J. C. (1987). On Harming the Dead. *Ethics*, *97*, 341-352.

Casati, R., & Torrengo, G. (2011). The not so incredible shrinking future. *Analysis*, *71*(2), 240-244.

Crisp, T. M. (2003). Presentism. In M. J. Loux & D. W. Zimmerman (Eds.), *The Oxford Handbook of Metaphysics* (pp. 211-245). Oxford University Press.

Dainton, B. (2009). *Time and Space*. Acumen.

Dummett, A. E. (1954). Can an Effect Precede Its Cause? *Proceedings of the Aristotelian Society*, *28*, 27-44.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. The Belknap Press of Harvard University Press.

Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Harvard University Press.

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Belknap Press.

Epicuro. (1997). *Sobre el Placer y la Felicidad*. Editorial Universitaria.

Evans, P. W. (2015). Retrocausality at no extra cost. *Synthese*, 1139-1155.

Feinberg, J. (1980). *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy: Essays in Social Philosophy*. Princeton University Press.

Feinberg, J. (1984). *Harm to Others. The Moral Limits of Criminal Law Vol.I*. Oxford University Press.

Fine, K. (2012). Guide to Ground. In F. Correia & B. Schnieder (Eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality* (pp. 37-80). Cambridge University Press.

Geach, P. (1969). *God and the Soul*. Routledge and Kegan Paul.

Grosseries, A. (2009). Three Models of Intergeneratiional Reciprocity. In A. Grosseries & L. Meyer (Eds.), *Intergenerational Justice* (pp. 119-146). Oxford University Press.

Hare, R. (1971). *Essays on Philosophical method*. Macmillan.

Hume, D. (2007). *An Enquiry Concerning Human Understanding* (P. Millican (ed.)). Oxford University Press.

Iacona, A. (2019). *L'enigma del Futuro*. Società editrice il Mulino.

Levenbook, B. B. (1984). Harming Someone after His Death. *Ethics*, *94*, 407-419.

Lewis, D. (1973). Causation. *Journal of Philosophy*, *70*, 556-567.

Lewis, D. (1979). Counterfactual Dependence and Time's Arrow. *Noûs*, *13*, 455-476.

Mackie, J. L. (1974). *The Cement of the Universe: A Study of Causation*. Clarendon Press.

Marquis, D. (1985). Harming the Dead. *Ethics*, *96*, 159-161.

Nagel, T. (1979). Death. In *Mortal Questions* (pp. 1-10). Cambridge University Press.

Nagel, T. (2005). The Problem of Global Justice. *Philosophy Public Affairs*, *33*, 113-147. https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2005.00027.X

Parfit, D. (1984). *Reasons and Persons*. Clarendon Press.

Partridge, E. (1981). Posthumous Interests and Posthumous Respect. *Ethics*, *91*, 243-264.
Pitcher, G. (1984). The Misfortunes of the Dead. *American Philosophical Quarterly*, *21*, 183-188.
Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford University Press.
Reichenbach, H. (1956). *The Direction of Time*. University of California Press.
Rosen, G. (2010). Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction. In B. Hale & A. Hoffman (Eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology* (pp. 109-136). Oxford University Press.
Rosen, G. (2018). Metaphisical Relations in Metaethics. In T. McPherson & D. Plunkett (Eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics* (pp. 151-169). Routledge.
Rosenberg, J. (1983). *Thinking Clearly About Death*. Prentice-Hall.
Ross, W. D. (1939). *Foundations of Ethics*. Clarendon Press.
Schaffer, J. (2012). Ground, Transitivity and Constrastivity. In F. Correia & B. Schnieder (Eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality* (pp. 122-138). Cambridge University Press.
Schaffer, J. (2016). Grounding in the Image of Causation. *Philosophical Studies*, *173*, 49-100.
Seleme, H. O. (2011). The Moral Irrelevance of Global and International Inequality. *The Journal of Jurisprudence*, 271-326.
Seleme, H. O. (2016). El Método del Equilibrio Reflexivo y su uso en el Derecho. In G. Lariguet (Ed.), *Metodología de la Investigación Jurídica. Propuestas Contemporáneas*. Brujas.
Silver, K. (2022). Backwards Causation in Social Institutions. *Erkenntnis*. https://doi.org/10.1007/s10670-022-00613-y
Stoneham, T. (2009). The Presentism-Eternalism Debate. *Philosophy*, *84*(328), 201-218.
Vranas, P. (2005). Do Cry Over Spilt Milk: Possibly You Can Change the Past. *The Monist*, *8*, 370-387.
Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*. Clarendon Press.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 185-217
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.6

Debilidades o incoherencias iusfilosóficas en la propuesta de Luigi Ferrajoli de una Constitución para la Tierra

Weaknesses or Legal-Philosophical Inconsistencies in Luigi Ferrajoli's Proposal of a Constitution for the Earth

Rodolfo Vigo

Autor:
Rodolfo Vigo
Universidad Austral, Argentina
vigorodolfo@gmail.com
https://orcid.org/0000-0002-8305-0374

Recibido: 11/01/2024
Aceptado: 08/02/2024

Citar como:
Vigo, Rodolfo (2024). Debilidades o incoherencias iusfilosóficas en la propuesta de Luigi Ferrajoli de una Constitución para la Tierra *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 185-217. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.8

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Rodolfo Vigo

Resumen

El presente trabajo pretende analizar el proyecto de Luigi Ferrajoli de una Constitución para la Tierra y confrontarlo con su teoría jurídica que ha venido desarrollando desde los inicios de su vida académica. La conclusión es que dicha perspectiva teórica no es funcional al ambicioso proyecto y se proyecta sobre el mismo debilitándolo; aunque cabe una segunda conclusión que es entender que la propuesta se apoya en una nueva teoría ferrajoliana que cuenta con un aparato conceptual que no estaba en la que conocíamos del profesor italiano.

Palabras clave: idealismo; juridicismo; antropología; gnoseología; semántica; función judicial; coherencia.

Abstract

This paper aims to analyze Luigi Ferrajoli's project of a Constitution for the Earth and compare it with his legal theory that he has been developing since the beginning of his academic life. The conclusion is that this theoretical perspective is not functional to the ambitious project and is projected onto it, weakening it. However, there is a second conclusion, which is to understand that the proposal reckons on a new Ferrajolian theory that holds a conceptual apparatus that was not present in the one we knew from the Italian professor.

Keywords: idealism; juridicism; anthropology; gnoseology; semantics; judiciary; coherence.

1. ADVERTENCIA INTRODUCTORIA

En el año 2019 edité en Marcial Pons un libro titulado *El neoconstitucionalismo iuspositivo-crítico de Luigi Ferrajoli*, cuyo objeto fue analizar críticamente la teoría jurídica del colega italiano. Sin perjuicio que nuestra perspectiva iusfilosófica es significativamente diferente a la Ferrajoli, consignamos diferentes aspectos que estimamos positivos del compromiso y producción académica del mismo. De todas maneras, nuestro balance crítico transitó por hasta dieciocho puntos, y son esas mismas tesis simplificadas y reducidas las que se hacen presentes centralmente ahora cuando nos corresponde referirnos a su nuevo libro *Por una constitución de la tierra*, editado en 2023 por Trotta de España. Más en concreto, estimamos que en líneas generales el proyecto de constitución propuesto por Ferrajoli es altamente compartibles por cualquiera que aliente un futuro para la humanidad sin guerras, y donde todos los que habitan la tierra gocen de bienes mínimos y suficientes como para vivir con cierta dignidad. Sin embargo, advertimos que el marco teórico desde donde se genera el proyecto ferrajoliano suscita cuestiones que terminan debilitándolo o promueven interrogantes o señalamientos de tesis aparentemente incoherentes con la teoría que conocíamos de Ferrajoli, todo lo cual genera que se requieran nuevas respuestas o aclaraciones, que difícilmente pueda el autor brindar en razón de sus conocidos supuestos iusfilosóficos expuestos en muchas obras ampliamente conocidas y difundidas en la comunidad hispano parlante.

Atento al prestigio consolidado que ostenta Ferrajoli, cabe de mi parte consignar que la lectura crítica que haré de su último libro se hace con un exclusivo y claro propósito académico que aliente diálogos racionales, aunque me interesa advertir que distintos colegas han denunciado la retórica con la que expone el profesor italiano su obra, y que ese propósito persuasivo afecta una interpretación fácil o lineal de su pensamiento. A ese respecto, vayamos a J. Aguiló cuando lo denuncia a Ferrajoli de incurrir en «segregacionismo discursivo» al «fragmentar la experiencia y la fenomenología jurídica en múltiples discursos conectados y opuestos entre sí», lo cual constituye «una peligrosa fuente de falacias»[1]. Análogamente Atienza critica a Ferrajoli por recurrir a «distinciones artificiosas» utilizando «dos estrategias argumentativas (basadas en lo que Perelman llamaba «técnica de disociación»): el carácter meramente formal de su teoría, y la distinción entre el discurso de la teoría del derecho y el propio de la dogmática, la sociología, la historia o la filosofía política y moral»[2]. Ruiz Manero, a partir de que Ferrajoli condena terminantemente la guerra pero que llegó a respaldar las operaciones militares contra Muamar El Gadafi, lo acusa de acudir a cierto «truco verbal» que le permite sustraer de aquella condena los casos de violencia interestatal, pues las respuestas ferrajolianas «Son alimentadas por la idea … firmemente arraigada en él, de que el establecimiento

1. Aguiló, 2011, p. 58.
2. Atienza, 2008, p. 157.

de fines y la ponderación entre los mismos son algo situado más allá de las fronteras de la razón … Ferrajoli elude el politeísmo de los valores que está en la base de muchas instituciones, simplemente porque una visión monoteísta de esta cuestión no plantea dificultades insalvables para su concepción de los límites de la racionalidad»[3].

Sin ignorar esas advertencias de los reconocidos académicos españoles, aludamos a continuación a esas debilidades e interrogantes, aunque haciendo la salvedad que el lector constatará ciertos solapamientos o superposición entre los mismos que resultan ineludibles.

2. LA DEBILIDAD DEL IDEALISMO

Etienne Gilson transcribe de Baruch Espinoza tres alternativas metodológicas: «Los escolásticos parten de las cosas; Descartes parte del pensamiento; yo, de Dios»[4]. Por supuesto que lo relevante filosóficamente de esas propuestas, son los caminos del realismo y las del idealismo, o sea optar por partir del ser como condición del conocer, o del conocer como condición del ser, respectivamente. El idealista «piensa» las cosas, mientras que el realista procura «conocerlas»; pues en aquel el método es lo primero y lo que determina el objeto a conocer, pero para el realista es la realidad la que determina el método. En el marco señalado, Ferrajoli claramente escoge el camino idealista, de ese modo Ermanno Vitale ha visto en la teoría ferrajoliana un arriesgado ejercicio de «spinozismo jurídico», en tanto se corrobora el propósito explícito de lograr construir un derecho demostrable y deducible «more geométrico»[5]. Es que el esfuerzo ferrajoliano de formalización y axiomatización canalizado por lo que llama «teoría del derecho», dentro del «modelo integrado de ciencia jurídica»[6], se apoya en conceptos construidos por el teórico mediante definiciones estipulativas, que posibilitan –según Ferrajoli– el máximo rigor científico y la máxima capacidad explicativa, lo cual asegura la coherencia interna del discurso teórico por las demostraciones de todas sus tesis no primitivas o teoremas, sobre la base de las reglas de transformación (las de la lógica de predicados, la lógica de enunciados y la lógica modal) a su vez preestablecidas. Ese enorme, complejo y completo edificio jurídico ferrajoliano es, más que descripción, una verdadera construcción, que tiene la solidez de una razón lógica y formal, que, desligándose de referencias axiológicas externas al derecho, está en condiciones –según su autor– de probar y demostrar todas sus tesis.

El camino idealista es mal consejero para comprender y operar el derecho tal cual existe, especialmente desde una errónea visión antropológica como es el caso de Ferrajoli. A partir de esa pérdida de la realidad pueden derivarse conclusiones que

3. Ruiz Manero, 2002, p. 289.
4. Gilson, 1963, p. 122.
5. Vitale, 2001.
6. Cfr. mi libro Vigo, 2019a, p. 125 y ss.

poco ayuden a propuestas favorables para el ser humano y la sociedad. Ferrajoli repite de algún modo la prioridad epistemológica confesada por Kelsen en el prólogo de la primera edición de su «Teoría Pura» cuando explica su propósito de elevar la ciencia jurídica al rango de una verdadera ciencia objetiva y exacta. El problema de prescindir de la realidad y construir un objeto idóneo para el propósito epistemológico, es terminar hablando de algo que tiene una conexión débil o inexistente con aquella. Ferrajoli no duda en negar la naturaleza social del hombre que conlleva la inescindibilidad del derecho con la política, y su conclusión es que la política se subordina al derecho a tenor de su teoría. En el Estado Constitucional de Derecho «pensado» por Ferrajoli: «Ya no existe la soberanía, dado que todos los poderes públicos –incluso el legislativo y por ende el parlamento, y con él la llamada soberanía popular– están sujetos a la ley constitucional. Y tampoco existe ya, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, ya que los Estados se han sometido al *pactum subjetionis* –ya no simplemente a *associationis*– representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido de la Carta de Naciones Unidas y con la prohibición de la guerra y la obligación de respeto de los derechos fundamentales establecidos por ella»[7]. Desde el voluntarismo individualista y liberal ferrajoliano se postula: «La idea del contrato social es una gran metáfora de la democracia», y se rechazan las tesis acerca de una cierta naturaleza humana o que hay ciertos principios éticos universales por ser «dos creencias, ideológicas y falsas si se las entendiera en sentido asertivo, y antiliberales si se las entendiera en sentido prescriptivo»[8]. Desde esa matriz idealista se declara en el art. 33 de la Constitución proyectada que «La soberanía consiste en la suma de los poderes y contrapoderes que son sus fragmentos, formados por los derechos fundamentales de los todos los seres humanos son titulares», y en el art. 27 se establece que «Los capaces y que cuenten con los méritos precisos, tienen derecho a ser dotados de los medios necesarios para alcanzar los grados más altos de los estudios»; en definitiva, se trata de un camino de constitucionalización que conlleva la «realización del monopolio público de la fuerza teorizado por Hobbes»[9]. No obstante la mirada disociadora entre soberanía y Estado, sorprende que en el art. 100 del proyecto de Constitución «una vez discutido y con las enmiendas aportadas a él por parte del mayor número de personas será depositado en la sede de la Organización de Naciones Unidas, sometido a su atención al debate, a las notificaciones y a la aprobación de la Asamblea General y abierto a la adhesión y la ratificación de todos los Estados», y la Constitución entrará en vigor con «el trigésimo instrumento de ratificación o de adhesión».

Estoy distante de perspectivas idealistas y aprecio que las propuestas políticas (comprensiva de lo jurídico y lo ético) deben recurrir a discernir prudencialmente y, en concreto, la mejor alternativa de aquellas que están disponibles, con las advertencias

7. Ferrajoli, 2008, p. 29.
8. Ferrajoli, 2011a, t. II, p. 417.
9. Ferrajoli, 2023, cap. 1.

de la filosofía clásica de que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno, y que hay mayor riesgo de equivocarnos cuando ignoramos las circunstancias en las que se desplegará nuestra conducta, que cuando ignoramos la norma general. Recordemos de la gnoseología clásica que la conducción de la vida está encomendada al saber prudencial que operaba como un puente entre exigencias generales o universales y su proyección adaptativa a un tiempo y espacio determinado. De ahí que cueste ver que el proyecto ferrajoliano sea uno posible de concretarse, pues imaginarnos un mundo en donde las armas son bienes ilícitos y los gobiernos aportando a un fondo común que otros administrarán, supone contradecir toda la experiencia histórica de la humanidad y un sueño de alguien que piense una tierra habitada por seres diferentes a los que la habitaron hasta ahora. A lo que se suma como agravante la perspectiva antropológica y ética alimentada por Hobbes que asume Ferrajoli, lo cual dificulta aún más su proyecto filosóficamente idealista. Incluso ese idealismo confía que el derecho (la constitución global «rígida») generará un nuevo hombre cambiando su naturaleza, la que según Ferrajoli –citando a Kant– asume la guerra como un «fenómeno natural» y a la paz como un «fenómeno artificial». Sabido es que el riesgo de perder el sentido de la realidad, es habilitar a la imaginación para que construya mundos humanamente inexistentes e imposible de existir.

En definitiva, la propuesta ferrajoliana peca más que de simple idealismo, de una forma que cabe calificar de utópica. El problema de ese idealismo utópico es neutralizar alternativas menos ambiciosas, pero más realistas, orientadas a los mismos nobles propósitos de sociedades más justas y respetuosas de los derechos humanos. Por supuesto que confieso mi falta de competencia en el terreno político por donde transita el proyecto en análisis, aunque me atrevo a sugerir un camino que parta de una geografía política plural con espacios regionales histórica y culturalmente cercanos, que aporten elementos realistas desde los cuales avanzar en aras de los propósitos que compartimos con Ferrajoli. Pero además, el otro riesgo que advierto es que se pueda ver el proyecto ferrajoliano como un nuevo modo de imperialismo político, en tanto se define que la única forma de gobierno que se tolerará será la democracia de partidos políticos como la conocemos actualmente en occidente (el art. 34 asimila la autodeterminación interna a democracia y el art. 36 refiere a la presencia de los partidos políticos). Otros han denunciado que la perspectiva teórica de Ferrajoli es marcadamente eurocéntrica (Portinaro P.P.), e incluso sorprende el visible desinterés que se advierte en sus libros sobre el mundo del *common law*, a lo que nos parece que se le suma una cierta visión cronolátrica de la humanidad que lo inclina a pensar apriorísticamente que todo tiempo futuro será mejor que el pasado (seguramente vinculado a la «ley del más débil»). Aquí también podemos alertar contra la pretensión implícita de una cierta parálisis de la historia política de la humanidad, clausurando el surgimiento de alternativas novedosas viables y perfeccionadoras del orden mundial, y también la posibilidad de mantener tradiciones políticas más vinculadas a sistemas de democracia directa o de otorgamiento de poderes especiales a ciertos integrantes (edad, situación familiar, etc). Agreguemos que si bien Ferrajoli reitera con insistencia que el paradigma constitucional que auspicia

es «formal», ello no le impide confesar sus gustos o preferencias políticas decididamente opuestas a «las dos derechas –políticas liberistas (el traductor las asimila a «liberalismo económico»)– y las políticas populistas y soberanistas», e incluso refiere a «los regímenes despóticos y sus crímenes contra la humanidad: piénsese en Turquía, Egipto, Bielorrusia, Irán, Arabia Saudita, Afganistán, pero asimismo en China y en Rusia»[10].

3. LA DEBILIDAD DEL JURIDICISMO

Una teoría juridicista es aquella que considera que el derecho puede ser comprendido y operado sin conexiones a las otras dimensiones de la realidad social. Kelsen es un buen ejemplo de ese insularismo jurídico que exige que la mirada del jurista se circunscriba a las normas jurídicas. La teoría ferrajoliana peca de ese juridicismo, y así lo confiesa el profesor italiano: «la teoría del derecho, como cualquier teoría empírica, es una construcción artificial distinta de los discursos de observación»[11], y condena que el juicio de validez y aplicación del derecho recurra a valoraciones de índole moral o política. Más aún, el mismo Ferrajoli se reconoce como un «iuspositivista reforzado», y explica su teoría como «una concepción y/o modelo de derecho que reconoce como derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuales fueren sus contenidos y, por tanto, su eventual injusticia»[12]. El poder constituyente ferrajoliano es un poder formal, que al modo del Rey Midas constituye el inicio del derecho para esa sociedad, quedando vedado para los juristas el camino falaz de adoptar perspectivas extrapositivas. Afirma Ferrajoli apelando a Hobbes: «Lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda»[13], y también: «La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos… como sobre todo en la forma «legal», «convencional» o «artificial», es decir, «positiva», del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro, comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo…»[14].

Ese juridicismo supone condenar a la sociedad en general, y a los juristas en particular, a entregar un cheque en blanco a los constituyentes, para luego limitarse a denunciar el derecho ilegítimo (en su doble variante de antinomias o lagunas) y a interpretaciones operativas de las normas jurídicas «como averiguación de los significados»[15]. La opinión

10. Ibídem cap. 9.
11. Ferrajoli, 2011a t. I, p. 400.
12. Ferrajoli, 2011b, p. 16.
13. Ferrajoli, 2011c, p. 360.
14. Ferrajoli, 1989, p. 869.
15. Ferrajoli, 2011.ª, p. 405.

concluyente de Ferrajoli es que «la humanidad se encuentra hoy de nuevo ante una encrucijada de la historia, seguramente la más dramática y decisiva: sufrir y sucumbir a las múltiples amenazas y emergencias globales, o bien hacerles frente, oponiéndoles la construcción de idóneas garantías constitucionales a escala planetaria». El profesor italiano es terminante: «Sólo una Constitución de la Tierra puede superar esos factores de división, conflicto y discriminación del género humano que son las diversas soberanías y las diversas ciudadanías»[16], precisando que la Constitución «debe entenderse, (hobbesianamente), como un pacto de convivencia pacífica entre diferentes y desiguales … su fundamento no consiste en el consenso mayoritario»[17].

Es típico del juridicismo visualizar al derecho como «la única alternativa»[18] que queda a la sociedad (en este caso a la humanidad), y está implícita la ilusión que instituida la ley o la Constitución operará la transformación de la realidad, que terminará adaptándose a lo dispuesto coercitivamente por la autoridad. Ese juridicismo ferrajoliano lo lleva a proponer, junto a los delitos penales propiamente dichos, un ámbito nuevo de ilicitud que llamará «crímenes de sistema», éstos «aun consistiendo en violaciones masivas de derechos humanos constitucionalmente establecidos, son otra cosa. No son ilícitos penales al carecer de todos los elementos constitutivos del delito. Sus rasgos distintivos –los que, haciendo usos del lenguaje penalista, cabe llamar sus «elementos constitutivos» – son dos: el carácter indeterminado e indeterminable tanto de la acción como del resultado, generalmente catastrófico, y el carácter indeterminado y plurisubjetivo tanto de sus autores como de sus víctimas al consistir éstas, por lo general, en pueblos enteros y a veces en la humanidad como tal»[19]. Esta ampliación de ilicitud, algo paradojal atento al juridicismo tradicional estricto ferrajoliano, responde a que «Solo los hechos previstos y juzgados como delitos, es decir, como crímenes en sentido penal, suscitan indignación y estigmatización moral y política»; e incluso también sorprende en términos de coherencia, que el autor italiano proponga respecto de aquellos «crímenes de sistema» una peculiar jurisdicción que no dictaría «sentencias de condena de sujetos individuales, sino de juicios de verdad, sobre el modelo de las llamadas Comisiones de la verdad instituidas en Sudáfrica sobre los crímenes cometidos durante el *apartheid*, o también sobre el modelo de tribunales de opinión, que un constitucionalismo global podría muy bien institucionalizar»[20]. Esa propuesta ferrajoliana de juicios apoyados en una «verdad» que inexorablemente se nutre de axiología, conlleva sorpresa frente a su tesis tradicional de una «ética sin verdad». Es el denunciado juridicismo lo que explica que Ferrajoli suponga que «solo» el derecho es el que genera «indignación y estigmatización moral y política».

16. Ferrajoli, 2023, cap. 12.
17. Ferrajoli, 2023, cap. 5.
18. Ibídem cap. 12.
19. Ibídem cap. 4.
20. Ibídem

Coherente con aquella perspectiva iuspositivista estricta Ferrajoli habla de «derechos fundamentales» (en lugar de «derechos humanos»), o sea, aquellos que la constitución ha puesto como fundamento del derecho positivo, y concretamente los define como «cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscripta a un sujeto por una norma jurídica»[21], y ellos se atribuyen a tenor de tres estatus: la condición de ser humano, la condición de ciudadano o contar con capacidad de obrar. Adviértase que esa definición es –según Ferrajoli– «teórica, puramente formal o estructural», de modo que su contenido lo brindará alguna norma jurídica positiva. Pedro Salazar critica ese juridicismo autoritativo escribiendo: «Ferrajoli, creo tendría que sostener que el pacto que funda la democracia constitucional implica la renuncia al derecho de decidir autónomamente lo que queremos hacer con nuestros derechos fundamentales. De hecho, incluso implica que debamos renunciar al derecho de decidir si queremos vivir o seguir viviendo bajo la constitución vigente. Lo que me pregunto, suponiendo que mi intuición sea acertada, es si esto no implica, en un cierto modo, renunciar a la democracia para abrazarnos con fuerza al mástil del constitucionalismo»[22]. Con cierta retórica, la terminología escogida por el autor italiano se cubre de pretensiones sustentadas en fundamentos que remitan a la condición de ser humano, pero que sin embargo se reducen a definiciones estipulativas autoritativas y normativas. Contrastemos esa opinión con la de los autores iusnaturalistas aristotélicos-tomistas que llegan a sostener que el nuevo nombre del derecho natural son los «derechos humanos», o también con la perspectiva de Alexy cuando concluye que si una constitución pretende ser legítima tiene que positivizar (convertir en «fundamentales») a los derechos humanos.

Si bien planteamos en nuestro libro sobre Ferrajoli dudas si reconocía derechos colectivos, en el art. 31 del proyecto de constitución expresamente establece que «Todos los pueblos son iguales en dignidad y derecho. Todo pueblo tiene derecho a la existencia y a la subsistencia, al respeto de su identidad nacional y cultural…». Es que Ferrajoli sobre los derechos fundamentales claramente había escrito: «…solo los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales, que estructuralmente son siempre individuales y no colectivos»[23]. En el libro bajo estudio explica que «las dos principales novedades de la primera parte de este esbozo tienen que ver con los bienes fundamentales y los bienes ilícitos. En efecto, porque es necesario introducir las garantías relativas a tales bienes para responder a todos los actuales desafíos globales –humanitarios, ecológicos y nucleares– que el lenguaje individualista de los derechos, por lo general, no está en condiciones de afrontar»[24]. Ampliando esa explicación, advirtamos que dentro de los bienes fundamentales Ferrajoli no solo incluye los

21. Ferrajoli, 2002, p. 37.
22. Salazar, 2005, p. 442.
23. Ferrajoli, 2011d, p. 369.
24. Ferrajoli, 2023, cap. 13.

«personalísimos», sino también los «comunes» (aire, agua, bosques, etc.) y los «sociales» (vacunas, fármacos, etc.). Frente a aquella antropología individualista ferrajoliana que conocíamos de base hobbesiana y kantiana, vemos ahora unas tesis que suscita interrogantes en términos de coherencia, y sobre esas dudas volveremos más adelante.

En orden a respaldar su iuspositivismo jurídicista Ferrajoli cita con frecuencia a Hobbes cuando contra Coke sentenció: «Auctoritas, non veritas, facit legem». El constituyente da inicio al derecho poniendo el contenido que estime conveniente, sin que importe de donde lo saca, dado que ir fuera del derecho importa incurrir en una falacia. En defensa del proyecto de la Ilustración Ferrajoli reiteremos su sentencia: «La positivización o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico … La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos … como sobre todo en la forma "legal", "convencional" o "artificial", es decir "positiva", del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro, comporta la separación de la ciencia del derecho mismo, que por primera vez se autonomiza como "objeto" o "universo" empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas»[25]. En cuanto a las tesis de separación entre derecho y moral Ferrajoli las considera «sacrosantas», lo que implica no mezclar juicios de validez con juicios de justicia, pues al jurista no le está permitido «valorar las normas jurídicas desde fuera y condicionar el juicio sobre su validez a valoraciones ético-políticas o, en cualquier caso, extralegales»[26]. Critica Ferrajoli explícitamente la alternativa de defender los derechos humanos reconociéndolos «como derechos naturales o de cualquier modo inherentes a la persona o a la razón humana, como de la idea consensualista e igualmente cognoscitivista de un universalismo, por así decir, político y cultural de los mismos derechos, concebidos como derechos sustentados –o que es legítimo pretender que lo sean– por su universal aceptación»[27]. En definitiva, los derechos humanos a escala internacional no tienen, para Ferrajoli, otro sustento que la voluntad de los Estados en tanto sujetos constituyentes «realizan, también formalmente, la hipótesis hobbesiana del contrato social de convivencia pacífica»[28].

Josep Aguiló ha llamado al constitucionalismo ferrajoliano «imposible» o «impracticable», e insiste en que asimilar la mera existencia de constituciones rígidas con la «ley de la razón», oculta que ello equivale a ser «pura ley de la voluntad», y concluye: «Resulta bien llamativo y extraño que un no-cognoscitivista sea partidario de una Constitución sustantiva, rígida y cerrada a la deliberación; es decir, partidario de un «deber ser» no derogable y no moldeable en su aplicación … el constitucionalismo que Ferrajoli nos

25. Ferrajoli, 1989, p. 869.
26. Ibídem p. 874.
27. Ferrajoli, 2008, p. 549.
28. Ibídem p. 552.

propone, se queda con lo peor de cada casa: es relativista (el dirá no cognoscitivista) respecto de cuáles son los derechos y los principios justificados (respecto de qué proteger) y es absolutista respecto de las técnicas de protección elegida (reglas cerradas a la deliberación e inmodificable)»[29].

Suponer que la Constitución solo es algo jurídico surgido por la voluntad creadora del constituyente, y no algo histórico, político, moral, cultural, etc., es una clara manifestación de un recorte idealista y juridicista para definir un objeto que resulte funcional al modelo teórico escogido. Precisamente Giorgio Pino respecto del «argumento del Rey Midas» usado por Kelsen y otros iuspositivistas, que intentan «sostener que ciertos principios morales se convierten en jurídicos a causa del reconocimiento ocurrido en un acto normativo que tiene el status de fuente del derecho, esto es verdad, pero es absolutamente banal»[30], pues la banalidad consiste en que esa externalidad jurídica no ha suprimido el contenido moral que aquellos principios tenían y siguen teniendo después de su aprobación formal jurídica. En la misma sintonía Alfonso Ruiz Miguel concluye: «La positivización no transmuta por arte de magia lo que era moral en algo que pasa a ser exclusivamente jurídico»[31]. Incluso el supuesto progresismo que enarbola Ferrajoli, puede sucumbir drástica y gravemente en tanto el derecho puesto por la *auctoritas* resulte grave y evidentemente injusto, quedando siempre para la política la tarea de desarrollar y garantizar lo constitucionalmente dispuesto. No parece un camino teórico aconsejable el que nos propone Ferrajoli de preocuparnos por «garantizar» lo puesto por la Constitución, pero al mismo tiempo se nos indica que en cuanto al contenido de eso a garantizar, debemos resignarnos a que sea definido en última instancia no racionalmente sino a tenor de gustos o creencias, por lo que resultará infructuoso acudir a diálogos racionales en búsqueda de consensos apoyado en razones o argumentos. El ambicioso proyecto de una Constitución global se apoya en un poder formal autosuficiente o circular, sobre el cual no cabe el intento de búsqueda de acuerdos estrictamente racionales dado el escepticismo o subjetivismo ético de los destinatarios.

4. LA DEBILIDAD ANTROPOLÓGICA

Se ha subrayado (Vitale y Pazé entre otros) la presencia principal de Hobbes en la teoría moral de Ferrajoli, sin perjuicio que también se remite a Kant. Para el autor del Leviatán el hombre está dominado por las pasiones o por la razón, de lo cual resultan dos estados: el natural, bajo el dominio de las pasiones y la voluntad irracional, y el civil, bajo el dominio de la razón, que es el único medio de asegurar la paz. El *homo homini lupus* está dominado por el egoísmo y la guerra, pero por medio de un pacto se logra pasar del

29. Aguiló, 2011, p. 71.
30. Pino, 2011, p. 227.
31. Ruiz Miguel, 2005, p. 226.

estado de naturaleza al estado social, y así renuncian todos a todos sus derechos naturales y los ponen a disposición del soberano, quien garantiza la paz y el orden. Desde esa antropología pesimista Ferrajoli declara que «el presupuesto del garantismo es una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere quien lo posea, puesto que se halla expuesto…a falta de límites y límites, a degenerar en despotismo»[32]. Moreso y Portinaro denuncian la paradoja ferrajoliana en señalar, por un lado, desconfianza en el gobierno de los hombres malos por naturaleza, pero simultáneamente proclamar un optimismo fuerte (Moreso lo llama «optimismo constitucional») en el gobierno de las leyes o el derecho.

Rodolfo Vázquez, luego de analizar la propuesta ferrajoliana de estricta separación entre derecho y moral, acorde con una visión laica y pluralista de la política y la moral, la califica de «concepción meta-ética subjetivista o voluntarista como garantía de la neutralidad estatal», pero el profesor del ITAM de México advierte al respecto lo siguiente: «Rechazar el absolutismo no conduce necesariamente a una meta-ética subjetivista, no cognoscitivista o voluntarista, desde la que se sitúa Ferrajoli para defender su concepción positivista y con ella la separación radical entre derecho y moral. Pienso, más bien, que entre el absolutismo y el subjetivismo cabe la posibilidad de un objetivismo (mínimo) muy ajeno al dogmatismo y, por el contrario, anclado fuertemente en premisas empírico-racionales, en el marco de una tradición hobbesiana-kantiana»[33]. Uno de los puntos más interesantes del referido artículo de Vázquez en relación a las propuestas bioéticojurídicas de Ferrajoli, es cuando considera entre ellas la siguiente: «El embrión es merecedor de tutela si y sólo si es pensado y querido por la madre como persona», y a esa tesis que la llama «voluntarismo performativo», la crítica señalando: «Este voluntarismo constitutivo de Ferrajoli resulta contraintuitivo cuando a través del mismo podríamos determinar el valor moral de la persona con cierta arbitrariedad en cualquier momento de la gestación o, incluso, después del mismo nacimiento. ¿Qué impediría pensar en la voluntad de la madre si decidiera sobre el carácter moral de la persona a los seis meses, al año o más? ¿O es que el fenómeno natural del nacimiento es un límite objetivo infranqueable? ¿Dónde ponemos límites al voluntarismo maternal para no incurrir en acciones socialmente aberrantes?»[34].

Suscribimos ampliamente la conclusión de Moreso: «La confianza ferrajoliana en el derecho es excesiva, como lo es su desconfianza en la moral»[35]. Es que el derecho es un instrumento necesario para la vida social, pero sus pretensiones y su eficacia más completa requiere de la ética. Nadie supondrá por ejemplo que la imparcialidad judicial queda garantizada por las causales de recusación y excusación previstas en las normas jurídicas; ni tampoco bastará el derecho y la amenaza de sanciones para lograr

32. Ferrajoli, 1989, p. 885.
33. Vázquez, 2005, p. 495.
34. Ibidem p. 500.
35. Moreso, 2008, p. 287.

un medio ambiente apropiado. Estamos muy lejos de compartir la negación radical de la «bondad en los hombres» a punto que la guerra es «un fenómeno natural» mientras que la paz es «un fenómeno artificial»[36]. Estimamos que la más elemental mirada realista de la humanidad seguramente concluye que cualquier proyecto de una mejor sociedad requiere acudir a una moral mínima racional y compartible, resultando insuficientes los medios que puede y debe proporcionar el derecho. Cabe visualizar los tratados de derechos humanos y la dignidad intrínseca de cada ser humano que se invoca como su fundamento, como estándares éticos dilucidados y justificados racionalmente, y no como entiende Ferrajoli –invocando a Hobbes– a aquellos tratados como meros «contratos social de convivencia pacífica»[37]. Más aún, los derechos humanos también pueden ser reconocidos en el viejo *ius gentium* o *ius cogens* de los que hablaron profusamente autores como Tomás de Aquino y varios de los pertenecientes a la segunda escolástica. La buena vida social se nutre de deberes de justicia o alteridad mandados también por el derecho, y de los otros deberes de justicia que no puede receptar el derecho porque son deudas impagables (de un hijo para con los padres) o cuya satisfacción requiere de cierta intención o propósito (el agradecimiento).

No deja de sorprender que un escéptico ético radical como Ferrajoli que parte que el hombre es malo, reclame en su proyecto de Constitución como uno de «los fines de la Federación de la Tierra» el «promover relaciones amigables de solidaridad y cooperación entre los pueblos, para la solución de los problemas globales de carácter ecológico, político, económico y social, y con este fin, garantizar la igual dignidad de todos los pueblos y de todas las personas…» (art. 2). También desde aquella maldad constitutiva ferrajoliana-hobbesiana, costará asignar viabilidad a los fines de la Constitución de la tierra como el de dignidad de la persona y el correspondiente «deber de todos (de) respetar y tutelar a los seres humanos, como individuos y en las relaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad» (art. 3). Por otro lado, no deja de sorprender el Titulo Tercero de la Constitución para la tierra dedicado a declarar «Los bienes fundamentales», «cuya tutela y cuya accesibilidad deben ser garantizados a todos» (art. 48); pues se trata de un paternalismo ético que violenta la voluntad y el subjetivismo ético al que siempre adhirió Ferrajoli. Nos parece que esas declaraciones y deberes están muy lejos de una visión antropológica en donde la voluntad humana –según Hobbes– se mueve en base a los sentimientos de atracción y repulsión que los objetos provocan en el sujeto; recordemos que para el autor del Leviatán no hay bien ni mal objetivo, y que será lo útil, placentero o agradable según el criterio del sujeto lo que se identifica con lo bueno, mientras que lo opuesto sería lo malo. Es solo el egoísmo del hombre lo que genera el pacto social y el Estado absoluto que pondrá fin al reino de las pasiones, la guerra y la libertad natural ilimitada.

36. Ferrajoli, 2023, cap. 9.
37. Ferrajoli, 2008, p. 552.

Además de lo señalado, reiteremos y ampliemos que el Título Primero o primera parte del proyecto ferrajoliano está dedicado a «Los principios. Los fines» que equivaldrían a los «principios de justicia sustancial», mientras que la segunda parte está dedicada «a las instituciones globales previstas e impuestas por la Constitución como instrumentos idóneos para asegurar la realización de los fines estipulados». Tenemos la impresión que Ferrajoli ahora recurre a un lenguaje y definiciones que trasuntan o confían en una voluntad humana capaz de movilizarse por bienes objetivos y que el derecho se limita a validar y promover. Incluso en el campo de la teoría jurídica recordemos que Ferrajoli sin ambages ha propiciado un derecho constituido por normas atento a los riesgos que conllevan –según lo ha declarado Ferrajoli con insistencia– los principios habilitando al juez a violar su contenido dado la imposibilidad de recurrir a premisas verificables. Más aún, Ferrajoli rechaza a autores como Alexy, Atienza o Nino a los que acusa de ser iusnaturalistas en tanto sus teorías auspician principios y argumentación jurídica. En síntesis, textos que leemos en la Constitución ferrajolina que contradicen tesis claras y reiteradas del mismo autor que remitían a una antropología pesimista y malvada a la que solo el derecho coercitivo y normativo podía ordenar en protección de bienes vitales y la paz. A ese respecto se nos ocurre asociar esas paradojas a la teoría funcionalista del maestro de Ferrajoli, Norberto Bobbio, cuando en la década de los 70 abandona a Kelsen confesando que para conocer el derecho no bastaba saber cómo estaba estructurado el mismo, sino que era necesario saber para qué o qué funciones o fines podía procurar[38].

El antiguo consejo ciceroniano de que para conocer la naturaleza del derecho era apropiado adentrarnos en la naturaleza humana, sigue teniendo valor. Es obvio que tiene significativas e importantes consecuencias en la teoría del derecho la visión antropológica que se suscriba. Repasemos algunos de esos interrogantes: ¿existe la libertad o el hombre actúa deterministamente al modo de los animales?; ¿no hay otro bien humano que el individual o sólo el colectivo?; ¿el hombre nace irremediablemente bueno o malo?; ¿las emociones son algo malo y ellas dominan la razón?; ¿el hombre carece de la posibilidad de acceder a la verdad?; etc. Volviendo a la antropología ferrajoliana, creemos que ella remite a una visión del bien reducida a lo vital, y no obstante que con ese término se puede abarcar todo lo referido a la vida, tenemos la impresión que prioritariamente lo reduce a «supervivencia» con alcance biológico. Los «bienes fundamentales» ferrajolianos comprenden los «personalísimos» (como las partes vitales del cuerpo humano), «comunes» (como los bienes vitales naturales, del clima al medio ambiente, del agua potable a los grandes bosques y a los grandes glaciares) y «sociales» (como las vacunas y los demás fármacos esenciales)[39]; y junto a esa distinción también aparecen los «bienes ilícitos porque mortíferos» en tanto «amenaza para la supervivencia y la salud». Esas definiciones ferrajolianas pueden entenderse en clave hobbesiana

38. Cfr. mi libro Vigo, 2019b, pp. 91-123.
39. Ferrajoli, 2023, cap. 11.

y asimilar la vida a la paz y conservación de la salud al cuerpo humano. Es cierto que junto a las aclaraciones formuladas por Ferrajoli respecto a los bienes fundamentales (título primero) y a los «bienes ilícitos» (título segundo), están también como «fines» de la Constitución dos títulos más: el tercero llamado de los «Principios supremos» y el cuarto de los «Derechos fundamentales». Una primera observación crítica de esa Primera Parte es una superposición de bienes en esos cuatro títulos, así por ejemplo la paz, la salvaguardia de la naturaleza, la tutela de los bienes vitales y la prohibición de los bienes mortíferos están repetidos directa o indirectamente en todos aquellos con distinto rótulos. Por otro lado, entre los «principios supremos» nos sorprende –pensando en Hobbes– en el art. 2 como uno de los fines de la Federación de la Tierra el «promover relaciones amigables de solidaridad y cooperación entre los pueblos» y en el art. 6 aparece el «Principio de fraternidad» que establece que «Todos los seres humanos y las instituciones públicas deberán cumplir los deberes de solidaridad política, económica y social». Una tercera curiosidad es en el art. 3 como uno de los fines «Dignidad de la persona», y por supuesto muchas preguntas (sin respuesta alguna) suscita ese postulado que todos los seres humanos son «sujetos iguales en dignidad y derechos, usufructuarios de los bienes comunes, responsables solidarios de la vida sobre el planeta, llamados a conservarla y a transmitirla de una generación a otra»; más aún, las preguntas sobre la dignidad crecen cuando vemos que el art. 31 declara «la igualdad de todos los pueblos en dignidad», pues esta referencia de una sociedad «digna» difícilmente pueda ya contar con el respaldo de Kant en tanto el imperativo ético remite a la «buena voluntad» del agente moral. Una cuarta pregunta que nos gustaría que Ferrajoli aclare alcance y significado, es cuando en el art. 1 se afirma escuetamente que «La humanidad forma parte de la naturaleza»; es que más allá de una interpretación banal o metafórica, sabemos lo polémico que resulta la expresión «naturaleza» y su conexión con «humanidad», especialmente respecto de alguien que opta por un camino cientificista. Cerremos estos interrogantes recordando que Ferrajoli acusa a los objetivistas éticos de absolutistas y dogmáticos, y que se asume como un escéptico ético en tanto no existe la posibilidad de un conocimiento objetivo en ese terreno, con la advertencia que la guerra es el fenómeno natural entre los hombres. Confesamos que podemos incurrir en una interpretación errada o exagerada de la ética que nos propone Ferrajoli autoritativamente por medio del derecho, pero nos inclinamos a pensar que ella se parece demasiado a los planteos kelsenianos y hobbesianos en donde el fin del derecho es simplemente la paz o evitar que en la sociedad uno mate al otro. De ahí también su obsesión por asociar bienes con vitalidad, aunque reduciéndola a ésta última con mera supervivencia biológica, corporal o material.

Nuestra visión parte de que el ser humano cuenta con una naturaleza social y política, de ahí la conclusión aristotélica: «solo Dios o una bestia» no requieren de la comunidad. Desde una metafísica apropiada de la persona humana pueden plantearse propuestas teóricas en el campo político o jurídico con el propósito de servir al hombre y a la sociedad; pues si el orden jurídico se remite raigalmente a la libertad individual, a

la voluntad del constituyente o a las decisiones mayoritarias, el orden social a imponerse puede terminar siendo contrario a lo que requiere el hombre y su «buen vivir». Ese reclamo por la metafísica no solo proviene desde siempre de autores realistas aristotélico-tomistas, sino que hoy lo confirmamos desde una metafísica constructiva kantiana como aparece en el artículo de Robert Alexy «¿Derechos humanos sin metafísica?»[40]. Insistamos en que más allá de las diferencias entre esas dos iusfilosofías (el realismo jurídico clásico y el no positivismo kantiano), ambas coinciden en el rechazo del iuspositivismo jurídico afirmando que el derecho para reconocerlo como tal requiere de alguna juridicidad necesaria especificada por la moral. Al respecto, cabe precisar que la propuesta teórica desde Kant es el de matrices contrafácticas no constatadas en la realidad (la justicia como estrella polar en R. Stammler, el juez Hércules en R. Dworkin o el dialogo racional y los derechos humanos como presupuestos éticos del mismo en Alexy); mientras que el realismo aristotélico tomista se apoya en la convicción que nada hay en la razón que antes no haya pasado por los sentidos, y que la naturaleza es identidad de un ente y principio de operación. Frente a la deontología kantiana en donde el imperativo categórico y el respeto al deber por el deber mismo constituye la «buena voluntad»; en el realismo clásico el bien discernido por la razón procura que la voluntad libre lo escoja en tanto su posesión posibilita una felicidad proporcional al mismo.

5. LA DEBILIDAD GNOSEOLÓGICA

Ferrajoli a lo largo de su obra insiste con un fuerte escepticismo acerca de la razón práctica apelando a los argumentos ya conocidos que fueron promovidos por el Círculo de Viena hace cerca de cien años, que reducían los caminos a conocer a juicios apriorísticos o tautológicos (característicos de la lógica y las matemáticas), por un lado, y por el otro lado, el de los juicios a posteriori o verificables (propios de la física, química, etc.). El colega italiano desde su primer libro adopta una «ética sin verdad»[41], y explicitando su postura epistemológica, afirma lo siguiente: «Las tesis de la lógica y de la matemática se presentan como verdaderas porque son tautológicas, esto es, demostrables a través de una serie de ecuaciones con un número no limitado de axiomas. En cuanto a las tesis de la ciencia empírica, se presentan más bien como verificables y verificadas, pero también, siempre como falsables, hasta el punto de ser, con el progreso de la ciencia, falsadas de hecho: se presentan, dicho brevemente, como verdades expuestas a la refutación empírica sobre la base de los datos de la experiencia. Pero tanto los matemáticos como los lógicos como los científicos y los historiadores son extremadamente –y justamente– intolerantes frente a tesis infundadas porque lógicamente no están demostradas o empíricamente no comprobadas: son justamente intolerantes, por ejemplo, frente a

40. Cfr. Alexy, 2008.
41. Ferrajoli, 1989, p. 37.

tesis como 2+2=5 o p > –q, o «el Sol gira en torno a la Tierra» o «la Revolución francesa tuvo lugar en 1689». La diferencia de los juicios de valor respecto a la tesis de la ciencia (…) consiste (…) en el hecho de que los juicios de valor no son verificables ni refutables empíricamente, es decir, con referencia a lo que existe o sucede, a diferencia de las tesis de la ciencia que, por el contrario, sí lo son. Y esto se debe simplemente a que los juicios de valor son ni verdaderos ni falsos, dado que no consisten en aserciones, sino en prescripciones, como tales argumentables con principios y juicios a su vez de valor, ni verdaderos ni falsos. Por esto, si por el contrario, juzgamos que las tesis éticas son verdades o falsas, y evidentemente pensamos que son verdaderas las que sostenemos nosotros, no podemos tolerar, por falsas, las tesis opuestas que no compartimos. El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral»[42].

En aval de su postura moral, invoca Ferrajoli a Bobbio: «Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican; se asumen: aquello que es último, propiamente porque es último, no tiene ningún fundamento», por lo que en el orden de la razón práctica solo cabe –en este punto el autor bajo estudio cita a Max Weber– la «racionalidad instrumental que liga medios a fines, o sea, en la adecuación, relativamente verificable en el plano empírico, de una determinada conducta, técnica o artificio instrumental respecto a objetivos prefijados (…) para conseguir los fines o valores, a su vez no justificados sino postulados, que su concreta estipulación positiva persigue»[43]. En cuanto a esa racionalidad instrumental con saltos y distancias lógicas, suscita interrogantes a P. Comanducci en tanto Ferrajoli afirma ser a la vez formal (fruto de estipulación), explicativo (pretende dar cuenta de la realidad), y a la vez instrumental a la realización de finalidades éticopolíticas[44]. El anticognitivismo y el antiobjetivismo ético ferrajoliano no implican que no se puedan postular juicios racionales que estén «racionalmente justificados, porque resultan derivables de asunciones morales, a su vez argumentables racionalmente de manera no distinta de las asunciones primitivas e indemostradas de una teoría empírica», aunque lo decisivo de su escepticismo es que «Los valores morales y políticos últimos … simplemente se eligen, se postulan y se defienden»[45]. La clave de los disensos morales reside en esas premisas o asunciones morales primitivas o de base que son estipulaciones, y, por ende, según Ferrajoli, no son ni verdades ni falsas, pues resultan indemostrables. Precisando su postura ética, escribe: «Una ética objetiva es, inevitablemente una ética heterónoma, asimilable más bien al Derecho –no es casual que la ética católica se auto presente como «derecho natural»– mientras, para una ética laica la autenticidad del comportamiento moral reside en su carácter espontaneo y autónomo, como fin en sí mismo»[46]. En definitiva, la tesis de la «autonomía moral» se

42. Ferrajoli y Ruiz Manero, 2012, p. 66.
43. Ferrajoli, 2011d, p. 317.
44. Comanducci, 2005, p. 114.
45. Ferrajoli, 2014, p. 104.
46. Ferrajoli, 2011b, p. 31.

apoya en una «concepción individualista y relativista» basada «sólo en la autonomía de la conciencia individual». Entendemos que las concesiones que hace Ferrajoli acerca de «asunciones morales argumentables racionalmente», carece de todo sustento en base a que en ese terreno no cabe cognitivismo ni objetivismo alguno en cuanto a los valores últimos, y solo queda espacio para la racionalidad instrumental o técnica. Lo decisivo es que para Ferrajoli finalmente la ética en última instancia es una cuestión de opciones subjetivas que no se realizan por medio de la razón, y una vez escogidos esos valores que orientan nuestra vida, recién aparece la razón instrumental que es guiada por la eficacia. En ese terreno en donde no hay verdad, no puedo dejar de mencionar que a pesar de las insistentes y conocidas prevenciones de Ferrajoli con respecto al pensamiento católico y al iusnaturalista por sus planteos objetivistas y dogmáticos en materia ética, entre las notas incluidas en el libro objeto del presente artículo aparece la encíclica *Laudato si'* del Papa Francisco.

Es obvio que el referido relativismo y subjetivismo ético y rechazo a toda razón idónea para definir los valores últimos remite a la ya mencionada visión antropológica ferrajoliana. Desde esa lógica leemos: «Los presupuestos del paradigma constitucional son los clásicos principios liberales según los cuales: a) los hombres, sobre todo si tienen poder, son, o de cualquier modo puede suponerse que son, tendencialmente malos o inmorales; b) la humanidad no está en modo alguno unida por una «unidad moral» sino, al contrario, dividida por valores, culturas e intereses diversos y antagónicos; c) los seres humanos, a su vez, son diferentes entre sí debido a razones morales, intereses económicos y concepciones políticas y morales, por lo que están virtualmente en conflicto»[47].

Hemos consignado precedentemente el reductivismo ferrajoliano de la razón a una función teórica con fidelidad a las enseñanzas del Círculo de Viena, que conlleva negar su operatividad en el plano ético o de la conducción de los comportamientos humanos. Pero avancemos sobre su visión del conocimiento jurídico, y en ese punto Ferrajoli nos propone su «modelo integrado de ciencia jurídica: teoría del derecho, dogmática jurídica, filosofía de la justicia y sociología del derecho»[48]. Al respecto, corresponde destacar el papel central que tiene la teoría del derecho, en tanto «punto de encuentro entre las diferentes aproximaciones al estudio del derecho, a las que brinda un aparato conceptual en buena medida común»[49]. Así por ejemplo, es tarea de la «teoría del derecho» elaborar el concepto de «derechos fundamentales»; luego a la «dogmática jurídica» le corresponderá identificar los derechos fundamentales incorporados al derecho vigente y válido; a la «sociología» le cabe estudiar cómo fueron dándose en esa sociedad los derechos fundamentales; y, por fin, la «filosofía de la justicia» o «filosofía política» o «filosofía del derecho» tiene por objeto identificar los valores que fundan aquel concepto

47. Ferrajoli, 2011a, p. 550.
48. Ibidem t. I, p. 36.
49. Ibídem p. 39.

de derechos fundamentales creado por el «teórico». Es decir, desde el punto de vista de Ferrajoli, lo medular, gnoseológicamente hablando, es la ciencia jurídica o, mejor dicho, una de sus ramas: la teoría del derecho, en tanto es la encargada de construir convencionalmente el aparato conceptual o formal con el que operarán los otros saberes jurídicos, incluida la filosofía del derecho. Centrándonos en ésta última, y en torno a la pregunta del fundamento axiológico de los derechos fundamentales, la respuesta posible de brindar es «de tipo no asertivo sino normativo, conforme a los fines o los valores ético-políticos que aquellos sean capaces de satisfacer»[50], y por ese camino no cognitivista y subjetivista, Ferrajoli encuentra cuatro criterios axiológicos: igualdad, democracia, paz y ley del más débil. La conexión entre estos valores y los derechos fundamentales es la de una «racionalidad instrumental que liga medios a fines, o sea, en la adecuación, relativamente verificable en el plano empírico, de una determinada conducta, técnica o artificio instrumental respecto a los objetivos prefijados». Aclara Ferrajoli: «Podemos, efectivamente, distinguir dos sentidos de "fines" o "razón social" de la democracia constitucional, uno descriptivo y jurídico positivo, otro prescriptivo y axiológico. En sentido jurídico y descriptivo, podemos afirmar que los fines y la razón de cada Estado constitucional de derecho consisten en la garantía de los derechos y demás principios, cualesquiera que sean y aun aquellos considerados injustos o deplorables, estipulados en su carta constitucional. En este sentido, podemos identificar en cada constitución la carta de identidad del respectivo ordenamiento jurídico y político, del mismo modo, por otra parte, en que los estatutos dictados en virtud del acto constitutivo de cualquier persona jurídica, sea un ente público, una fundación o una sociedad comercial, identifican su finalidad y específica razón social. En sentido axiológico y prescriptivo, en cambio, podemos identificar los fines o la razón del "Estado constitucional de derecho" como categoría de una filosofía política normativa, en los derechos que la misma identifica como fundamentales: por ejemplo, según el enfoque aquí propuesto, en los derechos que consideramos fundamentales sobre la base de los cuatro criterios formulados»[51].

Los argumentos ferrajolianos contra la razón en el plano valorativo resultan no solo poco originales, sino escasamente desarrollados y actualizados. Algo que merece ser destacado como un evidente error es aquella conexión que señala entre objetivismo y cognitivismo ético, con posturas absolutistas y dogmáticas. Por supuesto que sobran ejemplos autorales y desarrollos explicativos que rechazan esa sorprendente tesis ferrajoliana acerca que la confianza en la razón ética o valorativa conlleva intolerancia y rechazo a una opinión diferente. Más bien lo que resulta acorde a esa confianza de la razón en el plano moral, es la consiguiente disposición a esgrimir esas razones frente al que piensa distinto con la confianza que pueden ser comprendidas y aceptadas racionalmente por el otro. Más aún, recordemos la opinión de Carlos Nino impugnando políticamente

50. Ferrajoli, 2011d, p. 315.
51. Ibídem p. 372.

al escepticismo ético: «Una cosa es que haya indeterminaciones en materia ética y que no pueda en este campo, como en otros, alcanzarse una certidumbre absoluta, y otra cosa muy distinta es que no haya una verdad moral objetiva. Lo primero es … lo que permite justificar a la democracia como un sucedáneo imperfecto pero operativo del discurso moral; lo segundo, en cambio, excluye la justificación de la democracia, o de cualquier otro arreglo social, y nos coloca a los demócratas en la posición de enfrentar al totalitarismo con nuestras manos en lugar de hacerlo a través de la discusión»[52]. Profundizando en esa perspectiva del autor argentino, corresponde advertir que sin alguna posición objetivista resulta difícil abogar en favor de los Tratados de Derechos Humanos como los conocemos (reconocidos y no creados, universales e inalienables) y de los Códigos de Ética profesionales; pues si el bien lo define cada uno, la sociedad o la autoridad como le parezca, se quedan sin sustento el planteo de que hay comportamientos objetivamente injustos o malos. Volviendo al discurso ferrajoliano en materia axiológica, tenemos la impresión hasta donde conocemos de su obra, que Ferrajoli no se hace hecho cargo de todo el movimiento que en la década de los 70 se llamó de rehabilitación de la razón práctica, lo que exige un significativo y renovado repertorio de argumentos como para mantener su escepticismo ético radical. Una buena expresión de ese movimiento puede ser la obra colectiva publicada en Alemania por Manfred Riedel en 1972 y 1974 *Rehabilitierung der praktischen Philosophie* con autores aristotélicos, kantianos, eclécticos o pragmáticos (Otto Brunner, Leo Strauss, Eric Voegelin, Wilhelm Hennis, Hans Gadamer, Enrico Betti, Fernando Inciarte, Manfred Riedel, Gunter Patzig, Jürgen Habermas, Karl Otto Appel, etc.). Resulta casi sorprendente lo consignado por Ferrajoli al comienzo de este punto en cuanto que las tesis de la ciencia empírica a diferencia de los juicios de valor se presentan como «falsables, hasta el punto de ser, con el progreso de la ciencia, falsadas de hecho: se presentan, dicho brevemente, como verdades expuestas a la refutación empírica sobre la base de los datos de la experiencia»; es que la experiencia y el conocimiento empírico cumplen un papel central en el conocimiento de la verdad práctica en concreto dilucidada por el saber prudencial. Es claro que para Ferrajoli la única verdad que acepta es aquella que se pueda verificar o refutar empíricamente, y ese reductivismo hace inviable a la verdad práctica que pretende guiar a una conducta a realizarse. De ese modo y en relación a la moral, solo cabría reconocer a la moral social o positiva, sin posibilidad de recurrir a una moral racional que juzgue aquello que se práctica como bueno o justo, a pesar que la razón práctica identifica en aquella violaciones graves y evidentes de bienes humanos fácilmente reconocibles.

Las prevenciones de Ferrajoli contra las éticas objetivas se proyectan sin retaceo a su misma axiología en tanto termina siendo (como la denunciada ética católica del derecho natural) una «ética heterónoma asimilable más bien al derecho», y así, más que asimilable e impuesta por el poder coercitivo del Estado, esa ética ferrajoliana queda

52. Nino, 1983, p. 74.

muy lejos de una ética laica identificada con un comportamiento moral de carácter espontáneo y autónomo. En orden a la coherencia ferrajoliana, reiteremos que llama la atención cómo pueden justificarse desde el escepticismo ético y los presupuestos hobbesianos algunos de los «Principios supremos» incluidos en el Título Primero de la Constitución propuesta, como por ejemplo el «Principio de Fraternidad» del art. 6 que señala: «La fraternidad es la forma primaria de las relaciones entre todas las personas que forman parte del pueblo de la Tierra. Todos los seres humanos y las instituciones públicas deberán cumplir los deberes de solidaridad política, económica y social», y agreguemos entre otros artículos el 7 que establece la «indisponibilidad de los derechos fundamentales» en tanto «no son susceptibles de negociaciones ni de renuncia por parte de sus titulares». Se nos ocurre que el único recurso que tiene Ferrajoli para fundar las consignadas exigencias éticas que remiten a sus gustos o creencias primarias y subjetivas en ese terreno, es apelar a estipulaciones autoritativas respaldadas coercitivamente que otros –apoyándose en los mismos argumentos ferrajolianos– podrán denunciar como manifestaciones dogmáticas y totalitarias. Reiteremos que sin razón práctica o axiológica nada se puede conocer como bueno o justo, y por ende, cualquier imposición en esa materia ética se confía al derecho presupuesta una teoría iuspositivista, en donde no cabe ir afuera del derecho para criticarlo. A los juristas el único camino que les señala Ferrajoli es el de contrastar lo puesto en la constitución y lo que se pone debajo de la misma en orden a denunciar y reclamar por el derecho ilegítimo, es decir, por las «lagunas» para que se garantice la eficacia de lo puesto en la constitución, y por las «incoherencias» a los fines de que prevalezca la ley fundamental. Recordemos que para Ferrajoli la diferencia de los juicios de valor respecto a la tesis de la ciencia consiste en el hecho de que los juicios de valor no son verificables ni refutables empíricamente, es decir, con referencia a lo que existe o sucede, a diferencia de las tesis de la ciencia que, por el contrario, sí lo son. Y esto se debe simplemente a que los juicios de valor son ni verdaderos ni falsos, dado que no consisten en aserciones, sino en prescripciones, como tales argumentables con principios y juicios a su vez de valor, ni verdaderos ni falsos. Consignemos que teorías objetivistas y cognitivistas éticas como la inspirada en Aristóteles y Aquino coincidirían en la opinión de Ferrajoli que los juicios de valor o morales no son verificables empíricamente, es que respecto a la verdad teórica puede pretenderse esa correspondencia, pero en materia de la verdad práctica que regula la conducta a realizarse, aquella pretensión es imposible y cabe reconocerle cierta creación o adaptación prudencial al sujeto que actúa, dado que traduce el bien en términos concretos y circunstanciados.

A las críticas consignadas le podemos sumar la opinión de Francisco Laporta cuando en relación al alcance normativo acentuado que le atribuye Ferrajoli a la Constitución, destaca que «en algún lugar de la cadena que va desde una pura situación fáctica ha de haberse producido un salto lógico cuestionable», señalando cierta falacia lógica: «No entiendo muy bien de dónde puede obtenerse esa vinculatoriedad si es el precipitado de una secuencia de acciones humanas que se producen en el puro mundo de los hechos»,

y el profesor de la Autónoma de Madrid llega a denunciar que a Ferrajoli le falta «una buena teoría de la Constitución» y así comprueba «que confía muchas cosas –quizás demasiadas– a la aparición de las Constituciones de posguerra y no tiene una teoría de la Constitución que de cuenta de ellas y su valor vinculante»[53].

6. LA DEBILIDAD SEMÁNTICA

Reiteremos que Ferrajoli acusa a las teorías de Alexy, Atienza y Nino de iusnaturalismo en tanto promueven la argumentación y los principios. Explícitamente el profesor italiano ha declarado: «No me convence, de hecho, la contraposición entre principios y normas, precisamente porque ésta, en ordenamientos como los nuestros, dotados de constituciones rígidas, corre el riesgo de oscurecer el hecho de que los principios constitucionales –como la igualdad, la prohibición de la guerra, los derechos fundamentales– son también normas de derecho positivo»[54]. Mauro Barberis entiende que el rechazo ferrajoliano a la distinción entre reglas y principios responde a «razones principalmente ideológicas»[55] buscando potenciar la normatividad de la Constitución y exaltar la centralidad del Parlamento frente al activismo judicial. El iuspositivismo ferrajoliano se opone al constitucionalismo principialista, aunque puede observarse una cierta tolerancia a la presencia de los principios, pero siempre expresando un escaso interés por el derecho formulado a través de ellos. Una síntesis de su postura actual es la siguiente: «La mayor parte de los principios se comportan como reglas. Ciertamente, existen principios que enuncian valores y directivas de carácter político, cuya observancia o inobservancia no es fácil de identificar. Pero se trata de normas relativamente marginales»; y además de aquellos principios políticos que señalan «expectativas genéricas e indeterminadas» habla de «principios regulativos que expresan expectativas específicas y determinadas» que corresponden a las garantías que imponen prestación y prohibición de lesión. Sin perjuicio de esas referencias a los principios, reiteremos que la diferencia entre ellos y las reglas no es habitualmente de carácter «estructural, sino poco más de estilo»[56].

Adviértase en el texto citado que Ferrajoli pareciera negarle a los principios un contenido jurídico, pues se trata de algo «político», lo que equivale –desde su clásico escepticismo axiológico– a aspiraciones éticas establecidas por la voluntad sin la presencia de la razón, al menos en cuanto a los valores últimos. De esa manera los principios terminan siendo un obstáculo para desarrollar y garantizar el programa consagrado en la Constitución, en tanto aquellos principios remiten a consideraciones morales inaccesibles finalmente a un conocimiento objetivo. Aquí resulta oportuno reiterar la

53. Laporta, 2011, pp. 170 y 173.
54. García Figueroa, 2005, p. 523.
55. Barberis, 2011, p. 91.
56. Ferrajoli, 2011b, p. 39.

asociación que hace Ferrajoli entre conocimiento y objetivismo ético o axiológico y posiciones absolutistas y dogmáticas. De esa manera, las posibilidades de un derecho ilegítimo se potencian en tanto la falta de precisión y contenido político de los principios, consiguientemente se amplían los riesgos de lagunas y antinomias en el derecho infraconstitucional. Asimismo, supone introducir en el derecho un material que con dificultades insalvables el Rey Midas podría convencer que es estrictamente jurídico, y de ese modo, se habilita el riesgo de falacias por el camino de juzgar con criterios extrajurídicos (morales o políticos) lo puesto como derecho por la autoridad. Muchos de esos reparos a los principios suenan muy parecidos a los que pudo tener en cuenta Kelsen postulando un derecho sistémico estricto conteniendo solo normas, resultando irrelevante consideraciones teleológicas a tenor de la tesis que identifica el derecho con una técnica para dirigir conductas bajo la amenaza de la coerción. Es que las normas son respuestas jurídicas explicitas en tanto definen por medio un juicio, un supuesto fáctico genérico, imputándole al mismo una cierta consecuencia jurídica. Mientras que los principios son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia que se pueden derivar para casos genéricos o casos concretos.

La pretensión de Ferrajoli es que el derecho se formule por medio de reglas, y de ese modo evitar que los derechos fundamentales sean violados por los jueces y, también, no incrementar el poder en manos de los jueces con su respectiva carga deslegitimadora. La semiótica implícita en Ferrajoli pareciera ignorar la textura abierta del lenguaje al pretender que el razonamiento judicial se limite a verificar el significado de las normas que aplica. Incluso en el texto de la Constitución proyectada insiste en el art. 4 que «las normas legales no sean oscuras ni vagas, sino lo más claras, unívocas y precisas que sea posible». El iuspositivismo normativista ferrajoliano como era de esperar, alienta casos individuales de los casos genéricos contemplados en las normas, y a esa ingenua pretensión le caben los contundentes y fundamentados reparos que encontramos en la doctrina desplegada por Taruffo en sus divulgadas obras. Como ampliaremos en el punto siguiente, Ferrajoli describe la función judicial con un silogismo, y precisamente, la premisa mayor asimilable al significado de la norma jurídica aplicable, consiste en una proposición asertiva, empírica o cognoscitiva en el sentido de que es predicable la verdad o su falsedad (o sea, es verificable o refutable) conforme a la investigación empírica semiótica respectiva. Es oportuno acudir a las conocidas enseñanzas de Karl Engisch en las que destaca que en el proceso de aplicación del derecho hay una constante interacción, un ir y venir de la mirada entre la premisa mayor y las circunstancias de hecho. Si vamos al pensamiento clásico, corresponde referirnos al saber prudencial que se constituye en una especie de puente entre la regla general y el caso al que se le aplicará, aunque con la advertencia que «de escasear en el conocimiento de uno de esos dos extremos, es preferible que lo sea de lo universal, no de lo particular»[57].

57. Ramírez, 1978, p. 46. «Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular: y de tener sólo uno, debe tener más

Guastini explica que la teoría ferrajoliana está conectada a una teoría cognoscitiva de la interpretación fundándose «en consideraciones falaces: o bien en la creencia de que las palabras incorporan un significado "propio", intrínseco, dependiente no del uso de las palabras mismas, sino de la relación natural entre palabras y realidad, o bien en la doble creencia de que las autoridades normativas … tienen una voluntad unívoca y reconocible como los individuos y que tal voluntad puede ser empíricamente comprobada»[58]. Esa especie de adhesión ferrajoliana a una concepción mágica o ingenua del lenguaje es particularmente grave a tenor del texto constitucional proyectado, en donde abundan expresiones cargadas de problemas de índole semántica, sintáctica y pragmática. Recordemos el rechazo al reductivismo normativista no sólo de la teoría jurídica tradicional aristotélico-tomista, sino también de la teoría no positivista de raigambre kantiana como la de Alexy o Atienza; pues ellas coinciden que el mejor derecho es aquel que contiene normas y principios en tanto éstos contribuyen a resolver al menos cuatro problemas que suscitan las normas: i) en primer lugar su indeterminación o imprecisión, sea en el supuesto fáctico genérico previsto en aquellas (por ejemplo: legítima defensa, convivencia intolerable o daño grave), o en la consecuencia jurídica contemplada para el caso individual de aquel (ocho a veinticinco años para un homicidio, reparación integral del daño sufrido, etc.); ii) la presencia de normas contradictorias estando el jurista exigido de escoger una de ellas, y la alternativa de que los principios guíen esa elección; iii) la ausencia de norma jurídica que regule el caso que debe atender el jurista, y la necesidad de integrar esa laguna derivando la respuesta jurídica desde los principios; y iv) la hipótesis más polémica: existencia de una norma jurídica que regula el caso en cuestión, pero su aplicación al mismo exhibe una evidente y grave injusticia o irracionalidad, por lo que apoyándose el jurista en los principios cabe eludir dicha aplicación y, consiguientemente, brindarle otra respuesta.

Sorprende qué lejos deja Ferrajoli en su texto constitucional lo que pretende para el legislador en su mencionado art. 4, y dedica la Primera Parte de aquel a explayarse sin restricción alguna sobre «principios supremos», «bienes fundamentales», etc. Casi una sobrecarga de moral, ética o valores respecto a los cuales no cabe cognitivismo ni objetivismo, sino gustos o creencias que finalmente pretenden imponerse heterónomamente, según la advertencia que Ferrajoli había hecho respecto al derecho natural y a la moral católica. Sin perjuicio de lo que ampliaremos en el punto siguiente, la perspectiva semántica jurídica ferrajoliana le permite postular que la actividad jurisdiccional es principalmente cognoscitiva y en base a ese carácter la misma logra su legitimación. Transcribamos al respecto el siguiente párrafo en donde se concluye que la función judicial «tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva. Las leyes, los reglamentos, las decisiones administrativas y los contratos privados

bien éste, es decir el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción» (S. Tomás In VI Ethicorum, lect.6, n.1194).

58. Guastini, 2016, p. 83.

son actos exclusivamente preceptivos, ni verdaderos ni falsos, cuya validez jurídica depende únicamente del respeto de las normas sobre su producción … Las sentencias penales (vale para las otras sentencias), en cambio, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos en materia de hecho y re-cognoscitivos en derecho, de cuya verdad, jurídica y fáctica, depende tanto su validez o legitimación jurídica, interna o formal, como su justicia o legitimación política, externa o sustancial»[59]. En *Principia Iuris* insiste Ferrajoli en la mayor discrecionalidad que corresponde reconocer a la función legislativa, a la que sólo se le exige «respeto» de las normas constitucionales, o sea, decidir todo lo que no está prohibido o es compatible con ellas; en cambio, respecto a la función jurisdiccional se restringe significativamente la deslegitimadora tarea creativa y se pretende «aplicación sustancial» de las normas legislativas y constitucionales, que impone su observancia obligatoria mediante la subsunción del caso en esas normas.

7. LA DEBILIDAD INSTITUCIONAL

En este punto nos proponemos hablar y criticar la mirada ferrajoliana sobre la función judicial y el enclave de ésta en la Constitución global. Aunque quizás podríamos hablar en general de la democracia en la mirada «panjuridicista» o «hiperjuridicista» en donde la política se subordina al derecho ya creado por el constituyente y tiene por objeto desarrollar el programa incluido en sus normas. Sin embargo, circunscribamos nuestro análisis a los jueces, y así comencemos destacando que Ferrajoli admite que «no se ha ocupado de la teoría de la argumentación»[60], incluso ha intentado reducirla a la interpretación sistemática y a la ponderación equitativa, agregando que «el grado de discrecionalidad en la interpretación y en la aplicación de la ley siempre depende, esencialmente, de la taxatividad del lenguaje legal, esto es, de su univocidad y precisión»[61]. Es obvio que esta confesión ferrajoliana remite a su escepticismo respecto a la razón práctica, su semántica ingenua y su desconfianza a los jueces, a lo que se agrega darle la espalda a las inevitables «patologías dentro del propio documento constitucional; en particular, no parece considerar la existencia de conflictos de derechos fundamentales, ni el problema de su legitimación legal en nombre de otros derechos o valores constitucionales»[62]. El mismo Moreso en torno a la visión ferrajoliana de la tarea judicial observa críticamente que «la aplicación del derecho no es una actividad mecánica, no sigue algoritmos predeterminados plenamente, es una actividad en la cual el juicio, la razonabilidad, la sabiduría práctica, la frónesis aristotélica, ocupan un lugar principal»[63].

59. Ferrajoli, 2008, p. 213.
60. Ferrajoli, 2011c, p. 354.
61. García Figueroa 2005, p. 523.
62. Prieto Sanchís, 2005, p. 47.
63. Moreso, 2011, p. 196.

Para Ferrajoli el poder judicial o el poder de los jueces abarca: i) el poder de denotación o de interpretación o verificación jurídica que remite a la norma jurídica en donde se subsumirá el caso; ii) el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; iii) el poder de connotación o de comprensión equitativa; y iv)el poder de disposición o de valoración ético-política. Ferrajoli llama «poder de cognición» a la suma de los tres primeros poderes, que constituyen un poder fisiológico o legitimador del juez; pero el poder de disposición es desligitimador en tanto «es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticas injustificadas de los tres primeros tipos de poder». De ese modo la actividad judicial es un «saber-poder», una mezcla de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*); y especificando aquellos poderes, digamos con el profesor bajo estudio, que el saber comprende una proposición fáctica o de hecho, y otra proposición jurídica o de derecho, pero ambas proposiciones son asertivas, empíricas o cognoscitivas en el sentido de que es predicable la verdad o su falsedad (o sea, son verificables o refutables) conforme a la investigación empírica. Así habla Ferrajoli del juez penal, aunque es comprensivo –según corresponda– de todo juez: «Precisamente, la verdad de la primera es una verdad fáctica que es comprobable a través de la prueba del acaecimiento del hecho y de su imputación al sujeto incriminado; la verdad de la segunda es una verdad jurídica en cuanto que es comprobable a través de la interpretación del significado de los enunciados normativos que califican al hecho como delito. La comprobación de una de las proposiciones una *quaestio facti*, resoluble por vía inductiva conforme a los datos probatorios, mientras que la de la otra es una *quaestio iuris* resoluble por vía deductiva conforme al significado de las palabras empleadas por la ley»[64]. Sin duda que esta cita merece asociarse a la referida perspectiva semántica ferrajoliana marcadamente ingenua tratada en el punto inmediato anterior. Giulio Ubertis ha visto cuestionada o relativizada aquella decimonónica distinción: «Si el juicio sobre la *quaestio facti* no puede ser nunca de puro hecho al estar estructurado por referencias a coordenadas jurídicas, el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al hecho»[65].Pero también procede ir a Taruffo para criticar esa distinción entre el hecho y el derecho cuando declara: «Ninguna proposición descriptiva es apta *a priori* para captar y agotar el hecho, y ni siquiera se puede sostener que éste puede ser descripto completamente por una serie incluso extensa de proposiciones»[66]. Recordemos que la polémica distinción aludida, se introduce en el derecho francés del Estado Legal que justificó la creación de los tribunales de casación con el objeto de analizar solo las cuestiones de derecho; pues hoy es visible la crisis que vive el recurso de casación a tenor de aquella tajante e irreal escisión entre derecho y hecho, dado que las críticas del recurrente apuntan a la respuesta jurídica judicial no en abstracto, sino en el caso en donde se genera el agravio. Es evidente que esos tribunales de casación son estrictamente

64. Ferrajoli, 1989, p. 48.
65. Ubertis, 1979, p. 75.
66. Taruffo, 2002, p. 93.

funcionales y coherentes con el iuspositivismo legalista decimonónico europeo apoyado en el dogma rousseauniano de la voluntad infalible del legislador, pero encuentran dificultades cuando admitimos que habitualmente llegan a tribunales casos sobre los cuales caben más de una respuesta jurídica disponible en el derecho vigente y válido.

La irrelevancia y simpleza de la función judicial ordinaria en la que cree Ferrajoli queda ratificada en varios de sus textos: «Los jueces en base a este paradigma, no pueden crear normas, pues ello importaría una invasión del campo de la legislación … el concepto de interpretación jurídica –en sentido estricto, esto es, de «interpretación operativa»– como averiguación de significados»[67]; y «que el poder judicial sea lo más limitado posible y vinculado por la ley y por la constitución, … los jueces … no pueden crear o ignorar normas, lo que implicaría una invasión de la esfera política de la legislación, sino solo censurar su invalidez cuando son contrarias a la Constitución: anulándolas si se trata de la jurisdicción constitucional, o promoviendo cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria; en ambos casos, interviniendo no en la esfera legítima, sino en la esfera ilegítima de la política»[68]. Sintéticamente respecto al derecho ilegítimo, Ferrajoli encomienda al Poder Legislativo y al Poder Administrador resolver las «lagunas» que pudieran detectarse en el derecho, o sea que sean ellos los que dicten las normas que instituyan las garantías primarias que estén faltando en relación a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. En cuanto a la otra manifestación de «ilegitimidad», es decir, las contradicciones normativas que se verifiquen entre lo dispuesto en la Constitución y el derecho infraconstitucional, será competencia de los jueces constitucionales (no de los jueces ordinarios o de la ley) el resolver esas «antinomias». Superando esa doble causa generadora del derecho ilegítimo, le queda a los jueces el proveer el capítulo de las garantías secundarias en orden a tornar efectivos los derechos fundamentales aplicando las normas del derecho legítimo.

Ampliando desde un punto de vista lógico la explicación precedente en torno al razonamiento judicial, Ferrajoli advierte que ninguna de las dos operaciones con la que se llega a la verdad procesal –ni la inducción constituida por la prueba del hecho, ni la deducción constituida por su calificación jurídica– representa un «silogismo práctico». Entrando al desglose de ese razonamiento el profesor italiano reconoce tres inferencias, cada una de las cuales es lógicamente antecedentes de las otras: i) una inferencia inductiva (prueba o inducción fáctica), cuyas premisas son las pruebas recogidas; ii) una inferencia deductiva (subsunción o deducción jurídica), cuyas premisas son la conclusión del hecho y la definición jurídica obtenida de la norma jurídica en cuestión; iii) un silogismo práctico en el que se concluye una norma individual para el caso del proceso. Precisa Ferrajoli: «De estos tres silogismos, solo el tercero incluye normas y por eso es calificable … como práctico o deóntico. Los dos primeros … son los únicos que interesan a los fines de la verdad procesal … Solo si los dos silogismos teóricos permiten

67. Ferrajoli, 2011a, p. 51.
68. Ferrajoli, 2016, p. 138.

decidir la verdad de la motivación, el silogismo práctico (aparte de la determinación de la medida de la pena, allí donde tampoco ésta haya sido exactamente predeterminada) es mecánico o perfecto»[69]. En relación a esas consideraciones lógicas advierto significativos reparos a la propuesta de conclusiones normativas no habiendo premisas igualmente normativas, pues resulta difícil sostener que de juicios teóricos (descriptivos y verificables) se alcancen juicios prácticos (normativos o valorativos), agravada esa falacia por el inequívoco escepticismo ferrajoliano en materia de un saber capaz de alcanzarse en materia axiológica, valorativa o ética.

Comprobamos en el proyecto constitucional ferrajoliano un despliegue institucional significativo que contrasta con lo que conocíamos de trabajos anteriores en relación a la función jurisdiccional. Recordemos que según el mismo Ferrajoli defendía su teoría afirmando: «Los jueces en base a este paradigma, no pueden crear normas, pues ello importaría una invasión del campo de la legislación», por lo que la interpretación judicial se identifica con «averiguación de significados»[70]. A ese respecto, acudamos a la opinión de Atienza: «La forma como Ferrajoli entiende la interpretación y la jurisdicción constituye, en mi opinión, uno de los elementos más débiles de su teoría», y de una manera más amplia agrega: «la obra de Ferrajoli (en especial *Principia Iuris*) se asemeja a una máquina formidable en la que, de forma un tanto sorprendente, se han utilizado algunas piezas obsoletas y que dificultan su buen funcionamiento»[71]. Desde otra perspectiva, Guastini aprecia que Ferrajoli «tácitamente, hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder en cierto modo nulo», agregando que la mirada ferrajoliana sobre el juez pretende que «no debe tener espacios de valoración u opción … debe ser sólo un poder cognitivo»[72]. Repitamos que para Guastini la clave en el propósito ferrajoliano de eliminar la interpretación o discrecionalidad judicial está en que el legislador emplee un lenguaje riguroso y posible de verificarse; explícitamente escribe el profesor genovés: «La noción de verdad jurídica, empleada por Ferrajoli, parece estrictamente conectada a una teoría cognitivista de la interpretación. Entiendo por tal la teoría según la cual la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es comprobar (empíricamente) el significado objetivo de los textos normativos y/o la subjetiva intención de sus autores (típicamente las autoridades legislativas). Ello equivale a decir que los enunciados de los intérpretes son enunciados del discurso descriptivo, es decir, enunciados de los que se puede comprobar la verdad o la falsedad. Este modo de ver se funda en consideraciones falaces: o bien en la creencia de que las palabras incorporan un significado «propio» intrínseco, dependiente no del uso de las palabras mismas, sino de la relación «natural» entre palabras y

69. Ferrajoli, 1989, p. 65.
70. Ferrajoli, 2011, Principia Iuris, ob.cit. p.405.
71. Atienza, 2016, p. 102.
72. Guastini, 1993, p.53.

realidad, o bien de la doble creencia de que las autoridades normativas (que en el mundo moderno son comúnmente órganos colegiados y, por ende, internamente conflictivos) tienen una voluntad unívoca y reconocible como los individuos y que tal voluntad puede ser empíricamente comprobada. Por consiguiente, se considera que el fin de la interpretación sea simplemente «descubrir» ese significado objetivo o esta voluntad subjetiva preexistente. Además, se considera que cada texto normativo admite una y solo una interpretación «verdadera». Del carácter cognoscitivo de la interpretación se desprende que no quede espacio alguno para la discrecionalidad judicial: las decisiones de los jueces son determinadas exclusivamente por normas preexistentes. A pesar de algún indicio contrario y superficial, los jueces aplican sólo el derecho que encuentran ya hecho y no crean uno nuevo»[73]. Aún cuando esa descripción de Guastini del juez ferrajoliano nos parezca exagerada, estimamos que la perspectiva de Ferrajoli sobre el juez está muy lejos del rol que en la realidad cumplen especialmente los jueces constitucionales y que los autores no positivistas contemporáneos (de raigambre kantiana o aristotélica) respaldan y explican con sus teorías de la argumentación y el conflicto y ponderación entre principios y derechos humanos.

Frente a la visión ferrajoliana del juez criticada precedentemente, llama la atención que en el proyecto constitucional bajo estudio los tribunales ocupan un espacio muy significativo y variado del poder mundial. En concreto, las institucionales globales de garantía secundaria o jurisdiccional son cuatro: i) el «Tribunal Internacional de Justicia» con la competencia amplia prevista en el art. 36 del actual Estatuto y las controversias entre sociedades mercantiles multinacionales y los estados en cuyo territorio ellas desarrollen sus actividades; ii) el «Tribunal Constitucional Internacional» cuyo objeto es la ilegitimidad de normas jurídicas internacionales o nacionales que contradigan la Constitución global; iii) el «Tribunal Penal Internacional» que complementa las jurisdicciones penales nacionales y se ocupa de lesiones «graves» a los derechos de libertad, el comercio de armas nucleares y convencionales, lesiones graves al medio ambiente natural y bienes comunes, reprimir el ejercicio del derecho de emigrar, etc.; y iv) el «Tribunal Penal Internacional para los crímenes de Sistema» por donde tramitarán acciones y juicios de la verdad dirigidos a dilucidar responsabilidades políticas respecto a daños ingentes a pueblos enteros (como por ejemplo la falta de actuación de los derechos sociales). Además, se crea la «Fiscalía Constitucional internacional» y otra «Fiscalía mundial para perseguir los crímenes de Sistema».

Cuesta proyectar sobre el sistema jurisdiccional mundial aquel cognitivismo interpretativo que respaldaba Ferrajoli para el estado constitucional de derecho. Pues, recordemos toda la primera parte de la Constitución referida a Fines, Principios Supremos, Bienes fundamentales, etc. en donde es visible e inexorable la presencia de valores y moral, pero en el caso de Ferrajoli respaldada desde una teoría no cognitivista ni objetivista. Más aún, el mismo autor bajo estudio confiesa que no se ha ocupado de

73. Guastini, 2016, p.83.

la argumentación, e incluso al rechazar a los autores que llama neoconstitucionalistas lo hace en función de que ellos promoviendo principios y argumentación terminan adhiriendo al iusnaturalismo, con el riesgo que ese camino del objetivismo y cognitivismo ético conlleva al derivar en dogmatismo y absolutismo.

Por supuesto que frente al escepticismo ferrajoliano respecto a la razón práctica, no resulta coherente hablar de argumentación y mucho menos hablar de ponderación de derechos fundamentales. Frente a las lagunas que forman parte del derecho ilegítimo procede integrarlas por medio de normas legales; mientras que las antinomias corresponden que las resuelvan además del Poder Legislativo los jueces constitucionales. Cuesta imaginarnos cómo los jueces globales podrían resolver por medio de interpretación (averiguación de significados) y no a través de una ponderación racional argumentativa que compute las peculiaridades de los casos; algunos ejemplos: «la máxima reducción de las desigualdades económicas y sociales» (art. 4); «los derechos fundamentales … no son susceptibles de negociaciones» (art. 7); «Todos tienen derecho … de acceder al internet y a las tecnologías informáticas en condiciones de igualdad» (art. 13); «La persona privada de libertad debe ser tratada con humanidad y con el respeto debido a su dignidad» (art. 18); «Las penas no deben consistir en tratamiento contrarios al sentido de la humanidad» (art. 23); «Todos tienen derecho a desobedecer una orden injusta…» (art. 24); «Los capaces y que cuenten con los méritos precisos, tienen derecho a ser dotados de los medios necesarios para alcanzar los grados más altos de los estudios» (art. 27); «Todos tienen derecho a una renta básica suficiente que les garantice una existencia digna» (art. 29); «Todos tienen derecho al uso de una vivienda decorosa y segura» (art. 30); la ley prohibirá que el ejercicio de los derechos civiles ocasionen «daños injustos» (art. 38); «Los miembros de la familia están obligados por los deberes de la asistencia recíproca» (art. 41); «Todo trabajador tiene derecho a cursos de aprendizaje o de formación profesional» (art. 43); todos tienen derecho a juicios «de duración razonable» (art. 47); etc. En definitiva, la confianza desproporcionada e irreal en el derecho formulado por normas y axiomatizado científicamente lo lleva a asumir lo que llama Pina «una posición irenista o coherentista»[74] de los derechos fundamentales, negando la realidad frecuente y constatada en la jurisprudencia de conflictos que requieren jerarquizarlos dinámicamente.

8. CONCLUSIÓN: DEBILIDADES O INCOHERENCIAS

Hemos intentando en el presente artículo denunciar algunas «debilidades» del proyecto ferrajoliano en tanto comprobamos cierta falta de coherencia entre los propósitos procurados y las tesis como sus fundamentos en los que se apoya el autor. Dicho lo mismo de otra manera: advertimos una desproporción entre los fines que se quieren conseguir

74. Pino, 2009, p. 657.

y los medios conceptuales o teóricos que se ofrecen a ese efecto; como una especie de autoengaño al proponernos atractivos objetivos, pero enseñándonos caminos que no llevan a ellos y solo sirven para ilusionarnos infructuosamente.

Es cierto que junto a la lectura crítica que hemos hecho del proyecto ferrajoliano acusándolo de respaldarse en conceptos que conspiran contra los nobles propósitos que se persiguen, cabe una segunda lectura crítica del libro bajo estudio que ponga de relieve que la misma recepta una teoría jurídica que no es exactamente igual a la que Ferrajoli expuso en todos los trabajos anteriores a lo largo de su extensa y exitosa trayectoria académica. Avancemos en ese contraste entre el «viejo o clásico» Ferrajoli que terminantemente rechazando a los neoconstitucionalismos asimilados al iusnaturalismo con su objetivismo ético, su principialismo y su argumentativismo, y este otro Ferrajoli «nuevo o heterodoxo» que se revela en el libro *Por una Constitución de la Tierra*: i) el «viejo» Ferrajoli quería un derecho formulado por medio de reglas, mientras que el «nuevo» termina proponiendo un derecho cargado de ética bajo los rótulos de fines, principios o bienes; ii) frente a la «clásica» descripción ferrajoliana del trabajo judicial interpretativo asimilado a silogismo, vemos ahora mucho contenido moral en el derecho que inevitablemente requiere más que lógica, el recurso a la ponderación y la argumentación; iii) la semántica ingenua que confiaba en la verificación de los significados de las normas jurídicas, difícilmente se armoniza con el referido y abundante contenido moral de la Constitución global; iv) ¿cómo puede asimilarse la maldad natural hobbesiana de los humanos, con el reclamo a la fraternidad y a la solidaridad que entusiastamente aparece en el proyecto?; v) si los valores últimos se disciernen en el campo de gustos y no de la razón, las definiciones contenidas en la Constitución en aquel terreno corresponde reconocerlas como meras expresiones autoritativas y paternalistas, lo que afectará adhesiones y seguimientos racionales; vi) ¿el escepticismo ético es compatible con la proclamación y promoción de bienes comunes o fines supremos?; vii) parece evidente que el proyecto ferrajoliano refleja un derecho cargado de impurezas políticas, morales o sociales, y así Ferrajoli deja atrás el juridicismo pregonado de su iuspositivismo reforzado; viii) ¿a los tribunales incluidos en la propuesta es posible pedirle «saber»?, o resulta ineludible un enorme «poder» que redundará en deslegitimación, a tenor del garantismo enseñado por el colega italiano; ix) para el proyecto global ¿sigue valiendo que el derecho es una técnica coercitiva garantista dispuesta por la *auctoritas* y que resultan irrelevante los consensos, las ontologías y las apelaciones a la *veritas*?; x) el ansiado futuro para la humanidad se reduce a supervivencia y paz o se amplía a los más diversos y variados bienes individuales o comunes; xi) ¿la pretensión de reducir el poder en manos de los jueces dado que es fuente de deslegitimación, cómo se armoniza con la importancia que tienen los cuatro tribunales globales en la eficacia de los derechos fundamentales?; y xii) ¿dónde queda su descomunal y empecinado esfuerzo de axiomatización a la luz de los principios y bienes proclamados en su constitución global? En definitiva, en esas dicotomías que planteamos, aparece implícita la pregunta si Ferrajoli mantiene su lealtad al más estricto iuspositivismo, o si vemos en el proyecto de su Constitución

global cierta heterodoxia que lo conecta con ese iusnaturalismo, principialismo y argumentativismo de los neoconstitucionalismos que tan categóricamente había rechazado. Sinteticemos metafóricamente las dos interpretaciones esbozadas: Ferrajoli nos propone con su proyecto un hermoso edificio pero muy frágil e inestable en tanto que está construido sobre arena; o Ferrajoli ha cambiado el edificio donde siempre vivió, y ahora se fue a vivir a uno nuevo adecuado a los tiempos que corren.

De todas maneras, aunque la respuesta de Ferrajoli descarte totalmente las dudas de coherencia consignadas, nos parece que se mantiene nuestra otra crítica más raigal que apunta a que los presupuestos de su clásica y reconocida teoría jurídica iuspositivista-crítica lejos de favorecer y potenciar su proyecto, lo debilitan y dificultan los nobles propósitos que lo animan. En efecto, un orden mundial al servicio del «buen vivir» de las personas y los pueblos que habitan la tierra se facilitaría respaldándolo en tesis como las siguientes: i) rechazar caminos idealistas o racionalistas y a la hora de definiciones políticas no es aconsejable dar la espalda a la historia y *ethos* de la sociedad que se trate; ii) un cierto objetivismo y cognitivismo ético con capacidad de guiar la voluntad humana y que así favorezca con razones la eficacia del derecho; iii) un método gnoseológico que respetara la realidad confiando en la posibilidad de conocerla y orientarla en aras del «florecimento» humano desde «bienes humanos básicos» protegidos por el derecho; iv) admitir una pluralidad de saberes jurídicos (filosofía jurídica, ciencia jurídica y saber determinado o resolutorio) que no obstante sus diferentes especificidades, coinciden en ser saberes prácticos capaces de guiar conductas sociales; v) postular que la formulación del mejor derecho recurre a normas jurídicas generales como respuestas jurídicas explícitas y principios como derecho concentrado o respuestas jurídicas equitativas en potencia; vi) definir a los derechos humanos como un requisito necesario y universalmente indisponible para la existencia válida del derecho; vii) auspiciar explícitamente la argumentación jurídica, en donde se incluya la justificación interna y la justificación externa en el marco de un dialogo racional; viii) alentar que la creación del derecho se canalice por medio de la prudencia en tanto saber concreto capaz de discernir lo mejor dentro de lo posible, prohibiendo y mandando los comportamientos más relevantes en orden al bien común político; ix) reconocer explícitamente al poder judicial y la creación del derecho por medio de precedentes generales en orden a superar indeterminaciones normativas, antinomias, lagunas o casos que reclaman una excepción de la aplicación de la norma; x) promover una ética personal como factor que favorezca al mejor derecho vigente y válido; y xi) defender una antropología integral (razón, voluntad y apetitos y conocimientos sensibles) que asuma que el hombre puede libremente comprender y movilizarse en favor de los bienes humanos individuales y comunes en los que se juega su felicidad.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, J. (2011). El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (34), 55-71. https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.03

Alexy, R. (2007). ¿Derechos humanos sin metafísica? *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (30), 237-248. https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.33

Atienza, M. (2008). «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico» en L. Ferrajoli, J. J. Moreso y M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fontamara.

Atienza, M. (2016). «Tesis sobre Ferrajoli» en M. Carbonell (coord.), *Para leer a Luigi Ferrajoli*, Cevallos Editora Jurídica.

Barberis, M. (2011). Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (34), 89-93. https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.05

Comanducci P. (2005). «Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales» en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta.

Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta.

Ferrajoli, L. (2002). *Derechos y garantías*, Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*, Trotta.

Ferrajoli, L. (2011a). *Principia Iuris*, Trotta.

Ferrajoli, L. (2011b). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (34), 15-53. https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02

Ferrajoli, L. (2011c). El constitucionalismo garantista: entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (34), 311-360. https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.19

Ferrajoli, L. (2011d). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta.

Ferrajoli, L. y Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación,* Trotta.

Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*, Trotta.

Ferrajoli, L. (2016). «La Democracia Constitucional» en *Derechos fundamentales: democracia constitucional y garantismo*, Rz Editores.

Ferrajoli, L. (2023). *Por una Constitución de la Tierra*, Trotta.

García Figueroa, A. (2005). «Entrevista a Luigi Ferrajoli» en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta.

Gilson, E. (1963). *El realismo metódico*, Rialp.

Guastini, R. (1993). «I fondamenti teoretici e filosofici del garantismo» en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Giappichelli.

Guastini, R. (2016). «Los fundamentos teóricos y filosóficos del garantismo» en M. Carbonell (coord.), *Para leer a Luigi Ferrajoli*, Cevallos Editora Jurídica.

Laporta, F. (2011). Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 167-181. https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.11

Moreso, J. J. (2008). Ferrajoli o el constitucionalismo optimista. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (31), 279-287. https://doi.org/10.14198/DOXA2008.31.18

Moreso, J. J. (2011). Antígona como defeater: sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (34), 183-199. https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.12

Nino, C. S. (1983). La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (3), 159-174.

Pino, G. (2009). Conflictos entre derechos fundamentales: una crítica a Luigi Ferrajoli. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (32), 647-664. https://doi.org/10.14198/DOXA2009.32.27

Pino, G. (2011). Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (34), 201-228. https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.13

Prieto Sanchís, L. (2005). «Constitucionalismo y garantismo» en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta.

Ramírez, S. M. (1978). *La prudencia*, Ediciones Palabra.

Riedel, M. (1971-1974). *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Rombach.

Ruiz Manero, J. (2012). Cuatro manifestaciones de uniteralismo en la obra de Luigi Ferrajoli. *Isonomía – Revista de teoría y filosofía del Derecho*, (37), 99-111. https://doi.org/10.5347/37.2012.122

Ruiz Miguel, A. (2005). «Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista» en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta.

Salazar, P. (2005). «Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli. Dos cuestiones controvertidas» en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*, Trotta.

Ubertis, G. (1979). *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè.

Vázquez, R. (2005). «Comentarios a las propuestas bioéticojurídicas de Luigi Ferrajoli» en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta.

Vigo, R. (2019a). *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*, Marcial Pons.

Vigo, R. (2019b). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* (3.ª ed.), Abeledo-Perrot.

Vitale, E. (2001). «¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima?» en L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 219-238
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.7

La facultad de juicio en la filosofía kantiana del derecho*

The Power of Judgment in Kant's Philosophy of Law

Wolfgang Wieland†

Autor:
Wolfgang Wieland
Universität Heidelberg, Deutschland

Recibido: 31/12/2022
Aceptado: 17/03/2023

Citar como:
Wieland, Wolfgang (2024). La facultad de juicio en la filosofía kantiana del derecho *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 219-238. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.7

Traducción:
Marcos González García
Universidad Complutense de Madrid
marcos12@ucm.es
https://orcid.org/0009-0009-3205-9502

Financiación:
Esta traducción ha sido realizada en el contexto del disfrute de una Beca UCM de Colaboración en Departamentos e Institutos Universitarios (2021-2022) tutorizada por la profesora María José Callejo Hernanz, miembro del Grupo de Investigación «Metafísica, crítica y política», que forma parte del Departamento de Lógica y Filosofía Teórica de la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Wolfgang Wieland
© 2024 Marcos González García, de la traducción

Resumen

En este breve ensayo, el profesor Wolfgang Wieland (1933-2015) realiza una incursión en la filosofía de Kant con la pretensión de señalar la existencia de un aspecto de su filosofía del derecho que habría pasado desapercibido para los estudios kantianos. Éstos han atendido fundamentalmente al «plano superior» de su pensamiento jurídico que, orientado por un espíritu iusnaturalista, tendría por objetivo determinar qué normas jurídicas *a priori* (y, por tanto, suprapositivas) habrá de cumplir cualquier Estado para poder ser considerado un Estado de Derecho y fundamentar tales normas en la naturaleza racional finita del ser humano. Sin embargo, Wieland plantea y desarrolla la hipótesis (que ha de entenderse atendiendo a su enraizamiento en el ámbito de la filosofía hermenéutica, pues el autor de este trabajo fue precisamente discípulo de Gadamer) de que en la filosofía kantiana del derecho existe también un «plano inferior» en el que se trata no ya de establecer normas, sino de pensar las dificultades y los problemas que entraña la aplicación de las normas jurídicas en casos concretos. Frente a lo que pudiera parecer por el tratamiento prioritario (por explícito y sistemático) que Kant dispensa a aquel «plano superior», éste no desconoció al decir de Wieland el hecho de que la resolución de problemas particulares mediante la aplicación de reglas generales resulta en ocasiones problemática. Para rescatar a este Kant interesado en las vicisitudes de la decisión judicial (que de gran interés podría ser en el debate iusfilosófico actual, mucho más propicio para el planteamiento

* «Kants Rechtsphilosophie der Urteilskraft», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 52 (1), 1-22, 1998. Aprovecho la ocasión para agradecer también a la profesora María José Callejo Hernanz sus valiosos comentarios y sugerencias y, especialmente, su trabajo de revisión de la presente traducción. Cuando es posible, los pasajes de las obras de Kant se vuelcan según las traducciones españolas cuyas referencias se recogen al final, aunque algunas de ellas han sido modificadas para dar coherencia al conjunto. Con esto, damos al lector por avisado y prescindimos de introducir avisos constantes allí donde han sido modificadas las traducciones de los textos kantianos. (N. del T.)

explícito de esta cuestión) se hace necesario un trabajo de reconstrucción, que aquí inicia Wieland, a partir de una serie de textos dispersos en los que Kant pone en explícita conexión su reflexión en torno a la facultad de juicio con su pensamiento jurídico.

Palabras clave: facultad de juicio; decisión judicial; aplicación; norma; caso.

Abstract

In this short essay, Professor Wolfgang Wieland (1933-2015) makes a foray into Kant's philosophy with the aim of pointing out the existence of an aspect of his philosophy of law that would have gone unnoticed by Kantian studies. These have mainly focused on the «higher plane» of his legal thought which, guided by an iusnaturalistic spirit, would aim to determine what *a priori* (and therefore supra-positive) legal norms any state would have to comply with in order to be considered a state of law and to base such norms on the finite rational nature of the human being. However, Wieland raises and develops the hypothesis (which must be understood taking into account its roots in the field of hermeneutic philosophy, since the author of this work was precisely a disciple of Gadamer) that in the Kantian philosophy of law there is also a «lower plane» in which it is no longer a matter of establishing rules, but of thinking about the difficulties and problems involved in the application of legal rules in concrete cases. Contrary to what might appear from the priority treatment (explicit and systematic) that Kant gives to that «higher plane», he did not ignore, according to Wieland, the fact that the resolution of particular problems through the application of general rules is sometimes problematic. In order to rescue this Kant interested in the vicissitudes of the judicial decision (which could be of great interest in the current philosophical debate, much more conducive to the explicit approach of this question) it is necessary a work of reconstruction, which Wieland begins here, from a series of scattered texts in which Kant explicitly connects his reflection on the faculty of judgment with his juridical thought.

Keywords: power of judgment; judicial decision; application; rule; case.

En la primera parte de su obra de madurez titulada *Metafísica de las costumbres*, Kant presentó bajo el rótulo *Principios metafísicos de la doctrina del derecho* un proyecto intelectual que forma parte de los textos clásicos centrales de la filosofía del derecho. En él se hace cargo de una tarea, que incumbe obligatoriamente a todo empeño iusfilosófico: formular y establecer las normas fundamentales a las que no pueda oponerse ningún ordenamiento jurídico que pretenda legítimamente este nombre. Para Kant se trata de deducir normas fundamentales de esta índole de la idea de los derechos humanos (designados por él habitualmente con el singular colectivo «el derecho de la humanidad»). Puede discutirse si el proyecto de Kant contiene también elementos que dependen de su época y que, contemplados desde una cierta distancia histórica, no se pueden ya dejar pasar. Entre ellos se cuentan, por ejemplo, ciertas declaraciones acerca de la pena de muerte, del derecho matrimonial, del lugar de la mujer e incluso acerca del derecho de resistencia. Sin embargo, debería tomarse en serio la pretensión de Kant de haber desarrollado y presentado en esta obra un sistema normativo cuya aspiración sería formular las condiciones mínimas que ha de cumplir cualquier comunidad para poder elevar legítimamente la pretensión de ser

un estado de derecho. Pero este sistema normativo debe ofrecer también, al mismo tiempo, un marco conceptual que permita valorar situaciones concretas del mundo de la vida de los hombres sin perder de vista en ello la idea del derecho. Según esta idea, el derecho se entiende como «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad»[1].

Con esto queda ya claro que el derecho así entendido no se reduce precisamente a la función de tan solo representar un mínimo ético, y no se reduce a ella por la sencilla razón de que tiene que regular el comportamiento externo de los sujetos de derecho, es decir, de los hombres. El derecho puede desconectar la pregunta por la motivación subyacente a ese comportamiento, pregunta que es central para la ética, e incluso debe desconectarla. Es más, justo en esta desconexión descansa la diferencia entre legalidad y moralidad, que pertenece a los fundamentos de la filosofía práctica de Kant. Ciertamente, una de las exigencias de la ley moral formulada por Kant en el imperativo categórico es que el hombre conviva con sus semejantes en un orden jurídicamente constituido. Pero, desde luego, de ahí no se sigue que todo lo que la ley moral exige del hombre pueda, por decirlo así, fijarse por escrito al mismo tiempo como deber jurídico. Al contrario, no respetar los límites determinados por la idea del derecho y tratar de dirimir ante el *forum externum* de la legalidad aquello que por su propia naturaleza ha de quedar reservado al *forum internum* de la moralidad puede conducir, precisamente, a una perversión del orden jurídico. En el sentido de una muy citada formulación kantiana, el problema de establecer un orden jurídico puede ser resuelto hasta por un pueblo de demonios. Esto es posible porque el derecho prescinde enteramente de las intenciones[2] y de las motivaciones del agente, y esta restricción sigue siendo válida incluso si se tiene en cuenta que ya la mera existencia del ordenamiento jurídico puede ser un factor de motivación que influya eficazmente en el obrar humano. Ahora bien, sin duda no se trata de que Kant vea en la sociedad humana exactamente un pueblo de demonios. Pero, en todo caso, el hombre sigue siendo para Kant un ser hecho de una madera tan torcida que de él nunca podrá salir algo recto.

Cuando se habla de la filosofía del derecho de Kant, la mayoría de las veces se piensa en esta teoría iusnaturalista de la *Metafísica de las costumbres* dedicada al desarrollo de normas jurídicas fundamentales. Por nuestra parte debía aludirse a ella sólo para dejar claro que es justo lo que no se tematizará en estas páginas, pues esta teoría

1. VI, 230. Como es costumbre, las citas de Kant se presentan según la Edición de la Academia, la *Crítica de la Razón pura* según las dos ediciones originales y las *Reflexiones* según la numeración continua de Adickes.
2. Adoptamos la traducción de *Gesinnung* por «intención», propuesta en su día por Manuel G. Morente, y asumida por traductores posteriores como Felipe M. Marzoa o Roberto R. Aramayo. Se trata de un término que tiene un sentido técnico y que ocupa un lugar estructural en la filosofía práctica kantiana. No se trata, por tanto, de las «intenciones» en el sentido ordinario de los propósitos o fines a los que se encamina la acción, sino más bien de la disposición o actitud que subyace al obrar humano en su relación con la ley. A tal actitud de fondo alude la diferencia, crucial en la filosofía moral de Kant, entre que una conducta sea meramente *conforme al deber* y o *por deber*. (N. del T.)

de las normas supremas y de su fundamentación representa en realidad sólo uno de los planos de la filosofía kantiana del derecho. Pero, de manera análoga a lo que ocurre en la ética, también esta filosofía conoce todavía otro plano. Un plano que contiene, por así decir, un estrato profundo cuya existencia suele pasarse por alto, presumiblemente, porque Kant siempre se limitó a referirse a él en indicaciones dispersas, pero nunca lo abordó en un contexto sistemático. Se trata aquí de un conjunto de preguntas que se plantean cada vez que las normas jurídicas, comoquiera que hayan sido formuladas y fundamentadas, deben aplicarse al caso particular concreto. Por lo pronto, cabría suponer que con esto se designa un círculo de problemas de carácter más bien subordinado. Pues podría parecer que, si están ya disponibles normas claramente formuladas y concluyentemente legitimadas, no haría falta más que subsumir el caso particular en cuestión bajo la norma pertinente para regularlo correctamente. Si en un Estado de Derecho lo único que se exige a las instancias competentes es decidir sobre cada caso particular por medio de una subsunción bajo normas dadas que reclaman para sí validez general, entonces la vinculación del poder judicial, pero también de la administración, al derecho y a la ley parece no demandar ninguna aportación configuradora y, desde luego, ninguna creadora.

Sin embargo, Kant sabía por qué tales subsunciones plantean muy a menudo problemas cuya solución no es en absoluto trivial. Y, por lo demás, esto es algo que, como *factum*, resulta familiar a cualquiera que se ocupe de este tipo de cuestiones. Pues como nunca puede haber una norma capaz de aplicarse y hacerse vigente a sí misma, se requiere siempre, por necesidad conceptual, una instancia que ejecute la subsunción precisa para aplicar la norma. Y esta instancia nunca puede ser una figura ideal que tenga ella misma el estatus de norma. Tiene que ser una persona real, y a ella corresponderá la tarea de establecer un puente que salve el hiato entre la norma general y el caso particular. De qué modo y en qué condiciones pueda hacerse esto es uno de los temas cuyo tratamiento cae en el ámbito de competencia de la filosofía del derecho del «plano inferior». A este plano se podría adscribir también gran parte de lo que hoy no se clasificaría como filosofía del derecho, sino más bien como metodología de la ciencia jurídica. No obstante, cómo se designe a los ámbitos de competencia tiene en este contexto una importancia a lo sumo secundaria, siempre y cuando se esté de acuerdo en que los problemas a los que uno se enfrenta aquí no tienen en ningún caso, tampoco desde el punto de vista filosófico, menor peso que las cuestiones ligadas a la búsqueda y la legitimación de una norma fundamental.

Para el intento de solucionar estos problemas, el provecho que puede extraerse de la teoría moderna de la ciencia y de sus resultados tiene solo un alcance muy modesto. Esto se debe, sobre todo, a que la actual teoría de la ciencia se orienta de manera totalmente unilateral en los métodos y los problemas de las disciplinas teóricas. Estas disciplinas se esfuerzan por descubrir estados de cosas y por fundamentar conocimientos acerca de ellos. Pero por lo demás puede tratarse de conocimientos con grados de generalidad muy diferentes. Lo que tales disciplinas ya no consideran problema suyo es controlar

el uso que se haga de sus resultados (sean cuales sean los contextos en que esto ocurra). Frente a todo ello, la ciencia jurídica es una ciencia práctica, como lo es también la medicina. Ahora bien, no es práctica porque necesite ejecutar operaciones materiales, sino por otra razón, a saber, porque llegar a formular proposiciones universalmente válidas, tengan un estatus descriptivo o normativo, no es el fin último de su trabajo. Pues tales resultados nunca cumplen en ella otra función que la función auxiliar de ser empleados para posibilitar una regulación de estados de cosas singulares y situaciones concretas que sea susceptible de considerarse legítima. En una disciplina práctica, tales hechos singulares no son sólo objetos de conocimiento sino también, y ante todo, de transformación y configuración. En efecto, toda acción se ejecuta siempre en la situación concreta del correspondiente caso particular. Por tanto, no puede haber un actuar en general. El teórico está autorizado, aunque no obligado, a retirarse y permanecer en el plano de lo general y, por tanto, a desentenderse (siempre de manera provisional) del caso particular. Sin embargo, el responsable de una disciplina práctica no puede dominar con la sola ayuda de una teoría la multiplicidad de casos particulares concretos a los que se enfrenta. Este es también uno de los motivos que llevaron a Kant a no presentar su filosofía del derecho con el título de «Metafísica del derecho», sino con el de «Principios metafísicos de la doctrina del derecho»: que a la multiplicidad de los casos particulares no llega ningún sistema[3].

Una disciplina científica es entonces práctica precisamente cuando su auténtica meta consiste en establecer, para cada caso particular, el puente que salve el hiato presente entre lo general y lo particular; asunto éste en el que es indiferente si ello requiere o no alguna manipulación de objetos. No puede nunca renunciar a regular los casos particulares, pues entonces no sería nada más que teoría. Pero tampoco puede renunciar a lo general, pues la práctica no puede sumergirse ciega e irreflexivamente en la variedad de lo particular, sino que lo particular debe contemplarse y valorarse desde el punto de vista de lo general (por ejemplo, desde una norma). No denominamos práctica «a cualquier manipulación, sino sólo a aquella realización de un fin que sea pensada como el cumplimiento de ciertos principios del proceder representados con universalidad»[4]. Por lo tanto, resulta claro por qué se necesita una instancia intermedia que enlace, por un lado, la norma o regla general y, por el otro, el caso particular. En Kant, esta instancia mediadora se presenta bajo el nombre de «facultad de juicio»[5]. Se trata de una capacidad

3. Cf. VI, 205.
4. VIII, 275.
5. Se traduce el término alemán *Urteilskraft*, que Kant emplea para hacer referencia a la capacidad racional de mediar entre lo universal y lo particular, por la expresión «facultad de juicio». Como es habitual, el término *Urteil*, que designa tanto el acto como el producto concreto de la actividad de dicha facultad, se vuelca con el vocablo «juicio». En páginas posteriores, Wieland hace referencia a las dos funciones de la «facultad de juicio» tal como Kant las distingue en la *Crítica de la facultad de juicio*, a saber, disociando la noción de esta facultad misma en dos sentidos, *bestimmende Urteilskraft* y *reflektierende Urteilskraft*. Traducimos estas expresiones por «facultad de juicio determinante» (*bestimmende Urteilskraft*) y «facultad de juicio reflexiva» (*reflektierende Urteilskraft*), para evitar formulaciones demasiado complejas como

usada por doquier allí donde debe subsumirse algo individual bajo algo general, ya sea esto general una norma o una regla (usada también, pues, para la realización concreta del derecho). Kant aborda la facultad de juicio en una serie de lugares, y ante todo naturalmente en la tercera *Crítica*, la *Crítica de la facultad de juicio*. Pero precisamente es muy poco lo que esta obra aporta de forma directa a la comprensión de la función y la tarea de la facultad de juicio en el derecho. Debemos, pues, atenernos por ahora a otra serie de pasajes en los que se trata –más bien incidentalmente– la facultad de juicio y su función.

En la *Crítica de la Razón Pura*, al comienzo de la «Analítica de los principios» (también denominada por Kant «Doctrina trascendental de la facultad de juicio») se presenta una reflexión referida a la facultad de juicio en general: «Un médico, un juez o un conocedor de los asuntos del Estado puede tener en la cabeza muchas y muy hermosas reglas sobre patología, derecho o política, hasta el punto de poder ser un maestro profundo en su materia, y, sin embargo, tropezar fácilmente al aplicarlas; bien sea porque le falta la facultad natural de juicio (aunque no le falte entendimiento) y, a pesar de comprender lo general *in abstracto*, no sabe distinguir si un caso concreto cae bajo tales reglas; bien sea porque no se le ha adiestrado suficientemente para este juicio con ejemplos y prácticas efectivas»[6]. Esto mismo se dice con otras palabras en un pequeño ensayo de los años 90: «Puede haber teóricos que nunca en su vida serán capaces de convertirse en prácticos, porque carecen de la facultad de juicio; tal es el caso, por ejemplo, de médicos o juristas que han hecho bien sus estudios pero no saben cómo conducirse a la hora de dar un consejo»[7].

Así pues, en la jurisprudencia[8] en tanto que disciplina práctica hace falta siempre una instancia que juzgue para poder aplicar correctamente reglas y normas generales a casos particulares. Naturalmente, esto no implica que las ciencias teóricas puedan renunciar completamente a la ayuda de la facultad de juicio. Pero en ellas la facultad de juicio nunca ocupa el lugar central que debe reconocérsele en las disciplinas prácticas. Existen razones para esto fácilmente comprensibles. Así, todas las ciencias teóricas ostentan, al menos idealmente, una peculiar soberanía sobre los objetos de los

«facultad de juicio en su función determinante» o «facultad de juicio en su función reflexionante». Se han realizado otras propuestas para traducir el término *Urteilskraft* (como la de Roberto R. Aramayo, que emplea el término «discernimiento»), pero aquí empleamos la fórmula «facultad de juicio» con el fin de subrayar dos aspectos fundamentales: en primer lugar, que se trata de una *capacidad* racional, por oposición a los juicios particulares, y, en segundo lugar, que es precisamente la capacidad que se pone en juego en el ámbito *jurídico* y que, en consecuencia, es preciso investigar si se quiere comprender el trabajo del juez y la actividad que, en un Estado de derecho, le corresponde al poder judicial. (N. del T.)

6. A 133/B 173.
7. VIII, 275.
8. Aquí «jurisprudencia» traduce el alemán *Jurisprudenz*, que no hace referencia a la doctrina sentada por los tribunales en sus sentencias, sino a la disciplina que cultivan aquellos que se dedican al derecho. Aunque no es su significado habitual en castellano, volcamos así la expresión debido a que la traducción alternativa («ciencia del derecho») prescinde de la raíz latina *prudentia* y, por tanto, oscurece la tesis que trata de sostener aquí Wieland, a saber, que el derecho es ante todo una ciencia práctica. (N. del T.)

que se ocupan y a los que dirigen sus intenciones. Pues es la ciencia misma la que aquí elige sus objetos, plantea las preguntas y formula los problemas; ella misma desarrolla también los métodos y decide sobre su aplicación. En las disciplinas prácticas las cosas son diferentes. Los problemas que el jurista (al igual que el médico) debe resolver se plantean desde el exterior, y por lo pronto siempre en forma de casos particulares en situaciones concretas. Así que precisamente el juez carece de libertad para decidir de qué problemas y por tanto de qué casos particulares quiere ocuparse y de cuáles no. La independencia que se le reconoce en un Estado de Derecho digno de tal nombre en lo relativo al contenido de su sentencia tiene como contrapartida la obligación de pronunciarse sobre el caso que se le presenta y de no poder simplemente desestimarlo. Pues un ordenamiento jurídico pretende siempre que, al menos idealmente, sus normas cubran la totalidad de casos y problemas, reales o imaginables, que se le presenten en su ámbito de aplicación. Ya se trate de un sistema de derecho natural o de un sistema de derecho positivo, en cada caso se dispone sólo de un número limitado de normas, que proporcionan un número finito de notas constitutivas del tipo, para regular un número inmensamente grande (a efectos prácticos incluso potencialmente ilimitado) de casos particulares, cada uno de ellos diferente al resto, tanto más cuanto que en la realidad cada caso particular presenta un número inagotable de notas características propias.

De esta índole son las situaciones en las que se exige a la facultad de juicio que refiera uno a otro, mediante la operación de subsunción, dos elementos no sólo diferentes en su contenido, sino también categorialmente heterogéneos, como son la norma y el caso particular. Con toda seguridad, la solución de este problema resulta trivial en algunos casos particulares. Sin embargo, esto no debería engañarnos respecto de una coordinación que, catalogada bajo el nombre de subsunción, puede llevar unida toda una serie de problemas nada fáciles de desenredar. Kant fue consciente de que los casos particulares «muy pocas veces cumplen adecuadamente la condición de la regla»[9], es decir, de la regla bajo la que deben subsumirse. Por eso, para la solución de cada problema de subsunción no trivial puede hacerse necesaria una decisión, sea cual sea el modo como después se fundamente tal decisión. Pues –como señala Kant en una de sus reflexiones– una fórmula legal no puede «nunca quedar determinada de un modo tan exacto que no sea posible encontrar casos tales que, cayendo bajo la condición de la ley, lo que la ley establece no sea empero adecuado para ellos»[10].

Y con esto resulta ya claro de qué tipo son las dificultades que surgen en el intento de realizar una subsunción, y cuán virulentas pueden llegar a ser. Pues las subsunciones no triviales son precisamente esa clase de subsunciones en las que no basta con limitarse a conectar un caso particular, dado pretendidamente de manera unívoca, y una norma, asimismo dada pretendidamente de manera unívoca. Pero por

9. A 134/ B 173.
10. R, 430.

regla general tampoco se trata de que, para una norma dada, haya de empezar por buscarse un caso particular que se acomode a ella; algo así se pide a lo sumo, ocasionalmente, con fines didácticos. La situación que desafía a la facultad de juicio de los juristas se caracteriza más bien por la necesidad de empezar por buscar y encontrar, para el caso particular sobre el que se solicita del jurista una decisión o un consejo, la norma o normas que permiten realizar una subsunción justificable. Precisamente en la resolución de este problema consiste la aportación propiamente productiva de la facultad de juicio; y respecto de esta aportación la facultad de juicio no puede delegar. En la introducción de la *Crítica de la facultad de juicio*, Kant ha distinguido también terminológicamente sus problemas: «La facultad de juicio, en general, es la capacidad de pensar lo particular como contenido en lo universal. Si lo universal ([…] la ley) está dado, la facultad que le subsume lo particular […] es la facultad de juicio *determinante*. Pero si sólo está dado lo particular, para lo que debe encontrar lo universal, entonces la facultad de juicio es meramente *reflexiva*»[11]. Uno no debería dejarse confundir por este «meramente», pues en ningún caso tiene significado peyorativo. Al contrario: la facultad de juicio reflexiva se enfrenta al problema más difícil de dominar. Que se la llame «meramente» reflexiva es sólo porque la facultad de juicio determinante no puede entrar en acción hasta que la facultad de juicio reflexiva ha cumplido su tarea. En consecuencia, la facultad de juicio determinante presupone la reflexiva, y no a la inversa. Así, el auténtico núcleo de la actividad de la capacidad de juicio viene marcado por su facultad reflexiva. Primero debe encontrarse la norma legal correspondiente y apropiada y después, pero sólo después, la consiguiente subsunción es ya solo, en la mayoría de los casos, la solución de un problema trivial. Sin embargo, no resulta trivial encontrar exactamente la norma apropiada para la regulación del caso particular que se le presenta a uno.

Con esto se plantea inmediatamente la pregunta de si existe algún hilo conductor al que pueda atenerse la facultad de juicio cuando afronta sus problemas y quiere hacerles justicia. Por lo pronto podría suponerse que la facultad de juicio recabará sobre todo la ayuda de la Lógica. Kant, sin embargo, descarta inmediatamente esta posibilidad: «La lógica general no incluye absolutamente ningún precepto destinado a la facultad de juicio, ni puede incluirlo. Pues, como hace abstracción de todo contenido del conocimiento, no le queda otra tarea que administrar […] las reglas formales de todo uso del entendimiento. Sólo mediante una nueva regla podría esa lógica mostrar en general cómo subsumir bajo tales reglas, es decir, cómo distinguir si algo cae o no bajo ellas. Ahora bien, esa nueva regla exigiría a su vez, precisamente por ser una regla, una instrucción de la facultad de juicio»[12]. Esto significa, pues, que para la aplicación de reglas no cabe indicar reglas de nivel superior sin que, con respecto a ellas, nos encontremos inmediatamente envueltos de nuevo en un problema de aplicación en el siguiente nivel

11. V, 179.
12. A 132/ B 171.

superior. Lo mismo vale, naturalmente, para la aplicación de normas. Pues, siguiendo la interna consecuencia de este razonamiento, preguntarse por las normas que regulan la aplicación de normas conduciría a un regreso al infinito. También en el ámbito jurídico, el práctico tiene que decidir para cada caso particular que se le presenta si es caso de una determinada regla o no. Pero tanto para él como «para la facultad de juicio es imposible dar siempre de nuevo reglas […] conforme a las cuales tenga que regirse en la subsunción (porque hacerlo llevaría a un *regressus in infinitum*)»[13]. Sin duda, esto no excluye la posibilidad de emplear sistemas multinivel en los que la misma elaboración y aplicación de las normas se regule con la ayuda de normas de aplicación. Es más: ningún sistema jurídico diferenciado que sea apto para funcionar puede prescindir de un repertorio seguro de reglas de interpretación y de normas de aplicación para la interpretación de sus normas. Pero de esta manera solo se posibilitan soluciones pragmáticas. En todo caso, las soluciones de principio están excluidas por el regreso al infinito asociado al problema de la aplicación.

De ahí que, en último término, nunca pueda legitimarse por aplicación de una regla, y con una certeza tal que excluya toda duda posible, la coordinación de norma y caso particular. El mencionado regreso al infinito también proporciona, en consecuencia, un indicio de que la actividad de la facultad de juicio no puede nunca ser operacionalizada sin resto. Claro que, a menudo, esta facultad también puede servirse de la ayuda de cálculos. Pero la facultad de juicio misma no puede ceder su competencia a ningún cálculo. Se podría incluso sospechar que posiblemente haya de reconocerse aquí un punto débil de la facultad de juicio, en tanto que su actividad no puede ser controlada de un modo definitivo y completo. Y por eso, en cuestiones de coordinación de caso particular y norma no tiene sentido querer perseguir el fantasma de una seguridad perfecta mediada, verbigracia, por demostraciones exactas. Donde se requieren las prestaciones de la facultad de juicio, estamos siempre abocados a aceptar un resto de inseguridad con el que tenemos que convivir. Si esta inseguridad no existiera y no hubiera, por lo tanto, necesidad de minimizarla, sería difícilmente comprensible por qué ordenamientos jurídicos diferenciados contemplan la existencia de una vía de instancias para la revisión de sentencias judiciales, que abre la posibilidad de modificar y revocar las sentencias, o de volver a juzgar la causa.

Ahora bien, como Kant desarrolla una teoría de la facultad de juicio, también ha de afrontar estas dificultades en el plano de los principios. La salida teórica que encuentra es sorprendentemente simple: opta por naturalizar la facultad de juicio. Aunque su actividad no puede ser operacionalizada sin resto, queda de todos modos la posibilidad de aceptarla como una capacidad perteneciente a la dotación natural del hombre. El hombre está provisto de ella, unos en mayor y otros en menor medida. Este es el motivo por el que «la facultad de juicio es un talento peculiar que no puede en absoluto enseñarse, que sólo puede ser ejercido. Por ello constituye el factor específico del llamado

13. VIII, 275.

ingenio natural, cuya carencia no puede ser suplida por escuela alguna; pues, aunque la escuela puede ofrecer a un entendimiento limitado reglas a montones, y puede (por así decir) inoculárselas, sin embargo, la capacidad de servirse de ellas correctamente tiene que hallarse en el aprendiz mismo, y ninguna regla que se le quiera prescribir con tal propósito se halla exenta del riesgo de ser usada inadecuadamente, si falta ese don natural»[14]. El estatus de la facultad de juicio adquiere todavía un perfil particular sobre el trasfondo de su contrapartida. Nos referimos al fenómeno concomitante de un déficit de dicha facultad, a lo que recíprocamente hay cuando ella falta: «La falta de facultad de juicio es, propiamente, lo que llamamos necedad y tal defecto no tiene remedio»[15]. La necedad no consiste, entonces, en una falta de conocimiento o de información, pues esta carencia puede subsanarse mediante la adquisición de los conocimientos que falten, ya que pertenece a su naturaleza que sean transferibles. Más bien, la necedad consiste en la incapacidad de manejar con sentido los conocimientos que se posean, por pobres o ricos que sean.

Esta diferencia, a la que Kant otorga un especial valor, puede aclararse mediante una distinción paralela, muy apreciada en la filosofía actual. Los conocimientos, aun cuando tengan por objeto normas o reglas, puede siempre objetivarse. Esto sucede, por ejemplo, cuando se documentan en expresiones lingüísticas y se comunican en esta forma. En esa medida, pertenecen al dominio cuya estructura proposicional puede caracterizarse en términos de *know-that*. Por el contrario, la facultad de juicio, que se limita a manejar tales conocimientos, porque primero tiene que encontrar informaciones, normas y reglas y después ha de aplicarlas, pertenece a otro tipo categorial. La facultad de juicio como tal no tiene ningún contenido, pues forma parte de las capacidades y destrezas no objetivables, es decir, pertenece a lo que hoy se resume con la expresión *know-how*. Se entiende que aquí se trata de dos formas de saber que se diferencian no tanto por el objeto al que se dirigen, cuanto más bien por la estructura y el modo en el que se proponen su contenido efectivo y posible. Los contenidos del saber de objetos pueden ser objetivados y compartidos. La facultad de juicio, en cambio, tiene el estatus de una capacidad que carece ella misma, en cuanto tal, de contenidos propios y que, no obstante, necesita contenidos, porque sólo cuando se le presentan y se pone a prueba en ellos puede acreditarse.

Pero en un contexto en que se discuten problemas de filosofía del derecho, surge una dificultad por el hecho de que Kant no presenta ninguna investigación *in abstracto* acerca de la facultad de juicio y de su modo de proceder, sino que tan solo pone a la vista algunos elementos de esta facultad y de los resultados de su actividad. Esta facultad es paradigmáticamente investigada por Kant en su *Crítica de la facultad de juicio*, tomando como ejemplo la facultad de juicio estética, que resulta accesible sobre todo en la forma del gusto. Ahora bien, no es ninguna casualidad que Kant haya elegido

14. A 133/ B 172.
15. A 133/ B 172.

precisamente este paradigma. Pues dondequiera que actúa, la facultad de juicio tiene que cooperar siempre con otras facultades (por ejemplo, con el entendimiento o con la voluntad), de manera que sólo con gran esfuerzo resulta posible hacer visible y determinar su contribución. Únicamente cuando actúa bajo la forma del gusto actúa en su pureza, y con independencia del resto de facultades de representación. Ciertamente valdría la pena elaborar una doctrina de la facultad de juicio en general a partir de los fundamentos de la «Estética» kantiana a fin de que también resulten fructíferos para un examen de aquella forma de la facultad de juicio que el jurista emplea en el desempeño de sus funciones. Pero en el presente contexto esto no resulta posible. Es una suerte, no obstante, que en estos asuntos podamos al menos atenernos a una serie de reflexiones de Kant, que se encuentran desperdigadas en el legado publicado póstumamente, y que pueden servirnos como puntos de orientación por referencia a los cuales tomar la medida a todo el terreno.

Kant ve en la facultad de juicio un talento natural, pero precisamente no en el sentido de que dicha facultad sea un hecho bruto, esto es, una dotación innata y al mismo tiempo invariable cuya existencia sólo podría ser conocida por su poseedor. Claro que la carencia de esta capacidad (carencia también denominada «necedad») es un déficit que sencillamente no puede ser compensado por nada. Pero para quien ha sido agraciado con él, ese don natural no sólo es susceptible de cultivo y desarrollo, sino que hasta está necesitado de ello. Ahora bien, a tal efecto no es transmisión de informaciones lo que se necesita, sino diferenciación y configuración de una capacidad con la que, por lo pronto, aún ha de aprender a habérselas de modo adecuado quien ha sido provisto de ella por la naturaleza. Esto sólo es posible mediante el ejercicio y su práctica repetida, y requiere ineludiblemente confrontarse con un gran número de casos particulares, bien bajo la guía de otro o bien siguiendo el principio de ensayo y error. En cualquier caso, tal ejercicio resulta siempre necesario en ausencia de una norma general que se adapte sin fisuras a todos los casos particulares y que pueda eximirle a uno de la molestia de entrenar, con la ayuda de casos particulares, su capacidad de aplicación a casos particulares. Se pueden distinguir, por tanto, dos razones por las que un juez o un médico pueden equivocarse en la aplicación de sus reglas y normas. En primer lugar, eso puede ocurrir cuando quien juzga carece naturalmente de facultad de juicio, pero también por otra parte cuando «no se le ha adiestrado suficientemente para este juicio con ejemplos y prácticas efectivas»[16]. Ciertamente, la práctica con ejemplos aguza la facultad de juicio, pero el solo conocimiento de ejemplos, por muchos que sean, no puede compensar nunca la falta de facultad de juicio donde sé da esa falta. Pues incluso como material de ejercicio, los ejemplos sólo pueden ser de ayuda por cuanto, al menos idealmente, cada uno de ellos tiene que haber sido también él, alguna vez, objeto de juicio[17]. El

16. A 134/ B 173.
17. Cf. V, 355 y A 315/B 372.

ejemplo no puede ser más que ejemplo de una norma, nunca puede empero cumplir la función de la norma misma.

En todo caso, el cultivo de la facultad de juicio mediante la práctica exige tiempo. Por ello, Kant se refiere a él también una vez como «aquel entendimiento que no llega sino con los años»[18]. En este tipo de contextos, a Kant le gusta igualmente servirse de la metáfora biológica de la madurez, sobre todo cuando, queriendo subrayar al mismo tiempo la susceptibilidad de desarrollo de la facultad de juicio, habla después de una facultad de juicio «madura», para caracterizar la meta de este desarrollo. Pero la facultad de juicio continúa siendo, en cualquier caso, una capacidad «cuyo lugar no puede ser reemplazado por un precepto general»[19].

Resulta significativo que, para Kant, la necesidad de desarrollo de la facultad de juicio y el tiempo que requiere dicho desarrollo proporcione un argumento para justificar la institución del funcionariado. Pues el funcionario del Estado sólo se encontrará «plenamente a la altura de los asuntos que se le han encomendado» y sólo contará con «esa madurez de juicio que se alcanza por el ejercicio» a condición de que haya sido preparado «durante un tiempo suficiente» para sus funciones. Este es, sin embargo, un periodo «[…] durante el cual está perdiendo el tiempo que hubiera podido emplear en aprender otro oficio, o en ejercitarse en otro tipo de actividad, que le permitiera ganarse la vida»[20].

Los estudios serios de la obra de Kant se enfrentan a un verdadero problema debido al desconcierto que causa en sus lectores su nada infrecuente generosidad en asuntos terminológicos. Puede, por un lado, distinguir el entendimiento, que ha menester de enseñanzas, de la facultad de juicio, cuyo perfeccionamiento no depende de enseñanzas, sino sólo del ejercicio. Pero también puede, por el otro, hablar del entendimiento en un sentido mucho más amplio, de tal modo que la facultad de juicio se presenta como una especial forma de manifestación de este entendimiento aprehendido en sentido lato, que en este caso abarca el conjunto de las «facultades superiores de conocimiento» (como esporádicamente las designa Kant, apoyándose en el uso idiomático tradicional que encontró dado)[21]. Asimismo, la caracterización recién mencionada de la facultad de juicio como «aquel entendimiento que no llega sino con los años» pertenece a este contexto. Pero también en este mismo sentido gusta Kant de referirse a la facultad de juicio como «sano entendimiento» o como «sana razón»[22]. Así lo formula en una reflexión: «El sano entendimiento es la capacidad de demostrar *in concreto* una prontitud general para juzgar empíricamente»[23]. Es precisamente el juez quien necesita en mayor medida esta sana razón. Acuñada en especial para su sana

18. VII, 199.
19. R, 5237.
20. VI, 328.
21. V.g. A 130/B 169.
22. Cf. V, 169; R, 444.
23. R, 433.

razón reza esta sentencia: «Cuando falta, la sana razón no puede ser sustituida por la especulativa; pues descansa en la capacidad de reparar en muchas circunstancias que no pueden subsumirse bajo otras tantas reglas»[24]. Resulta evidente aquí que se trata exactamente de la capacidad a la que Kant se refiere en otros textos con el nombre de «facultad de juicio».

No cabe duda de que se malinterpretaría a Kant si, en virtud de estas tesis, se le considerara un partidario del *case law system*[25] o un representante de concepciones como las sostenidas, verbigracia, por la Escuela de Derecho Libre. Y, sin embargo, no debería obviarse el modo como Kant acentúa la irreductibilidad del caso particular en su carácter singular. Ese caso puede siempre hacer valer su singularidad frente a la generalidad de la norma determinada para su regulación. Aquí puede reconocerse incluso un rasgo específico que caracteriza a la jurisprudencia como una disciplina práctica *sui generis*: «Es también notable que ninguna ciencia fundada en la razón necesite tanto la pluralidad de casos en los que poner a prueba *in concreto* las reglas como la ciencia del derecho»[26]. Se trata de algo notable porque los conocimientos propios de esta disciplina pretenden ser conocimientos racionales. Pero la razón tiene que orientarse siempre en algo universal. Hay que tener en cuenta, además, que la tarea no es unilateral: no solo se enjuician los casos particulares sobre la base de reglas normativas. Recíprocamente se está diciendo que, a la inversa, también las reglas han de ser puestas a prueba en los casos concretos. Kant aduce la siguiente razón: «El derecho es el único conocimiento racional en el que la regla se conoce con mayor seguridad *in concreto* mediante el entendimiento común que *in abstracto*, más aún: [conocida solo *in abstracto*] la regla arruina el juicio [racional sobre el derecho]»[27]. Aquí queda claro que la pretensión de generalidad de la norma no puede sacrificarse de ninguna manera en beneficio de la concreción y singularidad del caso particular. Al contrario: el trato correcto con el derecho pone de manifiesto la necesidad de normas generales que, ciertamente, tienen la peculiaridad de que su esencia sólo puede conocerse en referencia al caso concreto. Mas las normas generales nunca pueden formularse de forma tal que se adapten sin resto a cada caso particular que entra en su ámbito. Así que, desligada de este caso particular, la norma permanece siempre en estado de fragmento, porque ella sólo muestra su contenido íntegro allí donde es aplicada adecuadamente con la ayuda de la facultad de juicio. Pero eso nunca puede ocurrir más que en un ejemplo.

Ahora bien, desde aquí también es posible comprender mejor la doctrina de Kant acerca del derecho positivo y de la legislación. Las leyes del derecho positivo son ciertamente normas con pretensión de validez general, pero debido a su carácter abstracto (desligado del caso particular) su vigencia no puede ser nunca más que provisional. En

24. R, 444.
25. También llamados sistemas de *common law*, por oposición a los sistemas jurídicos continentales. (N. del T.)
26. R, 430.
27. R, 430; cf. R, 432.

todo caso, en el proyecto iusnaturalista presentado en la *Metafísica de las Costumbres*, Kant está muy lejos de contemplar al mismo tiempo una norma suprema positiva que, en caso de necesidad, pudiera también elevar una pretensión de imponerse coactivamente. Sin duda vale, por una parte, el principio según el cual «en todo caso dado (cuando el *factum* está bien establecido) es más fácil decidir qué es de derecho sin acudir a fórmulas legales que sirviéndose de alguna»[28]. Pero este es sólo un pensamiento posible que, aunque justificable, resulta sin embargo de poca ayuda para el jurista en su trabajo diario. Bajo las condiciones del mundo real, el derecho necesita siempre la publicidad exterior, es decir, una «norma permanente y accesible a cualquiera»[29] que haya sido sancionada por el gobierno o por un legislador positivo. El derecho necesita la legislación positiva, para empezar, porque sin ella el individuo no sabría a ciencia cierta a qué atenerse para orientar su acción exterior ni qué puede esperar de la acción del otro. Aun así, siempre subsiste todavía para él una incertidumbre que se basa en el hecho de que la norma general y el caso particular nunca concuerdan exactamente. Por eso, Kant también manifiesta su comprensión para con «la queja de los juristas de que es poco menos que vana la esperanza de una norma de la administración de justicia determinada con exactitud (*ius certum*)»[30], pues, muy a su pesar, en el caso particular ni siquiera el mejor jurista puede nunca garantizar a su cliente, con seguridad última y excluyente de toda duda, cómo se resolverá un litigio. Pero el derecho también necesita de normas sancionadas por un legislador positivo, en segundo lugar, porque a falta de ellas difícilmente podría hacerse valer y respetar, y en caso de necesidad imponerse incluso contra la voluntad opuesta de quienes le están sujetos. En el mundo real las normas del derecho natural no están por encima del derecho positivo; no es posible hacerlas valer contra este derecho en sede judicial. Incluso normas legitimadas por el derecho natural tienen que (también por razón de seguridad jurídica) ser sancionadas por un legislador positivo para valer como leyes en el mundo real. «De ahí […] que el profesor de derecho no saca las suyas [sus doctrinas] del derecho natural, sino del *código civil*»[31] y que «el *jurista* conocedor de los textos busca las leyes que aseguran lo *mío* y lo *tuyo* […] no en su razón, sino en el código hecho público y sancionado por las más altas instancias»[32]. Es sobre todo desde el punto de vista de la seguridad jurídica desde el que pueden justificarse, incluso, desviaciones del derecho positivo respecto del derecho natural[33].

Así pues, la gran cantidad de casos particulares que se presentan reclamando una decisión sólo puede regularse poniendo a la base normas positivas formuladas en un código legal. Y, en consecuencia, quien aplica el derecho tiene que acreditar justo aquí

28. R, 430.
29. VII, 22.
30. VII, 25.
31. VII, 23.
32. VII, 24.
33. Cf. VI, 297 y ss.

su facultad de juicio, sobre todo porque apenas encontrará una norma que le permita cubrir sin lagunas un caso particular, pues mientras que las normas contienen un número limitado de notas definitorias del tipo, los casos concretos ofrecen una cantidad prácticamente ilimitada de notas con las que caracterizarlos. Por tanto, subsiste siempre el peligro de que se hagan un mal uso de una norma o una regla cuando ésta es aplicada por una instancia que no pone en juego una facultad de juicio madura: «Ninguna regla […] está libre del riesgo de abuso»[34]. También todo legislador debe ser consciente de esto. Es parte de su trabajo formular las normas de tal modo que no den facilidades a ningún posible abuso, aunque sea imposible inmunizarlas frente a él: «Una ley de la que puede abusarse con facilidad parece injusta»[35]. Pero el riesgo de un posible mal uso no es nunca enteramente eliminado ni siquiera por la más cuidadosa formulación de una norma legal. Por ello, la aplicación de una norma legal positiva precisa siempre, en último término, de la ayuda de la facultad de juicio. En cualquier caso, la posibilidad del abuso, que resulta imposible neutralizar completamente, está prefigurada ya por el hiato que separa la norma general abstracta del caso particular, un hiato para el que no hay puente que no deje fisuras.

La subsunción de un caso particular bajo una norma suele ser tan solo el acto final de un proceso de múltiples partes en el que no sólo la norma sino también el caso particular se somete a una interpretación. En este proceso resulta necesario empezar por examinar las normas, atendiendo a la cuestión de si siquiera resultan aplicables a la regulación del caso que se ha presentado esta vez. Y esto, a menos que sea totalmente trivial, nunca está por así decir escrito en la frente del caso que se trata de regular. Así que, justo por esta razón, se necesita también esa capacidad que Kant designa con el nombre de «facultad de juicio reflexiva». Claro está que la facultad de juicio reflexiva tampoco puede nunca desentenderse sin más de un sistema normativo dado. Precisamente por eso no le es lícito sustraerse a la tarea de decidir qué norma pone a la base de la regulación del caso en cuestión –en especial allí donde *prima facie* compiten varias normas–, y de justificar la decisión. Una situación de esta naturaleza se presenta ya, por ejemplo, cuando, ante la existencia de incongruencias moderadas entre la norma y el caso particular, el jurista tiene que decidir valiéndose de su facultad de juicio si aplica la norma *per analogiam* o si debe hacer de ella el fundamento de una decisión tomada a partir de un *argumentum a contrario*.

Kant ha esbozado una serie de ejemplos de situaciones análogamente graves que reclaman una decisión de la facultad de juicio. No obstante, esto no ocurre en su filosofía del derecho, sino en los *Principios metafísicos de la doctrina de la virtud*, es decir, en la segunda parte de la *Metafísica de las costumbres*. Aquí, algunos parágrafos que tratan los deberes morales más importantes del hombre van acompañados de corolarios dedicados a la discusión de problemas casuísticos. Estos corolarios muestran, por

34. A 133/ B 172.
35. R, 196.

lo demás, cómo Kant supo combinar su rigorismo en el plano de los principios con una cierta liberalidad en la aplicación de las normas morales. Sirva de ejemplo una doctrina de Kant cuya comprensión ha planteado desde siempre notables dificultades, a saber, la prohibición (cierto que no jurídica, sino moral) de la mentira. Como es bien sabido, no es la prohibición como tal lo que a menudo ha suscitado extrañeza, sino la tesis de que ni siquiera en casos especiales y excepcionales puede permitirse en absoluto la modificación de esa prohibición por ningún tipo de regla excepcional. Por lo demás, de este conflicto pueden extraerse también argumentos modélicos para la pugna que existe entre los defensores de la ética de las convicciones y los de la ética de la responsabilidad, que debaten en torno a si –y, en su caso, de qué manera– al prever actuar en un contexto normativamente definido, y al decidirse en favor o en contra de la realización de esa acción, deben tenerse en cuenta las consecuencias que ésta acarreará con certeza o con cierta probabilidad.

Kant se pregunta: «¿Puede una no-verdad por pura cortesía (por ejemplo, la fórmula «Su seguro servidor que besa su mano» al final de una carta) ser tenida como una mentira? A nadie se le engaña con ella. Un autor pregunta a un lector: «¿Le gustó mi libro?» La respuesta podría consistir en alguna ocurrencia con la que uno bromease escabulléndose de lo comprometido de esa pregunta; pero, ¿quién tiene siempre tan a punto tal ocurrencia? La mínima demora en dar la respuesta es ya una humillación para el autor; ¿es lícito, entonces, decirle a éste lo que quiere oír?»[36]. Ante semejantes preguntas casuísticas Kant no ofrece, desde un punto de vista formal, ninguna respuesta definitiva, aunque sí parece sugerirla al menos. Pero, de todos modos, no se trata de una respuesta que abogue por la validez de alguna suerte de derecho de excepción relativo a la situación que se plantea en cada caso. Ahora bien, el sentido de esas preguntas no reside en absoluto en conducir a una respuesta clara e indubitable. Su objetivo principal consiste en aguzar la conciencia de las razones por las que la competencia de una determinada norma para regular un caso particular permanece, en ocasiones, ambigua y, en consecuencia, dudosa; razones que, por cierto, no tienen por qué localizarse en la norma misma si ya las alternativas posibles de descripción e interpretación del caso mismo no permiten una solución inequívoca. Tales situaciones pueden darse, en el sentido de los ejemplos de Kant, precisamente cuando se emplean fórmulas de cortesía para suavizar la comunicación cotidiana. Asimismo, las formas de cortesía habituales hoy rara vez se entienden en la situación concreta exactamente como correspondería a su significado literal. Pero de ello no se sigue forzosamente que quien se sirve de semejantes fórmulas de cortesía miente. Tales fórmulas sólo cumplen su cometido dentro de un sistema funcional en el cual todos los participantes han llegado siempre ya, de manera tácita, a un acuerdo en torno al sentido y el contenido de determinadas reglas de juego. Por tanto, todo participante sabe por qué declaraciones de esta clase no deben entenderse precisamente en su sentido literal.

36. VI, 431.

Así pues, quien sigue las reglas del juego ni engaña a nadie ni se verá engañado por el comportamiento de su interlocutor. Por supuesto, tales reglas del juego no se hallan exentas de toda crítica. Pero quien las sigue no adopta de ninguna manera la conducta de un mentiroso, pues la norma que en principio parece regir para tales casos no es, bien mirado, apta para regularlos.

En esta casuística Kant emplea por tanto un método de exhaución. Su aplicación a casos litigiosos, poco claros o dudosos no conduce de ningún modo a la relativización de la norma ni a la fundamentación de un derecho de excepción. Se ubica, pues, en un lugar muy distinto, a saber, en la cuestión de la necesidad de interpretar los casos a los que se aplica una norma. Así, dicho procedimiento permite soluciones pragmáticas sin imponerlas, ya que deja margen para una discrecionalidad justificable. Esto es válido a la hora de habérselas con el problema de la mentira y también para habérselas con los otros grupos de casos tratados por Kant, entre los que figuran, por ejemplo, el suicidio, cuestiones de sexualidad, el modo de conducirse con el dinero y los bienes, etc. Sin embargo, las preguntas casuísticas de Kant sólo deben servir de ejercicio[37], pues si algo no ofrecen es una doctrina general *in abstracto*. Pero como ejercicio estos estudios de caso son sumamente útiles, porque sólo con su ayuda puede una facultad de juicio diligente en el cumplimiento de sus funciones ejercitar adecuadamente su competencia en la regulación del respectivo dominio material de cuestiones.

Cuando se trata de analizar las situaciones que, dentro del ámbito jurídico, hacen necesaria la actuación de la facultad de juicio, no puede uno limitarse a los casos que tan solo exigen de ella preparar la subsunción del caso particular bajo las normas de un ordenamiento jurídico positivo. Es cierto que todo jurisperito permanece vinculado a las normas de las leyes positivas, y que no tiene derecho a alterarlas o modificarlas a su antojo. Pero, en otro plano, también las normas de derecho positivo requieren una evaluación que sólo una facultad de juicio cultivada está en condiciones aportar. Por supuesto, esto ya no es una cuestión propia de la praxis jurídica cotidiana. La facultad de juicio que aquí se necesita es la del legislador, que también ha de servirse de ella en beneficio de su tarea. Y así será siempre que comprenda que «las leyes […] no pueden hacer otra cosa que administrar el derecho que los hombres demandan naturalmente»[38].

En esta parte de su filosofía jurídica de la facultad de juicio (también escasamente documentada y transmitida), Kant pone en juego una teoría *de lege ferenda* dirigida al legislador. Éste debe tener en cuenta que el hiato entre la norma y el caso individual, para el que no hay forma de establecer un puente que lo supere del todo, implica también *de facto* que, según la cosa misma –y aunque ello no sea así para el jurisperito–, las normas de una ley positiva no pueden pretender nunca sino una legitimidad provisional. Esto se refleja ya en el hecho –digno de resaltarse en el plano empírico– de que, sin

37. Cf. VI, 411.
38. R, 430.

excepción, todo derecho positivo se encuentra sometido a cambios. Y ello no se debe a una carencia del derecho positivo que pudiera solucionarse con ayuda de una legislación adecuada. Como es sabido, y ya se ha mencionado, siempre pueden encontrarse casos tales que «cayendo bajo la condición de la ley, lo que la ley establece no es sin embargo adecuado para ellos»[39]. Por supuesto, la tarea del jurisperito consiste por lo pronto en allanar las incongruencias que se presentan en el caso concreto. Pero a esta tarea no está llamado sólo quien tiene que aplicar del derecho. A la vista de tales incongruencias se impone otra forma de afrontar el problema: «por esta razón los efectos de una misma ley en distintos casos debieran contemplarse como otras tantas puestas a prueba, con arreglo a las cuales esa ley ha de ser examinada, desechada o determinada. En caso contrario, habrán de añadirse siempre limitaciones constitutivas de tal cantidad de excepciones que la ley dejaría de ser una regla general»[40].

Así que todo derecho positivo está abocado a perfeccionarse, no sólo por el cambio constante en las condiciones de vida del mundo real, sino por la sencilla razón de que toda norma general necesita aplicarse. Incluso las codificaciones del derecho positivo –y especialmente ellas–, aunque concebidas para el largo plazo, tienen con frecuencia una vida relativamente corta, en contra de los deseos y las intenciones de sus autores. Las codificaciones también suelen verse modificadas constantemente en contenido y carácter, ya sea explícitamente a través de enmiendas o disimuladamente mediante las modificaciones, más bien subliminales, que introduce la praxis jurídica al ocuparse de los casos particulares. Vale, pues, el principio según el cual «[…] los códigos mundanos han de permanecer sometidos al cambio en cuanto la experiencia brinde nuevos o mejores considerandos»[41]. Como todo aquello con lo que los hombres vinculan la pretensión de corrección, también la ley se encuentra siempre expuesta al riesgo del error: «Sin embargo, todos los estatutos del gobierno, por cuanto provienen de los hombres o, cuando menos, son sancionados por ellos, permanecen siempre expuestos al peligro del error o de tener efectos contrarios a sus fines»[42]. Este enunciado todavía no se refiere para nada al problema de la posible existencia de leyes injustas, es decir, de normas jurídico-positivas que están en contradicción con la idea del derecho (con el «derecho de la humanidad»). Aquí se alude solo al hiato que se hace visible en un nivel mucho más elemental: cuando el legislador ha de reconocer que la norma jurídica sancionada por él no realiza, al ser aplicada, el objetivo que pretendía alcanzar con su ayuda. El legislador tiene que estar preparado para tales experiencias, porque toda ley positiva, dicho en términos kantianos, pertenece asimismo al mundo de los fenómenos y está sometida, por tanto, a enjuiciamiento empírico. Al igual que todo hombre aprende de la experiencia (y principalmente de ella), también un sistema jurídico positivo permanecerá

39. R, 430.
40. R, 430.
41. VII, 25.
42. VII, 33.

sujeto al cambio en virtud de las experiencias realizadas con él, incluidas también las experiencias propiciadas por ese sistema mismo, con independencia de si el legislador las espera o no.

La teoría iusnaturalista de las normas supremas y de su fundamentación orientada en el derecho de la humanidad, que habitualmente se considera lo esencial de la filosofía kantiana del derecho, puede con toda razón afirmar la posición sistemáticamente central que Kant le ha asignado. Pero esta fundamentación normativa constituye tan solo, por así decir, el techo bajo el que se oculta todavía una multitud de problemas cuya solución no está al alcance de las solas normas. En cambio, la filosofía kantiana del derecho que se vuelve a la facultad de juicio, la filosofía del derecho del plano inferior, puede todavía hacer justicia a una dimensión muy distinta de las cosas, a saber, a la dimensión en que aparecen los problemas ligados a la aplicación de las normas. Estos surgen allí donde las normas, sea cual sea su contenido, tienen que concretarse. Hay siempre un número finito de normas bajo las que ha de subsumirse un número potencialmente infinito de casos particulares, ninguno de los cuales queda agotado por más notas características que acumulemos en su descripción. Ahora bien, tender puentes para superar el hiato entre norma y caso particular es una tarea cuyo cumplimiento sin duda puede facilitarse ocasionalmente por medio de normas secundarias o algoritmos, pero no puede nunca delegarse en ellas. Aquí hay que hacer uso no sólo del conocimiento de las normas propio del jurisperito, sino, en última instancia, de su facultad de juicio. Y ésta sólo puede cumplir su función si el talento que le subyace ha sido formado y ejercitado de la mano de un número lo bastante grande de ejemplos.

Como es sabido, precisamente a este objetivo se dirigen hoy también el estudio y la formación del jurista. Del jurista se exige, claro está, que domine el sistema de normas junto con sus fundamentaciones; pero las capacidades necesarias para el desempeño de la profesión de jurista ha de desarrollarlas, sobre todo, enfrentándose a casos reales o inventados en los que debe aplicar las normas, sin que resulte evidente a primera vista qué normas son las adecuadas para su regulación. Por importantes que sean las normas y su contenido para la realidad jurídica, permanece empero como un hecho elemental que un orden jurídico sólo puede ser tan bueno como lo sean las capacidades desarrolladas y formadas de quienes tienen que aplicar la ley dentro de este orden. En todo caso, la filosofía jurídica de la facultad de juicio kantiana, aunque fragmentariamente documentada, hace justicia a los problemas de aplicación de normas, tal como se le plantean a la averiguación del derecho también bajo las condiciones de la vida cotidiana. Para su solución se necesita, sobre todo, ese saber del uso que no se deja ni reificar ni objetivar, pues sólo se manifiesta allí donde una facultad de juicio ejercida se acredita por su éxito.

TRADUCCIONES DE KANT EMPLEADAS:

Kant, I. (2022). *Metafísica de las Costumbres*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Valencia: Tirant Humanidades.

Kant, I. (2020). *El conflicto de las Facultades*. Traducción de Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza.

Kant, I. (2016). *Crítica de la Razón Pura*. Traducción de Pedro Ribas. Barcelona: Taurus.

Kant, I. (2013). «En torno al tópico: "Eso vale para le teoría, pero no sirve para la práctica"». En: Kant, I. *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Traducción de Manuel Francisco Pérez López y Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza, 193-260.

Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Traducción de Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza.

Kant, I. (2011). *Crítica del Juicio*. Traducción de Manuel García Morente. Madrid: Tecnos.

Kant, I. (2009). *Antropología en sentido pragmático*. Traducción de Mario Caimi. Buenos Aires: Losada.

POPULISMO

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 241-265
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.8

La forma del derecho y el concepto de lo politico

The Form of Law and the Concept of the Political

Fernando Atria

Autor:
Fernando Atria
Universidad de Chile, Chile
fatria@derecho.uchile.cl
https://orcid.org/0000-0003-0200-9036

Recibido: 05/04/2023
Aceptado: 05/03/2024

Citar como:
Atria, Fernando (2024). La forma del derecho y el concepto de lo politico *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 241-265. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.8

Agradecimientos:
Este artículo fue originalmente escrito para ser presentado en la versión 2020 del Seminario en Latinoamérica (SELA), sobre el tema *Democracy under Fire: Populism, Authoritarianism, Nativism, Economic Dysfunction, and the Exclusion of Disadvantaged Groups*. Algunas de las partes comprendidas aquí, en esa versión original, fueron publicadas como «El derecho y el concepto de lo político», en *Squella*, ed. por Beatriz Arriagada y Carlos Navia (Valparaíso, EDEVAL, 2021), libro homenaje al profesor Agustín Squella. La versión actual, considerablemente modificada y (espero) mejorada, se ha beneficiado de discusiones en las universidades de Glasgow, por invitación del prof. Emilios Christodoulidis; del Salvador, por invitación del prof. Guillermo Jensen; de San Andrés, por invitación del prof. Andrés Rosler; de Alicante, por invitación del prof. Manuel Atienza; Autónoma de Madrid, por invitación de los profs. Alfonso Ruiz Miguel y Juan Carlos Bayón; y en el Congreso «Constitucionalismo y Argumentación», organizado por Silex en México, por invitación del prof. Juan Antonio García Amado. Mis agradecimientos por todas esas oportunidades de discutir estas ideas (agradecimientos más precisos aparecen cuando corresponde en las notas).

Financiación:
La producción de esta versión final es parte de la ejecución del proyecto 1240496, financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y tecnológico FONDECyT) de Chile.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Fernando Atria

Resumen

Este artículo distingue dos formas de comprender una constitución, como «norma» y como «máquina» y asume la prioridad de la segunda, desarrollándola una teoría de las instituciones. Esta comprensión de las instituciones es luego desarrollada en la contraposición entre lo político y lo jurídico. Lo político es polémico mientras lo jurídico es imparcial. Después de haber explicado estos conceptos, sus relaciones e influencias recíprocas constituyen el núcleo de la segunda parte.

Palabras clave: Constitucionalismo; Constitución; Democracia; Instituciones; Concepto de lo político.

Abstract

This article distinguishes between two concepts of constitution: as a «norm» and as a «machine» and defends the priority of the latter, which is then developed into a theory of institutions. This understanding of institutions is then applied to the distinction between law and politics. The political is polemical while the legal is impartial. Having explained these concepts, their relations and reciprocal influences form the core of the second part.

Keywords: *Constitutionalism*; Constitution; Democracy; Institutions; Concept of the political

CONSTITUCIONALISMO E INSTITUCIONES. LA NORMA Y LA MÁQUINA

¿Cuál es la relación entre constitucionalismo y democracia?

Hay quienes creen que la idea misma de Constitución es contraria a, o al menos está en tensión con, la idea democrática[1]. Esta es una idea que se basa en dos afirmaciones. La primera es especialmente característica de nuestra época, y es la afirmación de que el «tema» central de las constituciones es declarar ciertos derechos para removerlos de la decisión política. Visto de este modo, hay por cierto un principio de argumento para diferenciar lo que queda entregado a la decisión democrática y lo que queda sustraída de ella[2]. La Constitución sería la que marca esta distinción. Esto, a mi juicio, es el legado principal de la discusión norteamericana sobre *judicial review* y sus principales exponentes.

La segunda afirmación es que los derechos son «cartas de triunfo» frente a las decisiones políticas, por lo que la realidad de los derechos está dada por la existencia de mecanismos o instituciones de decisión que son alternativos a los procedimientos de formación de la voluntad política. Desde este punto de vista, la importancia de los derechos fundamentales en un orden político está dada por la existencia y el alcance de acciones judiciales de protección.

Es importante notar que esta manera de entender la relación entre los derechos y la política no es la del constitucionalismo tradicional. Atendiendo a esta idea uno podría distinguir una suerte de «vetero-» constitucionalismo y un «neo-» constitucionalismo. Para apreciar que, pese a lo habitual que esta idea es hoy, ella no es parte del constitucionalismo tradicional, es posible atender al artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1791:

> Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Esta afirmación hoy sería entendida en el sentido de que exige dos cosas: por una parte, garantía de derechos, es decir, mecanismos que sirvan para proteger los derechos de

1. «Que hay tal antítesis entre democracia y constreñimientos constitucionales es sabiduría de manual», dice Jed Rubenfeld (2001, p. 49). Véanse las referencias ahí citadas.
2. Esta idea caracteriza a los Ackerman llama «fundacionalistas de derechos» (*rights foundationalists*); véase Ackerman (1991, pp. 7-16). Esta oposición es una constante de la literatura actual. «La expresión 'democracia constitucional' puede ser interpretada como un oxímoron o como una tautología. Por un lado, constitucionalismo y democracia pueden ser vistos como términos que se oponen recíprocamente. Mientras el primero hace referencia a poder 'limitado y dividido', el segundo implica su ejercicio en definitiva 'unificado y sin restricciones'. Por otro lado, las constituciones pueden ser presentadas como codificando las reglas del juego democrático, indicando quién puede votar, cómo, cuándo y porqué [?]. Como el ideal democrático envuelve más que la mera adhesión a los dispositivos procedimentales de la democracia, como la regla de mayoría, muchos constitucionalistas sostienen que un verdadero demócrata no podría consistentemente permitir a la democracia aboliré a sí misma» (Bellamy, 2006, p. xi).

decisiones políticas, por lo que ellos han de ser mecanismos suficientemente distintos de los procedimientos de formación de la voluntad política; y por otro lado separación de poderes. Pero en realidad, esta afirmación fue entendida en el sentido de que la garantía de los derechos era la configuración de un orden democrático bajo el imperio de la ley, no una limitación a la ley[3].

Este último es el sentido original y todavía importante del constitucionalismo, que se origina en la idea de que el derecho es artificial, no natural. Y como es artificial es una decisión. «Constitución» es el nombre de esa decisión fundante, y de ese concepto surgen los conceptos fundamentales de la teoría constitucional: el concepto de poder constituyente, por ejemplo, o lo que Carl Schmitt llamó acertadamente «el comienzo de toda discusión ulterior» para la teoría constitucional, la distinción entre constitución y ley constitucional (Schmitt, 1992, p. 45). Si el derecho es una decisión (en el sentido de reducible a una o varias decisiones), una pregunta fundamental para la teoría del derecho es cómo es posible que la sujeción al derecho no sea esclavitud, es decir, como es compatible el derecho con la libertad. Y la respuesta es solo una: si vivir bajo el derecho es vivir sujeto a una voluntad, la única voluntad en que un derecho de libertad puede consistir es mi voluntad, nuestra voluntad. Por eso hay una conexión interna entre artificialidad del derecho, constitución, poder constituyente y principio democrático (véase al respecto Atria, 2016, pp. 177-180).

El sentido de la Constitución es que ella *constituye*, crea instituciones para hacer posible el principio democrático. En Congresos sobre constitución y democracia deberíamos hablar mucho menos de derechos constitucionales y tribunales constitucionales y mucho más de lo que Roberto Gargarella (2015), con un extraordinario acierto, llamó «la sala de máquinas», es decir, la configuración de instituciones cuyo sentido sea la realización del principio democrático o, como diremos a continuación, hacer probable la democracia. Porque este es, a mi juicio, el desafío de nuestra época, marcada por la crisis ambiental; el aumento exponencial del poder económico en perjuicio de las capacidades del poder político democráticamente generado, crecientemente inerme; el aumento también exponencial de las capacidades del poder económico de reemplazar la deliberación pública por manipulación usando la asombrosa cantidad de información producida por aplicaciones como Facebook y explotada por compañías como Cambridge Analytica. Todo esto, a mi juicio reconducible a la fase neoliberal del capitalismo que como una droga sabemos que nos destruye pero no podemos dejar (Streeck, 2012; 2016), ha puesto en cuestión la realidad del principio democrático: las instituciones heredadas no sirven, en nuestras condiciones, para hacer suficientemente probable su realización. Esta es, a mi juicio, la cuestión que no debería dejar dormir a los constitucionalistas y teóricos del derecho constitucional.

3. García de Enterría (1994, pp. 139-140), por ejemplo, identifica dos formas de garantía de derechos en la misma declaración: «el derecho de 'resistencia a la opresión' y la condena penal al agente arbitrario, al que actúa al margen o en contravención con la Ley».

Pero en vez de eso, para la teoría del derecho y la teoría constitucional la discusión constitucional es vista conforme a las dos características ya indicadas: es una discusión normativa sobre la necesidad de remover cuestiones de la discusión política, y su foco central de preocupación es la creación o justificación (lo que por cierto incluye la crítica) de la existencia de mecanismos jurisdiccionales de protección de la Constitución. En mi opinión, esto hace que esa discusión no tenga mucho que decir frente al desafío principal de nuestra época, por razones a ser explicadas en lo que sigue.

La constitución como máquina y como norma

Para hacerlo, podemos comenzar con una distinción fundamental introducida por Michel Troper (1999) entre lo que él llama «la constitución como norma» y la constitución «como máquina».

Cuando la constitución es entendida como una *norma*, el supuesto (y la finalidad) es que los destinatarios de esas normas las cumplan. Esto no significa que siempre lo hagan; de hecho, es al contrario: para esta comprensión de la constitución una de las preguntas centrales es cómo asegurar que los destinatarios de las normas constitucionales van a cumplirlas. Por cierto, la primera implicación de este modo de entender la constitución es que los mismos destinatarios de las normas no pueden ser quienes estén a cargo de asegurar su cumplimiento. Para eso, entonces, es necesario lo que Troper llama una garantía «externa» a la acción de los órganos constitucionales que la constitución regula, y que se les impone a estos. Desde esta óptica, la acción de los destinatarios de las normas constitucionales (en particular, de los poderes públicos respectivos) es vista como lo que debe ser constantemente evaluado desde el punto de vista de su conformidad o no con las normas constitucionales. Para eso se necesita de un órgano de control, en la forma de un tribunal que puede comparar esa acción con la norma constitucional relevante y emitir un juicio calificando a la acción como lícita o ilícita.

Esta es la comprensión de la constitución que hoy se da, a mi juicio, por obvia, y que se manifiesta en las dos ideas mencionadas al inicio[4]. Es tan obvia que es incluso

4. En general, el movimiento desde una idea de constitución «programática» hacia lo que se describe como una constitución «normativa», usando esta última expresión en el sentido de Loewenstein (1976, p. 217), es visto favorablemente por la doctrina progresista, habituada al hecho de que la constituciones contienen promesas admirables que quedan incumplidas. La situación chilena es en este sentido atípica. La constitución de 1980 fue la institucionalización del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, y fue explícitamente pensada para solucionar un defecto que Allende había mostrado que existía en el sistema jurídico chileno. El defecto era que la idea de Allende, la de una «vía chilena al socialismo», que se caracterizaba por ser una vía institucional, era posible. Los vencedores de septiembre de 1973 decidieron corregir ese defecto y para eso dictaron la Constitución de 1980, una constitución que no pretendía habilitar al pueblo, sino neutralizarlo. Uno de los mecanismos de la neutralización era sujetar las decisiones públicas a diversos mecanismos de control judicial. Por eso es la doctrina pinochetista la que comienza a defender y celebrar la disposición de los jueces a declarar

posible que el lector se pregunte cuál es el sentido de introducir lo anterior como «una» comprensión de la constitución, cuando evidentemente, se está quizás diciendo, es lo que «constitución» significa. Pero no tiene nada de obvia. Como ya hemos observado, esta es una comprensión que ha sido ajena a buena parte de la tradición constitucionalista. La alternativa es entender la constitución como una *máquina*,

> según la cual no se espera que los gobernantes se sometan libremente a reglas obligatorias, sino que la organización misma del sistema determine comportamientos a los que los gobernantes no puedan sustraerse (Troper, 1999, p. 331).

Esta es, por ejemplo, la comprensión que estaba originalmente detrás de la idea norteamericana de «checks and balances» (una metáfora, como podrá observarse, tomada del lenguaje de las máquinas). Aquí la constitución no es vista como una norma cuyo sentido sea calificar como lícita o ilícita la acción de los poderes públicos, sino como la configuración de esos órganos y especificación de sus procedimientos y modos de acción de modo que ellos tiendan a actuar de cierta manera (dicho en los términos que yo preferiría: de modo que la acción que es constitucionalmente adecuada sea *probable*). Una formulación clásica de esta idea es la de Hamilton en *El Federalista*:

> Pero la mayor garantía contra una concentración gradual de los diversos poderes en el mismo departamento consiste en dar a quienes administran cada departamento medios constitucionales y motivos personales para resistir la usurpación por los otros. Los necesarios medios de defensa deben ser, en este y en todos los otros casos, proporcionales al peligro del ataque. Es necesario hacer que la ambición contrarreste la ambición (Hamilton, Madison, & Jay, 2008, §51).

Pero no es necesario ir a la tradición constitucional norteamericana, porque al entender la idea de la constitución como máquina podremos ver que la tenemos mucho más cerca. En efecto, parte del éxito de la constitución chilena de 1980 (la «Constitución tramposa», sobre la que véase Atria, 2013) yace precisamente en que fue pensada como una máquina, como una máquina de neutralización política. Esa es exactamente la idea transmitida por un pasaje en que su redactor principal, Jaime Guzmán, explica tanto el hecho de que se trata de una constitución tramposa como el hecho de que la trampa está en su dimensión de máquina, en el modo en que configura sus poderes para

inconstitucionales decisiones públicas. Por eso el más representativo de los juristas pinochetistas sostenía que con la constitución de 1980 se lograba «Un constante proceso de perfeccionamiento de los preceptos de la Constitución que han reconocido las libertades y derechos de los habitantes de la República, y las garantías consecuenciales para su debida protección. Y es que es esta protección la que hace que tales reconocimientos o declaraciones no pasen a ser líricas efusiones románticas, en boca de constituyentes bien intencionados» (Soto, 1982, p. 12). Por cierto, el supuesto era que el derecho principal a ser protegido sería la propiedad, como efectivamente lo fue en los primeros años. Cuando los tribunales empezaron a proteger también los derechos sociales, el entusiasmo de los autores de derecha se enfrió considerablemente, y comenzaron a denunciar el «activismo» judicial (véase, por ejemplo, Garcia y Verdugo, 2013).

determinar así lo que harán, no en sus declaraciones que podríamos llamar puramente normativas. El sentido del esfuerzo constitucional, explicaba, era

> que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque – valga la metáfora – el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario (Guzmán, 1979, p. 19)[5].

En esta segunda comprensión, la teoría constitucional es el estudio del modo en que las instituciones implican organizar los intereses típicos de los agentes de modo que «la ambición contrarreste la ambición». Si esto es el caso, «la garantía de la constitución no reside… en un cuerpo de control. Es puramente interna» (Troper, 1999, p. 335).

Cada una de estos modos de comprender la constitución implica un modo de comprender la doctrina, la reflexión académica sobre la constitución. En efecto,

> La cuestión principal de la dogmática constitucional basada en la concepción normativa es: '¿qué conducta debe tener lugar?' o '¿la conducta que ha tenido lugar es lícita?'.
>
> La concepción mecanicista conduce a plantear cuestiones diferentes: desde el punto de vista de la redacción de las constituciones, ¿cuáles son, teniendo en cuenta la organización general del poder y el reparto de las competencias, las conductas posibles de los gobernantes y las conductas probables?; desde el punto de vista del análisis de las constituciones: ¿por qué tal conducta ha tenido lugar? En otros términos, la concepción mecanicista conduce a investigar cuáles son las constricciones – y especialmente las constricciones jurídicas – que pesan sobre los actores (Troper, 1999, p. 336).

En mi opinión, las principales cuestiones de nuestra época se refieren a la máquina: las instituciones que harían probable el principio democrático no están cumpliendo su cometido, y las poblaciones de nuestros países miran con cada vez más desafección y distancia la política institucional, es decir, la forma que la Constitución da a la vida política. Es por eso que discutir la Constitución como una norma es ignorar las cuestiones más urgentes de la época.

5. La ironía, por cierto, es que una de las condiciones de efectividad de la máquina constitucional diseñada en 1980 ha resultado ser que su condición de máquina desaparezca de la vista, de modo que lo que fue diseñado como máquina sea comentado como norma. Esto lleva a una especie de hiperciclo de neutralización. Cuando la máquina no neutraliza, y deja espacios para la expresión del poder democrático, una interpretación «sistemática y finalista» debe cerrar esos espacios. Véase la discusión sobre el plebiscito constitucional en Atria (2013, pp. 103-161). Este puede ser un buen lugar para comentar la crítica al calificativo de «tramposa». Después de haber constatado que diversos mecanismos contramayoritarios son comunes en el derecho constitucional comparado, y sin referencia al sentido que ellos tienen en el caso del texto constitucional vigente, Claudio Alvarado observa «una cierta liviandad en la utilización del concepto de 'trampa' constitucional» (2016, p. 45). Los términos utilizados siempre puede ser revisados, por cierto; que sugieran estos críticos un concepto adecuado para describir un juego cuyas reglas son unilateralmente fijadas por un equipo con la finalidad declarada de que ellas «constriñan» al otro para que éste, «de hecho», se vea obligado a hacer «algo no tan distinto» de lo que el primero «anhelaría».

Sobre las instituciones y su inteligibilidad

Quiero explicar ahora el modo en que entiendo una reflexión constitucional que mira a la Constitución como máquina, y conectar eso con lo que yo llamaría una teoría general de las instituciones. Esperaríamos de una tal teoría una explicación de qué es lo importante acerca de las instituciones, y qué funciones ellas cumplen. Esperaríamos también, creo, que nos provea de un criterio que nos permita identificar lo que podríamos llamar la «falsa conciencia»: que nos advierta, en otras palabras, que las instituciones pueden ser usadas para ocultar más que para develar, para oprimir más que para liberar, para explotar antes que para emancipar, pero nunca transparentemente: cuando lo hacen, es siempre en nombre de la libertad y la emancipación. Debemos estar entonces en guardia frente a una posición ingenua respecto de ellas, pero también frente a una posición cínica[6].

Tomando en cuenta esas consideraciones, creo que es útil mirar el análisis de las formas institucionales realmente existentes en un esquema de tres pasos[7]:

(1) El punto de partida es el de las instituciones realmente existentes. Y en una primera revisión, que podríamos llamar, siguiendo a Ronald Dworkin (1986, p. 65), «preinterpretativa», lo que vemos son normas, procedimientos, órganos. Lo que vemos, por ejemplo, no es «la jurisdicción», vemos reglas que crean órganos con competencia para dirimir conflictos por aplicación de la ley, caracterizados legalmente por su independencia e imparcialidad, cuyas decisiones tienen ciertos efectos especiales (alguna forma de «cosa juzgada»), etc[8].

(2) Pero no vemos solo esas reglas: ellas se nos presentan ordenadas junto a un cierto discurso. El discurso explícito sobre una institución es que ella desempeña una

6. Esta fue una cuestión importante en la discusión de la izquierda chilena durante el gobierno de Allende: dado que lo buscado era una transformación revolucionaria del orden capitalista, ¿cómo podía esa revolución hacerse a través de vías institucionales, si se trataba de instituciones burguesas? En controversia con su propio partido socialista, Allende sostuvo que «Las instituciones no son un ente abstracto; la institucionalidad responde a la fuerza social que le da vida. Y lo que está acaeciendo ante nuestros ojos es que la fuerza del pueblo, del proletariado, de los campesinos, de los sectores medios, está desplazando de su lugar hegemónico a la burguesía monopolista y latifundista; que la conciencia y unidad del pueblo de Chile está arrinconando a la minoría privilegiada aliada con el capital imperialista. La institucionalidad vigente responde a la fuerza social que le da vida, no a abstracciones metafísicas. Hoy, cuando en La Moneda [el edificio presidencial chileno] están los trabajadores organizados, el Gobierno responde a los intereses de éstos y no a los de los monopolistas e imperialistas. Mañana, si los representantes de los trabajadores merecen el respaldo del pueblo y éste les confía la mayoría en el Congreso, el Congreso legislará en provecho de las grandes mayorías de Chile, y no de los intereses de la minoría para transformar el régimen institucional y adecuarlo a las necesidades de una sociedad que camina hacia el socialismo» (Allende, 1972).
7. Lo que sigue es una versión muy abreviada de una explicación más amplia contenida en Atria (2016, p. 133-158).
8. Véase una caracterización inicial de este tipo en Capelletti (1989, pp. 32-34), y su discusión en Atria (2013, pp. 137-138).

función socialmente relevante, que en un contexto no institucionalizado (lo que llamaré «naturalmente») sería más o menos, pero siempre considerablemente, improbable.

Así, por ejemplo, el discurso explícito sobre los tribunales es que ellos deciden controversias mediante la aplicación imparcial del derecho («dar a cada uno lo suyo»); el discurso explícito sobre la legislación es que ella es la voluntad del pueblo, «una declaración de la voluntad soberana», como dispone el artículo 1.º del Código Civil chileno; el discurso explícito sobre los contratos es que ellos son intercambios justos, etc.

Que los conflictos sean decididos dando a cada uno lo suyo, que la ley sea la voluntad del pueblo, que los contratos sean intercambios conmutativamente justos es naturalmente improbable: sin instituciones, lo probable es que los conflictos se solucionarían del modo que va en el interés de la parte más poderosa; que los intercambios serían una forma de explotación del débil por el fuerte; que la ley sería la voluntad de quien por razones fácticas está en condiciones de imponerla, etc.

(3) Si la explicación ha de ser exitosa, ella consistirá en mostrar cómo las características formales identificadas en el primer momento contribuyen a neutralizar la improbabilidad identificada en el segundo momento y de ese modo la institución *hace probable eso que era improbable*. Así, por ejemplo, la existencia de una judicatura independiente y protegida de la presión del más fuerte y compuesta por jueces cuya estabilidad en el cargo no dependa del contenido de sus decisiones (porque son inamovibles, permanentes, etc.) hace probable que los jueces decidan dando a cada uno lo suyo conforme al derecho; la existencia de reglas conforme a la cual los contratos son nulos si se obtienen con engaño o amenazas, y la regulación especial de contratos en los que la posición fáctica de las partes es especialmente desigual (derecho del trabajo, del consumo) hacen probable que el intercambio, incluso en esas condiciones adversas, responda a un criterio de justicia conmutativa; si las normas generales que han de vincular a todos son decididas por una asamblea de representantes electos que discuten y deciden en público, es probable que en la discusión los intereses particulares se hagan aparentes y sean entonces purgados, de modo que lo que surja de ese procedimiento sea el interés general, etc.

Antes de continuar, conviene hacer dos observaciones sobre el argumento anterior: la primera es que lo descrito hasta ahora es una explicación *exitosa* y exitosa al primer intento. Las cosas pueden evidentemente ser más complicadas. Es posible, por ejemplo, que la función identificada conforme al discurso explícito de la institución no sea la que es relevante (que las instituciones desempeñen funciones «latentes»); es posible también que la explicación lleve a restringir o ampliar las estructuras identificadas en el primer paso, etc. Por otro lado, existe también la posibilidad de que las estructuras existentes no logren hacer suficientemente probable el desempeño de la respectiva función. Qué quiere decir «suficientemente» aquí no puede ser descrito en abstracto. Por una parte, es evidente que las instituciones no hacen *necesario* lo que es improbable. Por otro lado, es claro también que ellas deben tener algún grado de éxito en hacer probable lo improbable, porque en caso contrario no harían diferencia alguna,

y hablar de «instituciones» (y no de pura y simple explotación, o de «ley de la selva», etc.) sería falsa conciencia. Que algo que se presenta como institución no logre hacer suficientemente probable lo improbable significa que debe ser analogado a este último caso. Esta es, a mi juicio, la manera en que creo que debe recuperarse la vieja idea de que «el derecho injusto no es derecho».

La segunda observación es que lo dicho hasta ahora busca ilustrar el argumento, no hacer un juicio definitivo sobre los tribunales, la ley y los contratos. Hay distintas reconstrucciones de los contratos, la ley y la jurisdicción, que pueden descansar en distintas funciones, distintas improbabilidades, etc. La idea defendida aquí e ilustrada con esos ejemplos es que la inteligibilidad de las instituciones supone una determinada relación entre estructura (forma jurídica, reglas, etc.) y función. El que objete en abstracto la manera en que aquí se han identificado las formas y funciones de la jurisdicción, los contratos o la ley (objetando la relación entre la noción de jurisdicción, de legislación o de contratos y las correspondientes ideas de independencia e imparcialidad judicial, voluntad general y justicia conmutativa) deberá defender una función alternativa, porque en caso contrario esas formas institucionales devienen irracionales (se asemejarán, como veremos más adelante, a las llamas pintadas sobre un aparato de calefacción para dar la impresión de fuego vivo); si la tesis es objetada en concreto, ese rechazo será normalmente parte de una crítica más o menos radical a la instancia relevante de la respectiva institución.

Lo explicación anterior sobre las instituciones puede expresarse mediante la siguiente tesis general: *los conceptos jurídicos son conceptos funcionales estructuralmente mediados*. Son conceptos funcionales, en el sentido de que son conceptos que se definen por su función: la jurisdicción es acerca de decidir casos dando a cada uno lo suyo; la legislación es acerca de identificar las normas que van en el interés general, que son la voluntad general; los contratos son acerca de la conmutatividad en el intercambio. Pero no son conceptos puramente funcionales. Se trata siempre de una función que es naturalmente improbable, es decir, improbable sin mediación institucional. La institución es una determinada estructura formal que busca hacer probable lo que es improbable[9].

Por eso, la explicación de toda institución tiene un momento inicial de aparente ingenuidad, el momento en que la función que es naturalmente improbable es identificada. La ingenuidad es solo aparente, porque es parte de la explicación que esa función es de desempeño naturalmente improbable. Lejos de ser ingenua, la explicación aquí defendida anticipa que las instituciones nunca (o en raras ocasiones) lograrán ser plenamente exitosas y entonces hacer *necesario* lo que es improbable.

9. Sobre conceptos funcionales y estructurales (y nominales), véase Moore (1994), y sobre la «tesis general» formulada en el texto principal, véase Atria (2016, pp. 154-157).

EL DERECHO Y LO POLÍTICO

Sobre el derecho y la política

Habiendo explicado el sentido en que la Constitución debe ser analizada como una máquina, y la relación que entre función y estructura supone esa comprensión mecanicista de la Constitución, podemos volver a la cuestión del constitucionalismo y la democracia[10]. Por razones que espero que pronto serán aparentes, comenzaremos por la relación entre lo político y lo jurídico.

El dato fundamental del conflicto político es que es polémico. Uso esta palabra en un sentido preciso, que no se reduce a «controversial» o «discutible». Un conflicto es polémico cuando *no puede ser adjudicado* con imparcialidad, cuando decidirlo es tomar partido. El conflicto político, entonces, es decido mediante un ejercicio unilateral de poder. Quien está en posición de decidirlo es quien, a ese respecto, tiene *más*[11].

En contraposición, el conflicto jurídico es *adjudicable*. «Adjudicar» es la función de la jurisdicción, y consiste en dar a cada uno lo suyo de acuerdo a normas comunes a las partes, lo que quiere decir conforme al derecho. Para decirlo de un modo que puede parecer provocadoramente cínico e ingenuo: el conflicto político se resuelve unilateralmente mediante el ejercicio de poder por quien tiene más, mientras que el conflicto jurídico se resuelve mediante la fuerza del argumento, con independencia del poder relativo de cada parte[12].

Esto no es presentado como un teorema derivado de una gran teoría, sea sobre la moral o el derecho o la política. El punto es, en realidad, *banal*, y comienza comparando

10. Luis Lloredo me llamó la atención sobre la conveniencia de distinguir explícitamente entre el sentido de «la máquina» y otra metáfora mecanicista que ha sido extraordinariamente relevante en la reflexión jurídica, la expresada en el famoso *dictum* de Montesquieu conforme al cual los jueces son «seres inanimados» que no han de modificar ni la fuerza ni el alcance de la ley. Esta comprensión «mecanicista» de la adjudicación no tiene relación alguna con la idea aquí explicada de la Constitución como máquina.
11. Esta es la idea importante de la caracterización de Carl Schmitt de lo político en términos de amigo/enemigo (Schmitt, 1998a, p. 26). Pese a que Schmitt dice al final del párrafo de la referencia que esta distinción «denota el mayor grado de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación», su «criterio» en mi opinión no sugiere que lo político necesariamente envuelve ese grado máximo de separación. Su importancia, en esta lectura, emerge uno párrafos más adelante: «solo los participantes reales pueden correctamente reconocer, entender y juzgar la situación concreta y decidir el caso extremo de conflicto. Cada participante está en la posición de juez respecto de si el adversario pretende negar la forma de vida de su oponente y debe en consecuencia ser rechazado o enfrentado para preservar la propia existencia» (Schmitt, 1998a, p. 27). Lo que importa aquí, en mi apropiación de esta idea schmittiana, no es que se trate o no del caso extremo de conflicto, sino en que el conflicto político no puede ser decidido sino por los participantes, *i.e.* que no puede ser adjudicado desde fuera, desde una perspectiva imparcial. Es decir que es polémico.
12. Lon Fuller sostenía que «la característica distintiva de la adjudicación yace en el hecho de que ella permite una forma especial de participación a las partes afectadas, que consiste en presentar pruebas y razones para una decisión a su favor» (1978, p. 364). El argumento de este artículo se entiende a sí mismo en esta tradición fulleriana.

características difíciles de negar de nuestras prácticas jurídicas y políticas realmente existentes. Comparando, por ejemplo, el modo en que se resuelve el conflicto entre quienes apoyan y quienes rechazan un proyecto de ley y el modo en que se resuelve el conflicto entre el que quiere ejecutar el contrato y el que cree que el contrato es nulo.

Antes de hacer esta comparación, sin embargo, conviene introducir algunos comentarios clarificadores del criterio de distinción ente lo político y lo jurídico recién presentado.

Primero, el argumento no implica ni sugiere que hay algo en la naturaleza intrínseca de un conflicto que lo haga o no polémico. Si ese fuera el caso, ese «algo» constituiría la característica definitoria de lo político. Pero no hay conflictos que sean políticos o no *per se*. En principio, cualquier conflicto puede devenir polémico, y una cuestión que era polémica puede despolitizarse, hacerse susceptible de decisión imparcial[13]. El uso del masculino como genérico al hablar castellano hoy es polémico como no lo era hace unos años, una explicación monetarista de la inflación hoy no es polémica como lo era hace algunas décadas. Lo político no se define por su contenido[14].

Segundo, lo anterior no significa que no haya polemicidad en el derecho. El sentido del derecho es, como veremos, hacer posible la adjudicación, es decir, la decisión imparcial por un tercero que no toma partido al decidir. Pero nada en el argumento supone que el derecho es siempre completamente exitoso en excluir la polemicidad. Al contrario, la idea misma de hacer probable (no necesario) lo improbable permite anticipar que el caso en que la finalidad de la institución es completamente realizada es mucho más la excepción que la regla. El argumento aquí es análogo al argumento de Hart contra el escéptico en *El Concepto de Derecho*. Por cierto que la tesis del escéptico describe correctamente lo que ocurre en algunos casos, pero el derecho como práctica social no puede existir si esos son los casos centrales. Es posible, afirma Hart, que haya cuestiones que «divida[n] a la sociedad de manera demasiado fundamental para que pueda[n] ser resuelta[s] mediante una decisión judicial» (p. 190), y respecto de ellas es posible que el escéptico tenga razón, y que haya entonces algo importante que aprender de él. Pero es respecto de esas cuestiones, en esos casos:

> en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales, es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho (p. 191).

13. La polemicidad no pretende proporcionar «una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio» (Schmitt, 1998a, p. 56).
14. Hay quienes deplorarán que los bancos centrales autónomos y una comprensión «monetarista» de la inflación hayan devenido no polémicas, «técnicas». Si tienen éxito en su protesta, la cuestión puede volver a ser polémica (política).

En el mismo sentido, podemos decir que es posible que haya cuestiones respecto de las cuales el derecho no sirva como criterio imparcial de decisión, y que entonces la decisión sea polémica. La advertencia de que hay cuestiones jurídicas que resultan polémicas es bienvenida si es «en los lindes», porque nos recuerda la función del derecho en los casos centrales y nos permite identificar las razones por las que la función del derecho no se cumple en esos casos, etc. Pero solo en la medida en que mantengamos presente que se trata de casos marginales, no centrales; es decir, en la medida en que no nos lleve a negar la pretensión de imparcialidad del derecho.

La política es polémica

Volvamos ahora la distinción entre conflictos adjudicables y conflictos polémicos, comenzando por el primero de los dos casos imaginados más arriba: el conflicto sobre la aprobación de un proyecto de ley de reforma tributaria. Aquí son los mismos involucrados los que lo deciden, y lo hacen (en condiciones de democracia representativa) votando en una asamblea legislativa compuesta por representantes. Son representantes porque han sido elegidos en un proceso electoral en el cual habrán anunciado explícitamente el posicionamiento político al cual apelarán cuando llegue el momento de tomar decisiones. En el Congreso, la cuestión será eventualmente votada. Esto significa que el lado más numeroso podrá, por ese mismo hecho, decidir por el todo. Este es el momento de ejercicio unilateral del poder, sobre el que volveremos más adelante. Por ahora basta destacar que es unilateral en el sentido de que la aceptación del lado más débil (en el Congreso, de la facción menos numerosa) podrá ser estratégicamente conveniente pero no es necesaria, de modo que la decisión no necesita ser justificada frente a los derrotados (por eso las decisiones legislativas no tienen, como sí tienen las sentencias judiciales, una explicación de sus fundamentos)[15].

15. Manuel Atienza ha reaccionado a este argumento preguntándose si la suerte del proceso constituyente chileno no muestra precisamente lo contrario: tanto en la Convención Constitucional (2021-2022) como en el Consejo Constitucional (2023) la facción mayoritaria decidió unilateralmente (yo creo que en el caso de la Convención Constitucional esta afirmación debería ser calificada, pero ignoremos estas calificaciones). Y por esto las propuestas constitucionales no fueron vistas como propuestas comunes, y por eso fueron ambas rechazadas. Si esto es así, ¿no muestra esto que la afirmación del texto principal es incorrecta?
A mi juicio lo que esto muestra es exactamente lo contrario. Tanto para la Convención como para el Consejo se decidió de antemano una regla de decisión que lo obligaba: 2/3 de los integrantes de la Convención en el primer caso, 3/5 de los integrantes del Consejo Constitucional en el segundo. Dados los resultados de las elecciones respectivas (mayo de 2021, mayo de 2023), la composición de ambos órganos permitía decisiones unilaterales que en ambos casos fueron denunciadas como «imposición» de la mayoría y exclusión de la minoría, y de ahí la observación de Atienza. Pero hay algo al menos aparentemente contradictorio en acordar una regla de decisión y luego criticar que se tome una decisión conforme a esa regla de decisión. Esa aparente contradicción es consecuencia de lo explicado en el texto principal: dada la naturaleza polémica de lo político, no hay otra forma de decidir sino mediante el ejercicio unilateral de poder por quien tiene más. Corresponderá a quien está en posición de decidir

El derecho es imparcial

Consideremos ahora el segundo caso, un conflicto jurídico entre las partes de un contrato acerca de si el contrato es o no nulo. Aquí la resolución del conflicto no es dejada solo a las partes, que entonces pueden recurrir a un tercero imparcial que decidirá el caso después de que cada una de las partes haya tenido su oportunidad de presentar su argumento. Desde el punto de vista jurídico, el conflicto puede ser decidido de un modo imparcial apelando a razones, de modo que el criterio institucional de corrección es independiente de la fuerza relativa de las partes.

Esta también es una afirmación inicialmente banal acerca de las instituciones que efectivamente existen. La decisión judicial reclama imparcialidad. Que reclame imparcialidad quiere decir que de ella puede decirse exactamente lo que no puede decirse de las bancadas parlamentarias que votan para decidir un proyecto de ley: que quien decide, ahora el juez, no es parte del conflicto; que decide el conflicto sin participar de él, *desde fuera*. Por eso e, juez debe a las partes no solo una decisión del conflicto, sino también una explicación de las razones por las que el vencedor debía vencer y el derrotado ser derrotado («justificación»).

Lo anterior, por cierto, no supone que el derecho necesaria o «conceptualmente» ha de estar a la altura de esta pretensión de imparcialidad. Y aquí podemos dar un paso: la diferencia entre derecho y política que hemos formulado es ella misma improbable. Esto significa que (a) no puede darse por sentada, y (b) su realización en los hechos depende de las características contingentes de una práctica social que puede ser de otro modo. Estas dos observaciones están vinculadas: como puede ser de otro modo, las características de esa práctica no pueden darse por sentadas. Y sin embargo en nuestra situación histórico-espiritual son dadas por sentadas. Aquí vale lo que con mucha agudeza notó Michael Detmold: «la naturalidad de nuestra práctica desarrollada nos engaña respecto de su naturaleza» (Detmold, 2002, p. 162).

La función del derecho y de las instituciones políticas

Las consideraciones anteriores nos permiten identificar la función (naturalmente improbable) del derecho mismo: es crear espacios de imparcialidad en un contexto en el cual todos los conflictos son naturalmente polémicos. Es decir, en su formulación más genérica el sentido del derecho está en hacer probable la existencia y sostenibilidad de espacios artificiales para la adjudicación, donde sea probable que el conflicto sea decidido mediante la apelación al argumento antes que por el uso unilateral del poder por quien tiene más.

decidir también cuánto tomar en cuenta al otro al decidir. Esta última cuestión puede ser comentada, criticada o celebrada con argumentos normativos o estratégicos, pero la relevancia de ese comentario, de nuevo, no puede sino quedar entregado a los propios participantes.

Esa caracterización genérica, además, nos permite identificar la función del derecho constitucional, del derecho que crea y regula las institucione políticas. Las instituciones son «políticas» porque existen para procesar y decidir el conflicto polémico.

Que el conflicto sea polémico quiere decir, recuérdese, que se soluciona mediante el ejercicio unilateral del poder. Esto, sin embargo, no dice nada todavía respecto de cómo se forma y acumula el poder que permite decidir el conflicto político. En principio, por cierto, la gramática del poder es *all that succeeds is success*: es poder todo lo que sirve para decidir el conflicto polémico. Es poder tanto el control de la fuerza aérea que bombardea el palacio presidencial, como el tamaño de la bancada parlamentaria más grande. Pero evidentemente no todas estas formas de poder tienen el mismo significado político.

Las instituciones políticas buscan crear condiciones en las cuales el poder político disponible para decidir el conflicto polémico será de un tipo que no puede ser puramente unilateral, de modo de reconocer el carácter polémico del conflicto político pero sin que eso implique aceptar que la política no es sino el campo donde vale la voluntad del más fuerte, como en la selva.

¿Cómo puede lograrse esto? En *Facticidad y Validez*, Habermas afirma, agudamente, que el núcleo del principio de soberanía popular consiste en la afirmación de que «todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos» (p. 238). Esto significa que la realidad del principio de soberanía popular residirá en la exclusión o neutralización de otras formas de poder. Ese es el sentido del constitucionalismo. El caso más obvio, pero fundamental especialmente en Latinoamérica, es el poder militar: el constitucionalismo busca asegurar que las fuerzas armadas no actúan para decidir el conflicto político, de modo que ellas sean políticamente irrelevantes. Otro ejemplo (más problemático, en parte por la relativa incapacidad de las instituciones de incluso los países en los cuales el constitucionalismo está más arraigado) es el poder económico: en principio, el constitucionalismo busca evitar que el poder político pueda ser comprado, de que el control del capital se transforme en control de la capital.

Que el poder militar y el poder económico sean irrelevantes cuando se trata de decidir el conflicto polémico es evidentemente improbable: lo probable es que quienes los controlan intentarán usarlos para decir lo político en su beneficio. Esto es otra manera de decir que el principio de soberanía popular, el principio democrático, es improbable.

Los procedimientos institucionales de formación de la voluntad política característicos de lo que con redundancia se denomina «democracia representativa»[16] deben

16. La idea de que frente a una democracia «representativa», que descansa en la representación política, habría una posibilidad distinta y alternativa de (por ejemplo) «democracia directa», en que sería posible la acción del pueblo sin mediación de la representación es, a mi juicio, enteramente ininteligible. O mejor dicho, descansa en una comprensión naturalista de «pueblo» que no es compatible con la democracia. Conforme a ella, «pueblo» designa a un agente natural (ya una entidad supraindividual caracterizada naturalmente ya, mediante una abreviatura, a la suma de voluntades individuales) y la representación sería un dispositivo «remedial», como la denomina Moreso (2018, p. 1662); véase también Laporta (1989). La representación es *remedial* cuando ella es un dispositivo orientado a habilitar

ser discutidos y evaluados desde el punto de vista principal de su aptitud para hacer probable la emergencia de la voluntad general (=esa voluntad cuyo contenido es el interés general) antes que la voluntad del capital, de las fuerzas armadas o de la mayoría, haciendo así probable el principio de soberanía popular, el principio democrático. Para eso no sirve, obviamente, una apelación directa a la substancia de lo que el autor del caso cree que es la voluntad general (es decir, una apelación normativa), y lo que es necesario es el diseño de instituciones que excluyan esas formas fácticas de poder. Esos poderes son «fácticos» porque descansan en el solo hecho de que *son*, y son indiferentes a exigencias de legitimación.

Dicho en positivo, la función del constitucionalismo es hacer probable que al momento de decidir el conflicto político el poder comunicativo de los ciudadanos será el único poder que estará disponible para ser usado unilateralmente. Pero el poder comunicativo no puede ser concebido como un poder que es pura unilateralidad, porque es el poder que surge de la deliberación pública. Es decir: si, el conflicto político retiene su naturaleza polémica, que implica que solo puede ser decidido mediante un ejercicio unilateral de poder por quien tiene más; pero la única forma en que puede crearse el poder necesario para decidir unilateralmente es una forma que no puede ser unilateral. Esta es la solución de la máquina para que la unilateralidad de la decisión del conflicto político sea compatible con la libertad, con la exclusión del sometimiento al más fuerte. Así entendido, es evidente no solo que no hay contradicción entre constitucionalismo y democracia, sino que ambos son, para volver a usar lenguaje habermasiano, co-originarios.

Por eso la decisión mediante formas institucionales del conflicto político *retiene* de su carácter polémico el momento de unilateralidad que ya hemos observado, pero no puede *reducirse* a dicho momento. En nuestra situación histórico-espiritual, sin

para actuar o decidir a quien, por alguna razón (una imposibilidad o inhabilidad temporal, como en el derecho privado, o simplemente los números, como en las sociedades contemporáneas), no puede hacerlo por sí mismo. Entendida así la representación política, la democracia en tanto representativa es una forma necesariamente subóptima. Pero es a mi juicio un error entender la representación política conforme al modelo de la representación en el derecho privado; no es que es representado por los diputados en el sentido en que el pupilo es representado por el tutor, sino que la representación es constitutiva de la politicidad de la acción política. Esto significa que una condición para entender la acción de un agente como acción política es que éste reclame que su acción no es (solo) su acción es la acción de otro agente porque los representa (los trabajadores, los pensionados, en definitiva: el pueblo). Por ejemplo: los estudiantes que en 2011 salieron a la calle en Chile protestando por una educación pública, gratuita y de calidad debían reclamar también que esa demanda no era solo la demanda de los estudiantes, que ellos en algún sentido (aquí informal, desinstitucionalizado), *representaban* al pueblo de Chile. Los sectores conservadores, por su parte, que se oponía a la demanda de los estudiantes, los criticaban sosteniendo que lo suyo no era una demanda política sino gremial, porque negaban que ellos representaran al pueblo y sostenían, en consecuencia, que cuando los estudiantes marchaban por las calles de Santiago solo marchaban los estudiantes, como un *grupo de presión* que reclamaba porque, como todo grupo, querían más recursos públicos para ellos. Esto muestra que es la pretensión representativa la que politiza, y la negación de la representación es la que des-politiza. Véase al respecto Atria, Salgado, y Wilenmann (2017).

embargo, ese momento, el momento en el que se ha dicho todo y no queda más que decidir votando, es decir, mediante la afirmación unilateral del que tiene más fuerza (=votos) es visto como el momento central, el momento en que el principio democrático aparece en su dimensión más conspicua. Esto es por cierto un error, porque es tan parte del principio democrático el tipo de poder que se ejerce unilateralmente (poder que surge de la discusión pública, poder comunicativo) como el modo en que la decisión se toma (por mayoría). En esto acierta Ernst-Wolfgang Böckenförde, quien observa que «el recurso final a la propia mayoría, que es posible en la democracia, no puede plantearse al comienzo sino solo al final» (Böckenförde, 2000, p. 114; véase adicionalmente Atria, 2016, pp. 173-175). Hoy, sin embargo, este vínculo entre discusión pública y decisión por mayoría es usualmente visto como externo al principio democrático, como una exigencia normativa, por lo que es habitual escuchar que la decisión por mayoría es una «imposición»[17].

Lo anterior muestra que, así como no hay ingenuidad en la tesis de que el conflicto jurídico se resuelve mediante la apelación a la razón, no hay cinismo en la tesis de que el conflicto político se resuelve mediante el ejercicio unilateral del poder. El punto de partida es el de todo análisis institucional: dada la naturaleza polémica del conflicto político, es improbable que las decisiones políticas se tomen desde la perspectiva del interés de todos. Para hacerlo probable se necesitan instituciones, cuyo sentido es hacer probable que el poder que estará disponible para decidir unilateralmente el conflicto político sea un poder que no puede ser creado ni utilizado unilateralmente[18].

¿EL FIN DE LA ÉPOCA DE LA DEMOCRACIA?

Una visión «realista» de la democracia

La facilidad con la que procede nuestra práctica desarrollada nos engaña respecto de su naturaleza porque nos lleva a creer que lo que ella logra no es improbable, nos induce a darla por sentado. Ya no vemos la separación entre derecho y política, la creación de espacios artificiales donde la decisión dependa de la razón y no del ejercicio unilateral de poder, como algo improbable que debe ser cuidado y mantenido. Ahora pensamos que es parte de nuestro mundo social, y que está, simplemente, siempre-ya («always-already») ahí.

17. O, como incomprensiblemente dice Detmold, «una parcialidad» (2001, p. 135). «Incomprensiblemente» porque no lo dice en el contexto de un argumento escéptico respecto de las instituciones políticas, sino como descripción de su propia racionalidad.
18. En otras palabras, la tesis no es y no implica forma alguna de lo que Judith Shklar llamó «legalismo», la creencia de que «la política es considerada no solo algo separado del derecho, sino además inferior al derecho. El derecho tiende a la justicia, mientras la política es solo mira a la conveniencia. El primero es neutral y objetivo, mientras la segunda es el hijo incontrolable de intereses e ideologías» (Shklar, 1968, p. 111).

Al mismo tiempo, la capacidad racionalizadora de la discusión pública es cada vez más precaria, de modo que el poder actualmente disponible es cada vez menos *poder comunicativo* habermasiano y cada vez más poder creado a través de la manipulación de los medios de comunicación, *fake news*, pos-verdades y similares; en suma es cada vez más poder que se presenta como poder comunicativo pero no es sino poder fáctico (al que llamaré, para distinguirlo del poder comunicativo pero mantener a la vista que se presenta como si fuera poder comunicativo, *poder comunicacional*). Como consecuencia, la pretensión de las instituciones políticas de hablar por el pueblo es crecientemente vista como una pretensión falsa, ficticia, una que solo puede ser afirmada irónicamente, con un subtexto cínico. La idea de que la discusión pública puede hacer probable la emergencia de la voluntad general se hace en el mejor de los casos ininteligible (en el peor derechamente una mentira, pura falsa consciencia), con lo que la diferencia entre la voluntad general y la voluntad de la mayoría desaparece. Esto evidentemente priva de autoridad al derecho, porque no hay autoridad en los números.

Para explicarlo con términos más tradicionales, podemos decir que las formas institucionales de la democracia representativa descansan en una idea, la de representación política. Esto se manifiesta en una idea como la contenida en el artículo 1.º del Código Civil chileno: «la ley es una declaración de la voluntad soberana».

El lector contemporáneo entiende que una afirmación como esta debe ser o descriptiva o normativa, *tertium non datur*. Si es normativa, es trivialmente verdadera (sería bueno que la ley fuera una declaración de la voluntad soberana) pero irrelevante. Para que sea una afirmación interesante, la exclusión del tercero obliga a decir que ha de ser descriptiva. Pero es evidente que cuando hablamos de instituciones realmente existentes, asumir que ellas corresponden al ideal normativo es ingenuo: del hecho de que sería normativamente «bueno» que la ley fuera la voluntad del pueblo no se sigue que en los hechos sea la voluntad del pueblo. Por consiguiente la afirmación debe ser reinterpretada, debe significar algo que pueda ser afirmado sin ignorar las limitaciones de las instituciones que existen. Así, por ejemplo, Luigi Ferrajoli explica que la democracia es un método de «formación de las decisiones públicas» que realiza la autonomía y la «libertad positiva» como autogobierno, idea de acuerdo a la cual

> Las decisiones son tomadas, directa o indirectamente, por los destinatarios mismos o más exactamente por la mayoría de ellos y son, en consecuencia, expresión de la 'voluntad' y la 'soberanía popular' (Ferrajoli, 2006, p. 16)[19].

Nótese cómo aquí Ferrajoli reduce el principio democrático, en lo que a formación de la voluntad se refiere, a lo que antes habíamos identificado como el momento final, el momento en que más conspicuamente aparece la dimensión unilateral del ejercicio del poder que decide el conflicto polémico; la manera en la que se crea y acumula el

19. Nótese las comillas que usa Ferrajoli, que cumplen la función de permitirle describir la idea sin asumirla en primera persona.

poder que esos representantes ejercen no merece siquiera una mención. Dado lo que llevamos dicho hasta ahora, esto ignora la forma específica en la que las instituciones democráticas hacen probable el principio de soberanía popular, y solo deja la unilateralidad, la imposición de unos sobre otros.

Nótese adicionalmente que aquí la idea de que el derecho es la voluntad del pueblo es transformada, para hacerla compatible con una sensible dosis de realismo, en la idea de que el derecho es la voluntad de la mayoría. Pero esto es todavía demasiado ingenuo. En efecto, asume que la decisión de la mayoría de una asamblea de representantes elegidos corresponderá a la voluntad de la mayoría de los votantes, y así ignora que los representantes pueden ser «capturados» por poderes fácticos (económicos, militares, etc.), que hay sectores que están sistemáticamente excluidos o se marginan de los procesos electorales, etc. En realidad, entonces, el derecho es simplemente la voluntad de la mayoría de los representantes electos. Purgado así de su misticismo, el «mito» de la voluntad del pueblo es reemplazado por una idea mucho más realista de la voluntad de la mayoría de los representantes. Hecha esta interpretación realista, la afirmación del artículo 1.º del Código Civil puede ser descriptivamente afirmada sin ingenuidad: la ley es una declaración de la voluntad de la mayoría de los miembros de la asamblea legislativa. La democracia realmente existente se trata en realidad de esto.

Lo que desaparece en el tránsito, por cierto, es lo que vincula la decisión política democrática con la idea de voluntad general, con el principio de soberanía popular. Y por eso esta reinterpretación «realista» de la idea democrática *no puede dejar todo lo demás tal como estaba*. Lo que las instituciones democráticas pretenden hacer probable no es que un grupo de personas elegidas decidan por todos, sino que el pueblo gobierne. Si esto último es desechado como un mito, las estructuras que se fundan en esa idea devienen arbitrarias, sin sentido. Nadie vio esto con más claridad que Carl Schmitt en su famosa crítica al «parlamentarismo» (su designación para lo que hoy llamaríamos, creo, «democracia representativa»):

> La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía. Algunas normas de derecho parlamentario actual, especialmente las relativas a la independencia de los diputados y de los debates, dan, a consecuencia de ellos, la impresión de ser un decorado superfluo, inútil e, incluso, vergonzoso, como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para evocar la ilusión de un vivo fuego.
>
> Los partidos… ya no se enfrentan como opiniones que discuten, sino como grupos de poder social o económico, calculando los mutuos intereses y posibilidad de alcanzar el poder y llevando a cabo desde esa base fáctica compromisos y coaliciones. Se gana a las masas mediante un aparato propagandístico… El argumento… desaparece y en las negociaciones entre partidos se pone en su lugar, como objetivo consciente, el cálculo de intereses y de oportunidades de poder (Schmitt, 1990, p. 9).

Una vez que la idea que daba sentido a las estructuras de las instituciones políticas es desechada y reemplazada por una idea diferente, muchas de sus características (poderes, modos de operación y otros similares) devienen problemáticos o derechamente irracionales, y quedan entonces expuestos a ser reinterpretadas para eliminar esos aspectos problemático o irracionales. Cuando la idea de voluntad general es desechada y reemplazad por lo que Rousseau correctamente vio como su opuesto, la voluntad de la mayoría (y de los representantes, además), la legislación democrática no puede ser entendida como internamente vinculada a la libertad positiva (*i.e.* como una de las condiciones de la libertad colectiva) y ha de ser interpretada como una amenaza a la libertad, justificable solo por razones externas, como la necesidad de coordinación, o el aseguramiento de la paz en un sentido hobbesiano u otras similares («contar las cabezas es preferible a cortarlas», «*the ballot is stronger than the bullet*», etc.)

Desde un punto de vista político, una vez que la legislación democrática es entendida como propiamente la voluntad de la (alguna) mayoría, gran parte de los dispositivos institucionales orientados a hacer probable la emergencia de una voluntad común, la voluntad general, aparecerán pasados de moda, incluso vergonzosos, como las llamas pintadas en un aparato de calefacción para dar la impresión de fuego vivo; en particular, la idea de discusión pública aparecerá crecientemente como una pérdida de tiempo, que no justifica el retraso en las decisiones políticas que normalmente implica. La política será vista cada vez más como ejercicio de poder desnudo, y la democracia queda vacía de contenido[20]. Lo llamo aquí «desnudo» porque la idea de que el poder político es solo poder comunicativo será ahora vista como otro mito, pura ingenuidad, a ser reemplazado por lo que «efectivamente ocurre»: la deliberación realmente existente no es deliberación, menos en estos días de Cambridge Analytica, etc. Si algo, es poder comunicacional, poder que surge de la manipulación de la opinión pública. Pero a diferencia del poder comunicativo, el poder comunicacional es solo poder fáctico. Entonces deberemos decir que lo característico del principio democrático no es el modo en que el poder se genera, porque el de los números es un poder tan unilateral como cualquier otro[21]. Lo característico es el momento de la unilateralidad, la «imposición» de la mayoría parlamentaria.

20. Schmitt explica que esto fue lo que ocurrió con la monarquía: la idea en que descansaba el principio monárquico (el honor del monarca, la idea de que el rey no es como yo) dejó de ser una «verdad evidente» y pasó a ser evidentemente falsa. Y entonces el principio monárquico, que había sido el principio político legitimador dominante por siglos, simplemente caducó: «se puede considerar como terminado el tiempo de la monarquía cuando se pierde el sentido del principio de la monarquía, el honor… El aparato exterior de la institución monárquica podrá seguir existiendo durante mucho tiempo, pero, no obstante, el tiempo de la monarquía habrá tocado a su fin» (Schmitt, 1990, pp. 11-12). La pregunta para nosotros es cuál es la idea correspondiente que sostiene socialmente el principio democrático.
21. Si, podría decirse que el poder de los números tiene al menos un componente igualitario: cada uno cuenta como uno, nadie como más que uno. Pero esto también contiene una idealización: si solo de contar se trata, no todos son iguales en carisma, elocuencia, control de los medios de comunicación, etc.

La política se juridifica

Esta transformación de nuestra comprensión de la política democrática implica una transformación correspondiente de su relación con el derecho. El derecho (el «constitucionalismo») ya no es acerca de hacer probable el principio de soberanía popular en contextos de polemicidad. Si la decisión política es el ejercicio de poder desnudo, la imposición de una unilateralidad, ha de quedar idealmente reducido a las cuestiones en las que la imposición unilateral es tolerable[22].

Huelga decir que esa esfera es harto reducida[23]. Una manera de caracterizarla, por ejemplo, es la que sugirió originalmente Dworkin en *Los Derechos en Serio*: la política sería la esfera de las *policies*, no de los *principles* (Dworkin, 1977). Ahora bien, ¿cómo es posible confinar a la política de ese modo, como es posible asegurar que las cuestiones que son demasiado importantes como para quedar entregadas al ejercicio del poder desnudo sean adecuadamente decididas? La respuesta es: a través del derecho, porque el derecho es una alternativa al conflicto político, el derecho no es polémico, es imparcial. El derecho tiene precisamente eso que ahora le falta a la política democrática: razón, imparcialidad, justicia, *argumento*. La consecuencia ha sido, especialmente en las últimas décadas, especialmente en Latinoamérica, un movimiento persistente hacia la juridificación de lo político, hacia trasladar cuestiones que eran vistas como propiamente asuntos de decisión política hacia lo que el mismo Dworkin llamó «el foro de los principios». Este es un foro de la razón, al cual las cuestiones son «llamadas» (Dworkin, 1985, p. 71) desde lo que correspondientemente Dworkin llamo el «campo de batalla de la política del poder» (*the battleground of power politics*, *ibid*.). Este desplazamiento tiene la finalidad de asegurar que las cuestiones relevantes serán decididas conforme a la razón, no arbitrariamente:

> La revisión judicial asegura que las cuestiones más fundamentales de moralidad política serán finalmente expuestas y debatidas como cuestiones de principio y no como cuestiones de puro poder político, una transformación que no puede ocurrir, al menos no completamente, dentro de la legislatura misma (Dworkin, 1985, p. 71).

Aquí yace el error. El error no está en el anhelo: por cierto que hay algo intranquilizador en la idea de que las cuestiones más fundamentales de moralidad política sean decididas por el ejercicio unilateral del poder desnudo. El error es el error diagnosticado por Detmold: engañados por la naturalidad de nuestras prácticas desarrolladas, toma

22. Como dice acertadamente Moreso, cuando explica que hay «al menos» un tipo de cuestiones respecto de las cuales el mecanismo del referéndum es «plausible»: «cuestiones relevantes para el grupo, que son moral y políticamente indiferentes, pero que afectan a todos de un modo especial» (2018, p. 1663). Como se trata de cuestiones moral y políticamente indiferentes son cuestiones respecto de las cuales la imposición unilateral es tolerable.
23. El ejemplo de Moreso (2018, p. 1663) es la decisión sobre la remodelación de una avenida urbana, si como una rambla (con un paseo peatonal al medio) o como un boulevard (con paseos peatonales a los costados y al centro la vía para el tránsito rodado).

la imparcialidad del derecho como siempre-ya asegurada, de modo que al juridificar la política el espacio del conflicto polémico quedará reducido y el alcance de la razón se expandirá correspondientemente; el error es pensar que la imparcialidad del derecho sobrevivirá cualquier ampliación, y podrá entonces domesticar la naturaleza polémica del conflicto político, porque el derecho en su capacidad de recurrir a la razón y no al poder estará siempre ahí, disponible.

Lo que hoy reclama ser constitucionalismo ya no cree, como lo hacía la tradición constitucionalista, que era posible asumir la naturaleza polémica de lo político y construir sobre ella, para hacer probable, mediante las ideas de discusión pública y representación política, que aunque lo político seguiría siendo polémico, el poder a ser usado para decidir unilateralmente el conflicto político sería ese poder que no puede ser generado unilateralmente, poder comunicativo. El constitucionalismo de nuestra época no tiene siquiera un lenguaje en el cual expresar inteligiblemente esta idea; y entonces renuncia a construir una solución sobre la característica definitoria de lo político, y busca negarla. La política es vista como el problema, no como la solución (esto es «legalismo» en el sentido de Shklar, 1968). Pero esto no es solución alguna, como Dworkin, más tarde, notaría[24]. No es una solución porque descansa en el error identificado por Detmold: asume el derecho como algo dado, ignora que la política tiene una suerte de toque de Midas. Esto es algo que, de nuevo, nadie observó más claramente que Carl Schmitt, esta vez en polémica con Kelsen:

> Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que acaso ya no es justiciable solo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de observar, la consecuencia no sería una juridificación de la política, sino más bien una politización de la justicia (Schmitt, 1998b, p. 57)[25].

24. En una entrevista radial en 1991 le preguntaron a Dworkin si le preocupaba que sus escritos sobre *judicial review* pudieran ser citados por una Corte Suprema de derecha para justificar sus decisiones conservadoras. Su respuesta fue: «si, tengo pesadillas de que eso pueda pasar»; «Quizás estamos apostando al caballo equivocado. Estamos apostando al caballo que solía ser. Porque solía ser un caballo liberal, y ahora es un caballo terriblemente conservador» (en Gearty, 1992). Casi dos décadas después, con una Corte Suprema considerablemente más conservadora que la de 1991 (pero mucho menos conservadora que la actual), denunciaba la existencia, en la Corte Suprema, de una «inquebrantable falange» de «ultra-derecha». Esta «right-wing phallanx» estaba embarcada en una «revolución jacobina en su desprecio por la tradición y el precedente», «decidida a rehacer el derecho constitucional mediante la anulación… de las doctrinas constitucionales centrales que generaciones pasadas de jueces, conservadores tanto como liberales, habían construido» (Dworkin, 2008, p. 47).
25. Francisco Vila llamó mi atención sobre el hecho de que en este pasaje la advertencia es que lo que se politizaría es la justicia, porque la justicia ha de ser imparcial e independiente, sujeta solo a la ley, etc. La justicia, no el derecho. El derecho sería, según Vila, polémico, porque es el resultado del conflicto polémico. Esto, a mi juicio, ignora la diferencia, innegable desde Rawls (1955) entre la decisión sobre la práctica y la decisión bajo la práctica. Por cierto que la cuestión de cual ha de ser el contenido del derecho es polémica; ese es, de hecho, un aspecto importante del conflicto político, y nos ha servido de ejemplo más arriba. Pero una vez decidido el conflicto (polémico) sobre el contenido del derecho, es decir dictada ya la ley, ésta constituye un estándar que se identifica conforme a la regla de

Lo polémico no puede ser negado. Eso no quiere decir que debemos aceptar la decisión arbitraria y unilateral. Lo que quiere decir es que las formas institucionales que busquen negar la naturaleza polémica de lo político solo logran relocalizar el momento de decisión unilateral, erosionando otras cuestiones en el intento.

El derecho se hace polémico

Esto último, de nuevo, no es mera teorización. Lo que vemos hoy es exactamente lo que esperaríamos, asumiendo el argumento anterior: el derecho se hace crecientemente polémico. La tendencia no puede ser ignorada. Esto tiene una consecuencia especialmente irónica: una de las más importantes victorias a ser logradas en el campo de batalla de la política del poder es controlar el foro de los principios, como Dworkin alcanzó a vivir para observar[26]. El premio de quien lo controla es poder ilimitado. Estados Unidos marcó el camino a seguir, cuando la Corte Suprema decidió quién sería presidente en 2000, en una decisión tan obviamente partisana que la propia Corte se vio forzada a declarar que no debía ser tomada como precedente[27]. Y en Venezuela el gobierno, actuando a través de su mayoría en el Tribunal Supremo de Justicia, suspendió a la Asamblea Nacional después de que había perdido su mayoría en ella en 2015[28]; y en Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional autorizó la candidatura a la reelección del presidente Evo Morales, pese a una regla explícita que limitaba la reelección, porque esa regla fue declarada en contradicción con el derecho del ciudadano Evo Morales a votar y ser elegido (pese a que Morales había buscado una reforma constitucional que eliminara la restricción a la reelección, que había sido rechazada por el pueblo boliviano en plebiscito el 21 de febrero de 2016)[29]; y en Brasil, por cierto, la Corte Suprema decidió la elección presidencial de 2018 en favor de Jair Bolsonaro, al sostener una decisión

reconocimiento, que mira a consideraciones formales (en este sentido el derecho «trivializa» lo político: véase Atria, 2013, pp. 20-24). Precisamente porque la ley ya dictada es un estándar cuya identificación no es polémica es que el juez es imparcial en la medida en que decide sujeto a la ley. La «politización de la justicia» contra la que advierte Schmitt es la polemicización de los estándares conforme a los cuales el juez debe decidir. Ahora bien, eso pone ciertas condiciones al modo de identificación del derecho. Un derecho de «principios» tiene, por cierto, un mayor nivel de polemicidad que un derecho de reglas, porque los principios son estándares no ponderados mientras las reglas reflejan el resultado de una ponderación ya realizada (véase Atria, 2016, p. 208); mientras más centrales sean los principios en la operación normal del sistema jurídico, más polémica será la identificación del derecho. El giro «principialista», entonces, es parte de la tendencia que ahora estamos considerando.

26. «Cada cuatro años liberales y conservadores declaran la elección que viene como la más importante en décadas. Y cada cuatro años, en años recientes, han estado en lo correcto», sostuvo Dworkin en 2012. La elección de un presidente de derecha entonces sería «una catástrofe», y esa catástrofe «puede muy probablemente prolongarse por décadas por los nombramientos de Romney a la Corte Suprema» (Dworkin, 2012).
27. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Sobre esta decisión véase Dworkin (2002).
28. Exp. 16-0449, de 20 de agosto de 2016 (sala constitucional), disponible en http://www.tsj.gob.ve/.
29. Sentencia 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, disponible en buscador.tcpbolivia.bo.

tomada por un juez que sería nombrado ministro del presidente Bolsonaro a pocos días de asumir el cargo; y en Chile los defensores del modelo neoliberal usan su control de la mayoría del Tribunal Constitucional para detener cualquier reforma legal que afecta ese modelo y que ellos resultan incapaces de detener en el proceso legislativo[30].

Esta irrupción de diversas formas de «lawfare» es la marca de que la distinción entre derecho y política se está perdiendo. Es que el desplazamiento de cuestiones desde el campo polémico de la política al campo imparcial del derecho, que buscaba someter la unilateralidad de la decisión política a la imparcialidad del derecho, ha tenido un resultado exactamente contrario al previsto, el resultado en su momento previsto por Schmitt. En vez de someter la política a los principios, en vez de crear un modo imparcial de solucionar el conflicto polémico, lo que ha ocurrido es las decisiones judiciales ahora se negocian como las decisiones que se obtienen en el Congreso, que el derecho pierde su capacidad de crear artificialmente espacios de imparcialidad y deviene, él mismo, polémico. Jueces neoliberales o conservadores deciden conforme a un derecho neoliberal o conservador mientras jueces progresistas deciden de acuerdo a un derecho progresista. El derecho es cada vez menos común.

CONCLUSIÓN: ¿NADA NUEVO BAJO EL SOL?

A todo esto, los teóricos del derecho responderán con impaciencia. Los autores usualmente caracterizados como «no positivistas», que han apoyado y celebrado cada paso en la dirección de la juridificación de la política, no verán nada problemático, porque ellos son las víctimas principales del error contra el cual nos advertía Detmold. Dirán, sin notar que con eso enuncian un problema, que la interpretación, especialmente la constitucional, es una tarea «jurídico-política», que ella siempre ha estado influenciada por las opiniones políticas de los jueces, que Dworkin ha mostrado que «la lectura moral de la Constitución» no es incompatible con el foro de los principios, etc.; los autores positivistas no verán en lo que hemos estado observando sino la misma buena y vieja textura abierta y discreción judicial: *nihil novi sub sole*; y los críticos, por último… estarán de acuerdo. También ellos dirán que no hay nada nuevo bajo el sol. Sus razones serán diferentes, por cierto. Ellos dirán que el derecho siempre ha sido una forma de enmascarar la política, que la idea de que el derecho puede crear artificialmente espacios de imparcialidad donde la razón y no el poder unilateral sea decisiva es y siempre ha sido falsa. Como siempre ha sido una mentira, nada de significación se está perdiendo ahora. Si algo, al menos ahora estamos viendo las cosas como realmente son.

Y mientras desde la teoría del derecho nada relevante se observa estar ocurriendo, las instituciones del Estado democrático se debilitan cada vez más, y la promesa de las instituciones democráticas parece cada vez más fantasiosa; las formas jurídicas cuyo

30. Véase, por ejemplo, Atria y Salgado (2018).

sentido es hacer probable el principio de soberanía popular parecen cada vez más como llamas pintadas sobre un aparato de calefacción para dar la impresión de un fuego vivo. Y formas alternativas de producir legitimación, mediante una conexión directa del pueblo con la gente, que ya podemos observar en su mejor versión en El Salvador, están ganando espacio.

Entonces, la verdad se vengará.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B. (1991). *We the People: Foundations*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Allende, S. (1972). *Los socialistas y el gobierno popular*. Informe al pleno del Partido Socialista. Recuperado de www.marxists.org

Alvarado, C. (2016). *La Ilusión Constitucional*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.

Atria, F. (2013). *La Constitución Tramposa*. Santiago: Lom.

Atria, F. (2016). *La Forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Atria, F., & Salgado, C. (2018). «El tribunal constitucional desatado». En H. Cárdenas (Ed.), *Jurisprudencia Crítica. Comentarios de Fallos 2015-2017*. Santiago: Rubicon.

Atria, F., Salgado, C., & Wilenmann, J. (2017). *Democracia y Neutralización. Sobre el origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago: Lom.

Bellamy, R. (2006). «Introduction». En R. Bellamy (Ed.), *Constitutionalism and Democracy*. Londres: Routledge.

Böckenförde, E. W. (2000). «La democracia como principio constitucional». En *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (pp. 47-131). Madrid: Trotta.

Capelletti, M. (1989). *The Judicial process in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press.

Detmold, M. J. (2001). «The nature of judicial power». En *Public Law Review, 12*(2), 135-153.

Detmold, M. J. (2002). «Law as the structure of meaning». En Jeffrey Goldsworthy y T. Campbell (Eds.), *Legal Interpretation in Democratic States* (pp. 153-172). Dartmouth: Ashgate.

Dworkin, R. M. (1977). «The model of rules (I)». En *Taking Rights Seriously* (pp. 14-45). Cambridge, Ma: Harvard University Press.

Dworkin, R. M. (1985). «The forum of principle». En *A Matter of Principle* (pp. 33-71). Oxford: Clarendon Press.

Dworkin, R. M. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana.

Dworkin, R. M. (2008). *The Supreme Court Phallanx. The Court's new right-wing block*. New York, NY: New York Review Books.

Dworkin, R. M. (2012). «The election, II». *The New York Review of Books*, 8 de noviembre.

Dworkin, R. M. (Ed.) (2002). *A Badly Flawed Election. Bush V. Gore, the Supreme Court and American Democracy*. New York, NY: The New Press.

Ferrajoli, L. (2006). «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales». En *Doxa, 29*, 15-31.

Fuller, L. (1978). «The Forms and Limits of Adjudication ». En *Harvard Law Review, 92*(2), 353-409.

García de Enterría, E. (1994). *La Lengua de los Derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Civitas.
Garcia, J. F., & Verdugo, S. (2013). *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Libertad y Desarrollo.
Gargarella, R. (2015). *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Barcelona: Katz Editores.
Gearty, C. A. (1992). «The paradox of United States democracy». En *University of Richmond Law Review, 26*, 259-279.
Guzmán, J. (1979). «El Camino Político». En *Realidad, 7*, 13-23.
Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez* (M Jiménez, Trad). Madrid: Trotta.
Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2008). *The Federalist Papers*. New York, NY: Oxford University Press.
Hart, H. L. A. (1963). *El Concepto de Derecho* (G Carrió, Trad). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
Laporta, F. (1989). «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política. Algunas propuestas para el debate». *Doxa, 6*.
Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución* (A. G. Anabitarte, Trad). Barcelona: Ariel.
Moore, M. (1994). «Law as a functional kind». En R. George (Ed.), *Natural Law Theory* (pp. 188-242). Oxford: Clarendon Press.
Moreso, J. J. (2018). «Lecciones canadienses: sobre democracia, constitucionalismo y federalismo». En B. Pendás (Ed.), *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y Perspectivas* (pp. 1657-1673).
Rawls, J. (1955). «Two Concepts of Rules». En *Philosophical Review*, 3-32.
Rubenfeld, J. (2001). *Freedom and Time*. New Haven, CT: Yale University Press.
Schmitt, C. (1990). *Sobre el Parlamentarismo*. Madrid: Tecnos.
Schmitt, C. (1992). *Teoría de la Constitución* (F Ayala, Trad.). Madrid: Alianza.
Schmitt, C. (1998a). *El Concepto de lo Político* (R Agapito, Trad.). Madrid: Alianza.
Schmitt, C. (1998b). *La Defensa de la Constitución* (M. Sánchez, Trad.). Barcelona: Labor.
Shklar, J. (1968). *Legalismo*. Buenos Aires: Omeba.
Soto, E. (1982). *El Recurso de Protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
Streeck, W. (2012). *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. London: Verso.
Streeck, W. (2016). «Introduction». En *How Will Capitalism End?* (pp. 1-46). London: Verso.
Troper, M. (1999). «La máquina y la norma. Dos modelos de constitución». En *Doxa, 22*, 331-347.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 267-280
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.9

Populismo: ¿realización o mutación genética de la democracia?

Populism: Realization or Genetic Mutation of Democracy?

Ermanno Vitale

Autor:
Ermanno Vitale
Catedrático de Filosofía Política, jubilado en 2022
Università della Valle d'Aosta, Italia
e.vitale@univda.it
https://orcid.org/0000-0002-0766-3347

Recibido: 19/07/2023
Aceptado: 05/03/2024

Citar como:
Vitale, Ermanno (2024). Populismo: ¿realización o mutación genética de la democracia? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 267-280. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.9

Traducción:
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Universidad de Sevilla, España
jedelgad@der-pu.uc3m.es
https://orcid.org/0000-0002-3818-5990

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Ermanno Vitale
© 2024 Jesús Ignacio Delgado Rojas, de la traducción

Resumen

En este trabajo se analizan algunos de los peligros con los que el populismo amenaza la democracia. Se argumenta acerca de si el populismo, que se presenta como la realización perfecta de la democracia, no es sino una forma regresiva de ese régimen político, su indeseable mutación genética. El artículo aborda la difícil y tensa relación entre democracia y elitismo; la condición carismática del líder populista, la desintermediación en su relación con el pueblo y la simplificación que hacen del discurso y asuntos públicos; la crítica que se dirige a los intelectuales y un cierto desprecio por la cultura y la educación de alto nivel; y, por último, se pone de manifiesto el desgaste que sufre el poder judicial y los mecanismos de garantía ante las continuas acusaciones populistas de falta de independencia o de elección directa de sus miembros.

Palabras clave: Populismo; democracia; autocracia; elitismo; pueblo.

Abstract

This paper analyses some of the dangers with which populism threatens democracy. It argues whether populism, which is presented as the perfect realisation of democracy, is but a regressive form of that political regime, its undesirable genetic mutation. The article examines the difficult and tense relationship between democracy and elitism; the charismatic condition of the populist leader, the disintermediation in their relationship with the people and their simplification of public discourse and affairs; the criticism directed at intellectuals and a certain disdain for culture and high-level education; and, finally, the erosion of the judiciary and its guarantee mechanisms in the face of continuous populist accusations of lack of independence or direct election of its members.

Keywords: Populism; democracy; autocracy; elitism; working class.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, en todo el mundo, incluida Europa Occidental, se habla mucho de populismo, sobre todo con la intención de describir una transformación de las democracias constitucionales: una propuesta que se centra en la idea de que la «voluntad del pueblo» –sea lo que sea que esa expresión signifique– debe ser legítimamente reconocida como la auténtica fuente de la verdadera toma de decisiones democrática, finalmente liberada de las restricciones y límites impuestos, en nombre de las libertades individuales, por la tradición liberal, básicamente considerada una artimaña de las oligarquías económicas e intelectuales para invalidar y manipular la elección popular y mantener *de facto* la riendas del poder político y social. Por tanto, para lograr una verdadera democracia, es necesario asegurar que los procedimientos y las formas institucionales sean considerados secundarios, cuando no que se abandonen directamente por resultar limitaciones inútiles o incluso perjudiciales para el desarrollo de la acción de un gobierno que quiere ser auténticamente popular. En primer plano, en cambio, debe situarse la relación directa, emocional, tendencialmente desprovista de intermediación, entre el «pueblo» y un líder que apela al carisma y al cumplimiento de una tarea histórica a cuyo destino dice estar llamado. Una tarea descrita, obviamente, como un desafío gigantesco y heroico para recuperar la grandeza perdida, es decir, para reconquistar el lugar que le corresponde entre las naciones a su pueblo virtuoso, que ha sido saqueado y humillado por unas élites codiciosas y corruptas a las que hay que derrotar o cuando menos cortar las uñas.

Evidentemente, esta descripción implica un juicio de valor fuertemente negativo por parte de quienes consideran esta perspectiva como el *de profundis* del Estado democrático de Derecho y, en consecuencia, temen que por esta vía los regímenes democráticos se conviertan primero en «democraduras» y luego simplemente en autocracias con rasgos más o menos totalitarios. Yo, lo afirmo de inmediato y sin medios términos, soy de los que perciben este riesgo como extremadamente real, y dedicaré el resto de esta intervención a argumentar en este sentido, sin detenerme a reconstruir históricamente ni a analizar el concepto de populismo, sobre lo cual ya se ha reflexionado bastante en sus diversas declinaciones y formas de presentarse en la escena mundial. En definitiva, en mi opinión, lejos de ser la realización de la democracia –como pretenden las diversas formas de populismo, retomando esa idea de democracia «sustancial» consistente en el poder casi absoluto y ubicuo de una mayoría que coincidiría con el «pueblo»–, esta idea primitiva de democracia, que ya Mill y Tocqueville habían tachado de *tiranía de la mayoría*, representa precisamente una forma regresiva de democracia constitucional, vale decir su indeseable mutación genética; una democracia debilitada que corre el riesgo de ser privada de los anticuerpos capaces de repeler los impulsos autoritarios que siempre acechan a cualquier comunidad política, incluso en las llamadas «democracias avanzadas» que definimos como tales precisamente porque las consideramos inmunes a este riesgo.

Como he mencionado anteriormente, el llamado «populismo» no es ciertamente nada nuevo en la historia del pensamiento político. Tiene una historia que se remonta a mediados del siglo XIX y, como bien ha subrayado Guadalupe Salmorán, una geografía que nos lleva desde Rusia hasta los Estados Unidos de América, acabando quizás por encontrar su asentamiento más estable y exitoso en la América Latina del siglo pasado[1]. La bibliografía sobre el tema, y sobre el populismo en particular, es a estas alturas muy extensa, yo diría que «inabarcable», y los trabajos de Gino Germani y Ernesto Laclau, hasta llegar a Loris Zanatta, constituyen, al menos en mi opinión, las piedras angulares y ampliamente conocidas[2]. Desde este punto de vista, no creo que haya mucho más que añadir, aunque, como todos los conceptos políticos, también el de «populismo» puede dar lugar en las universidades a eruditos desafíos interpretativos, a agotadores esfuerzos histórico-analíticos.

Sin desmerecer en absoluto la importancia de estos trabajos, permítanme que deje a un lado el plano más estrictamente académico de la discusión para dirigirme a ustedes tratando de enumerar y al mismo tiempo aclarar, ante todo a mí mismo, cuáles son o parecen ser los fenómenos y características que, presentándose total o parcialmente, de manera a menudo contradictoria y en distintos niveles de gravedad, pueden calificarse –si se me permite una mera (y respetuosa) sugerencia, de manera análoga a lo que se denomina trastornos del espectro autista– como los trastornos del espectro populista que pueden aquejar hoy a los regímenes democráticos.

2. LA GRAN MENTIRA DEL POPULISMO

El populismo se basa en la oposición entre el pueblo, entendido como una parte sana, virtuosa, trabajadora y patriota de la nación (o comunidad política), y la(s) élite(s), entendida como una minoría adinerada, que dispone de casi todos los recursos económicos, intelectuales y comunicativos para orientar y gobernar de facto los procesos de toma de decisiones públicas, a pesar de ser precisamente una minoría. Esto haría que la voluntad popular no fuera más que un simulacro. Los derechos del hombre y del ciudadano y, más en general, el liberalismo, serían las herramientas conceptuales e ideológicas que, al limitar la democracia, habrían permitido perpetuar el dominio de las élites sobre las masas populares.

Hay que admitir que hay algo de verdad empírica en estas afirmaciones. Los principales estudiosos de la democracia del siglo XX –Kelsen, Schumpeter, Sartori y Bobbio,

1. Salmorán Villar, G., *Populismo. Historia y geografía de un concepto*, UNAM, México, 2021.
2. Laclau, E., *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005; Germani, G., *Authoritarianism, Fascism and National Populism*, Transaction Books, New Jersey, 1978 [hay trad. española: Germani, G., *Autoritarismo, Fascismo y Populismo Nacional*, Temas, Buenos Aires, 2003]; y Zanatta, L., *Il populismo*, Carocci, Roma, 2013 [hay trad. española: Zanatta, L., *El populismo*, Buenos Aires, Katz, 2014].

por citar sólo algunos– coincidieron al señalar, más o menos abiertamente, que el elitismo es parte integrante de las democracias de carne y hueso. Sin reconocer el papel de las élites, la democracia sigue siendo un ideal, una utopía que sólo puede habitar, diría Platón, «en nuestros discursos». Kelsen era consciente de ello y, aunque no pertenecía a los autores catalogados como teóricos de las élites porque era partidario de una democracia lo más representativa posible del pluralismo social, escribió:

> El parlamentarismo se presenta como transacción entre la exigencia democrática de libertad y el principio, imprescindible para todo progreso de la técnica social, de la distribución diferenciada del trabajo. […] Cuanto más grande es la colectividad política, tanto menos capaz se muestra el 'pueblo', como tal, de desenvolver la actividad creadora de la formación directa de la voluntad política[3].

De paso, observo que para Kelsen el mejor compromiso para minimizar el inevitable elitismo asociado a la propia existencia de «representantes» era la forma parlamentaria de democracia, no la presidencial, como prefieren en cambio los populistas.

Pero si uno no se detiene exclusivamente en las primeras páginas del *Contrato social* y sigue leyendo, descubre que el propio Rousseau, considerado como el defensor de la democracia directa y verdaderamente popular, admite que incluso el régimen idealmente fundado en la expresión de la voluntad general y en la igualdad política de sus miembros se ve obligado a contar con la tendencia natural a la concentración del poder, es decir, al menos a nivel de gobierno, con una dimensión «oligárquica»:

> Según el orden natural, estas diferentes voluntades devienen más activas a medida que se concentran. Así, la voluntad general es siempre la más débil; la voluntad de cuerpo ocupa el segundo grado, y la voluntad particular el primero de todos; de suerte que, en el gobierno, cada miembro es primeramente él mismo; luego, magistrado, y después, ciudadano; gradación directamente opuesta a aquella que exige el orden social [ideal][4].

En definitiva, hay que reconocer que democracia y elitismo, abstractamente en oposición frontal, en realidad no sólo coexisten, sino que la primera no puede prescindir del segundo. Negar o minimizar esta necesaria relación, más aún en las comunidades políticas contemporáneas, cada vez más articuladas, plurales y conflictivas, es la *gran mentira* del populismo. Los políticos que enarbolan la bandera de «¡todo el poder para el pueblo!» no son más que una élite entre otras, que, sin embargo, *se disfrazan* con ropajes populares para lograr el consentimiento de los ciudadanos más desfavorecidos y el de una clase media que teme perder su estatus social. Para ello, el primer movimiento consiste en identificar a las élites establecidas como los «enemigos del pueblo», acusándolas de haber *traicionado*, en pocas palabras, las expectativas que el pueblo –entendido como los pobres, los muy pobres o las clases sociales menos acomodadas– depositó en ellas.

3. Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934, p. 52.
4. Rousseau, J.J., *Contrato Social*, pról. Manuel Tuñón de Lara y trad. de Fernando de los Ríos, Austral, Madrid, 1975, p. 91. El adjetivo final entre corchetes es mío.

También a este respecto hay que admitir de nuevo que, como ya observó Lasch[5], la traición a la democracia por parte de unas élites que se conciben a sí mismas cada vez más globales y desvinculadas del resto del cuerpo social no es puramente imaginaria, ingeniosamente construida. Unas élites más responsables, menos obtusamente oligárquicas, tal vez permitirían evitar desde el principio el riesgo de derivas populistas. Pero no ha sido el caso y probablemente tampoco lo será en el futuro. Desde esta conciencia es necesario, por tanto, tratar de entender si estas élites, a pesar de su insuficiencia respecto al papel ideal que les asignaron los clásicos del elitismo, son en todo caso preferibles, al menos desde el punto de vista de las instituciones democráticas, a las soluciones populistas. Dicho de otro modo, si el populismo no es un remedio peor que el mal que se propone curar.

Tal vez este engaño, en la teoría y sobre todo en la práctica, bastaría para que el populismo resultara sospechoso. Repito. Es una completa mentira pretender que en una colectividad compleja, como son todas las comunidades nacionales contemporáneas, pueda haber política y gobierno sin élites. La única diferencia es que las élites populistas se presentan paradójicamente como… antielitistas, tratando de hacer creer la narrativa de que pueda haber políticos que encarnen los verdaderos sentimientos y necesidades del pueblo porque, a diferencia de los otros, provienen del pueblo mismo. Se presentan apelando a la parte emocional de los votantes diciendo «yo soy uno de vosotros», vengo del campo o de los barrios obreros y no de los acomodados, conozco el sudor y el esfuerzo de vivir, la lucha diaria con las penurias económicas, y por lo tanto sabré interpretar vuestras profundas necesidades, a diferencia de las élites que han sido educadas entre algodones y en las mejores escuelas. Un caso interesante es el de la actual «Primera Ministra» italiana, que se describió a sí misma como una «underdog», una desfavorecida, presentándose como la mujer que viene del pueblo y habla como el pueblo, pero que a pesar de ello ha triunfado contra todo pronóstico porque el pueblo –podríamos decir la Italia profunda, tradicionalista y laboriosa– se reconoce en ella, y ahora lidera el gobierno italiano apoyada por una coalición de tres partidos de derecha. Esta narrativa, por el momento exitosa y convincente, es en gran medida un puro producto de habilidades de comunicación y marketing político, que tiende a ocultar el hecho de que ella lleva en política desde los 15 años y que se ha dedicado profesionalmente a la política al menos desde 1998, cuando fue elegida consejera de la provincia de Roma para convertirse en diputada nacional en 2006, con sólo 29 años, y luego en ministra de la República en 2008. Todos ellos cargos prestigiosos y bien remunerados, al menos en Italia, pero creo que no sólo en Italia. En resumen, un *cursus honorum* que hace realmente inverosímil presentarse como una desfavorecida. Y sin

5. Lasch, C., *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, Norton, New York, 1995 [hay trad. española: Lasch, C., *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, trad. de Francisco Javier Ruiz Calderón, Paidós, Barcelona, 1996].

embargo, en el eclipse de la razón que produce y alimenta la distorsión populista de la democracia constitucional, este juego parece funcionar muy bien.

3. CARISMA Y DESINTERMEDIACIÓN

Para interpretar las necesidades del «pueblo» –que al fin y al cabo coincide en gran medida con el grupo de personas enfadadas que están o se sienten socialmente oprimidas y desfavorecidas; repito: lo estén o no realmente–, el (necesariamente o al menos tendencialmente) líder carismático de un partido populista debe practicar el arte de la desintermediación. Los canales institucionales deben ser flanqueados, cuando no de hecho totalmente sustituidos, por la comunicación directa a través de la televisión y las redes sociales del líder con el pueblo, *con su pueblo*. A través de mensajes cuidadosamente diseñados, el líder, en un lenguaje sencillo, incluso pobre y coloquial, cuenta –obviamente en condiciones en las que no hay contradicción, sin periodistas que acaso les formulen preguntas incomodas– cómo está trabajando día y noche, sin descanso, para implementar medidas de justicia e igualdad, en definitiva, para hacer la vida de sus conciudadanos más segura y tranquila, cuando no más feliz. Por lo que se refiere a Italia, es difícil calcular con precisión el volumen de la desbordante comunicación de nuestro actual Presidente del Consejo a través de frecuentes vídeos que luego son relanzados en todas las redes y plataformas. Se calcula que, en Italia, en los primeros meses de 2023, la mayoría gobernante ocupó dos de cada tres minutos de los informativos de la televisión pública. Todavía estamos lejos de la apropiación total de los espacios públicos y de los medios de comunicación de masas, de los famosos discursos con los que el presidente Chávez arengaba a los venezolanos todos los días durante horas, por poner un ejemplo, pero la dirección de la marcha parece ir en ese sentido. Una característica del político populista es que, incluso una vez que ha llegado al poder, continúa gritando contra el poder, comportándose como si estuviera en la oposición, refiriéndose a conspiraciones que hay que frustrar y a poderes oscuros que le impiden gobernar como él quisiera, como si las élites que dice haber derrotado siguieran en el gobierno. Con esta actitud tendencialmente esquizofrénica, el populismo busca constantemente a los «enemigos del pueblo» y tacha de tales a todos los opositores, que precisamente ya no son adversarios políticos sino enemigos políticos. A estos últimos hay que desenmascararlos públicamente. Si es necesario, señalándolos por su nombre y apellidos para desacreditarlos y ridiculizarlos públicamente, sin preocuparse de si ello pone en peligro su seguridad. Sobre el punto de que a causa de estos modos se vaya perfilando una oximorónica «democracia iliberal» me parece inútil seguir argumentándolo.

4. LA SIMPLIFICACIÓN DEL DISCURSO PÚBLICO

Un segundo aspecto, en línea con la desintermediación, es la simplificación de los asuntos públicos propia del populismo. Hoy, todas estas cuestiones son terriblemente complejas y requieren la pericia de los expertos, de esa reserva de conocimientos, no sólo estrictamente técnicos, que se forma en las universidades y otras instituciones de enseñanza superior. Pero en esas instituciones acechan en gran medida precisamente esas élites consideradas enemigas del pueblo, ese pueblo a cuyos ojos recordar la complejidad de los problemas es en realidad sólo una forma de complicar innecesariamente las cosas y preservar el poder de decisión de una minoría privilegiada. Hay que pretender, pues, que existan soluciones sencillas al alcance de todos, que cualquier ciudadano de a pie sea capaz de reconocer como las más eficaces y adecuadas. Permítanme citar de nuevo un par de ejemplos italianos. Frente a los flujos migratorios procedentes de África a través del mar Mediterráneo, nuestro actual jefe del Ejecutivo propuso durante la campaña electoral un «bloqueo naval», es decir, detener en medio del mar las frágiles embarcaciones en las que los migrantes arriesgan su vida en busca de un futuro, huyendo de la persecución o de otras condiciones terribles. No voy a aburrirles con la complejidad de la situación migratoria en Italia y Europa, pero creo que es fácil de comprender que la respuesta del «bloqueo naval» no sólo es inhumana, sino también jurídica y fácticamente inviable. Sin embargo, es un eslogan fácil que satisface un sentimiento popular generalizado de incomodidad, cuando no de odio, hacia los inmigrantes considerados la causa principal de todos los males italianos, inmigrantes que la economía italiana en cambio necesitaría en gran medida y que desgraciadamente sólo transitan por Italia para llegar a los países del norte de Europa[6]. Pero entender el fenómeno racionalmente y tratar de encontrar algo más que soluciones aparentes requiere precisamente pericia y no eslóganes cargados de retórica belicosa y patriótica («defendamos las fronteras», «Italia para los italianos») que se traducen en políticas drásticas pero efímeras, que en su mayoría agravan los problemas en lugar de controlarlos en la medida de lo posible.

Otro ejemplo son las políticas en favor de las clases sociales más desfavorecidas. Los problemas asociados a la pobreza sólo aparentemente se resuelven con medidas asistenciales que a menudo se limitan a poner un poco de dinero en los bolsillos de los más necesitados. Lo que hace falta, en cambio, como bien sabemos, es reforzar el Estado del bienestar, es decir, hacer que los bienes y servicios básicos, como la educación, la sanidad, la vivienda, sean realmente accesibles a todos y funcionen correctamente. Pero el dinero inmediatamente en el bolsillo les parece a los propios ciudadanos desfavorecidos una ayuda mucho más concreta e inmediata, aunque en

6. El 7 de julio de 2023, el *Sole24ore*, el principal periódico económico italiano, habitual canal de expresión del mundo empresarial, anunciaba con cierta satisfacción que «la dificultad de encontrar trabajadores en la agricultura y en el sector turístico llevó al Gobierno a aprobar en la reunión del Consejo de Ministros un nuevo 'Decreto de Flujos'. Luz verde a la entrada de 452.000 inmigrantes en tres años».

realidad carezca de perspectiva, y esta ilusión garantiza el consenso. Por el contrario, esta ayuda específica se ofrece a menudo recortando el presupuesto de los programas sociales, los únicos capaces de reducir eficazmente las desigualdades sociales. De este modo, nada cambia realmente y, de hecho, la brecha aumenta, como pueden demostrar las estadísticas, de las cuales, sin embargo, el ciudadano de a pie no es consciente en la mayoría de los casos.

5. EL DESPRECIO POR LOS «INTELECTUALES»

En este contexto, el alma populista expresa con frecuencia un cierto desprecio por la cultura y la educación de alto nivel: los llamados «intelectuales» son mirados con recelo, son privilegiados que pueden emitir juicios inspirados en los grandes principios que se remontan a la Declaración de Derechos de 1789 porque no se enfrentan a la dureza de la vida de las clases trabajadoras. Una vez más, expresan una cultura a menudo abstractamente progresista y solidaria, pero en realidad elitista, alejada de los problemas concretos de las masas. También en este caso puede ser útil, a modo de ejemplo, releer un post en Facebook de hace unos años (11/09/2015) de nuestro actual Presidente del Consejo de Ministros, es decir, del jefe del Ejecutivo:

> Los habituales intelectuales de izquierdas, que salen de sus salones para desfilar descalzos en apoyo de los inmigrantes, tienen razón: ha llegado el momento de decidir de qué lado están. Y si ellos están del lado de los descalzos, nosotros estamos, siempre y en primer lugar, con los italianos. Más aún: estamos con esos «italianos con los zapatos rotos», con esos millones de italianos con dificultades económicas abandonados por el Gobierno, ignorados por la izquierda bienhechora y que no tienen intelectuales, escritores o estrellas de cine que desfilen descalzos por ellos.

No me detendré en este aspecto, que podría parecer meramente propagandístico, pero cuya consecuencia es que, en cuanto llegan al poder, los regímenes con un fuerte ímpetu populista intentan crear un ambiente comunicativo conformista, al que llaman espíritu nacional, obstaculizando por todos los medios una reflexión crítica colectiva, que es la tarea que precisamente ejercen los académicos e intelectuales. A estos últimos se les acusa en su mayoría de ser, una vez más, enemigos del pueblo y de la nación, en definitiva de no ser patriotas, si adoptan posturas severamente críticas con la mayoría gobernante. En el caso citado, el grave error de los intelectuales es asumir un punto de vista universal, defendiendo los derechos humanos de los inmigrantes que, sin embargo, son extranjeros, en lugar de compartir el punto de vista de los compatriotas, de los italianos. Es un nacionalismo obtuso, que se traduce en la negación de los derechos humanos universales y en el discriminatorio «los italianos primero», cuando ya está claro que los italianos son lo primero en cualquier caso, dado que, por muy pobres que sean, no se ven obligados a arriesgarse a morir para escapar de la muerte. Por otra parte, quien habla a las entrañas de una comunidad política, quien se pliega a sus impulsos emocionales e

irracionales, difícilmente puede soportar el uso público de la razón. Lástima que el uso público de la razón sea el fundamento cultural de una democracia liberal, en la que la disidencia no sólo está permitida, sino que debe o debería fomentarse.

En cambio, al menos en Italia, este nacionalismo reaccionario, incluso cuando se hace pasar por auténtico republicanismo, adquiere además aspectos grotescos, como ocurre con la lucha contra los «extranjerismos», es decir, contra las palabras extranjeras, sobre todo inglesas, que se han convertido en habituales incluso en italiano. Una lucha que derivó en la propuesta de multar a quienes utilicen términos extranjeros en los documentos de la administración pública[7]. En resumen, el poder de la ignorancia, o la ignorancia en el poder. Una visión de este tipo –que pretende preservar inalterada en el tiempo una supuesta «italianidad», la identidad italiana, como si fuera una especie protegida, como si existiera algo así como la «raza italiana pura»– nos da muestra de la potencial contigüidad entre el populismo y ese mosaico de formas culturales que un gran semiólogo e intelectual como Umberto Eco agrupó bajo la expresión «fascismo eterno»[8]: en pocas palabras, la referencia no era tanto al fascismo histórico que se manifestó en Italia en la primera mitad del siglo pasado, sino a la persistencia generalizada de una visión organicista y extremadamente cerrada de la comunidad política, en la que la tradición y la identidad nacional son valores fundamentales e incuestionables, cuyo desacuerdo es intolerable y se califica simplemente de *traición*.

6, EL FASTIDIO DEL PODER JUDICIAL Y LOS ÓRGANOS DE GARANTÍA

Evidentemente, habría muchos otros aspectos que señalar y desarrollar, con las correspondientes observaciones críticas, pero no quiero abusar de la paciencia del lector. Sin embargo, merece la pena detenerse al menos en otro punto: el referido a la intolerancia populista tanto hacia la independencia del poder judicial, o si lo prefieren, hacia la autonomía del poder judicial, como hacia todas aquellas instituciones de garantía que constituyen la defensa contra la deriva «tiránica» de las mayorías legítimamente constituidas por los procesos electorales democráticos. En definitiva, el poder judicial y las instituciones de garantía son la protección contra las llamadas «democracias iliberales», una fórmula cuya contradicción interna –no hay democracia sin liberalismo, como nos ha enseñado, entre otros, Norberto Bobbio– señala ya el riesgo de un giro autoritario.

7. A modo de ejemplo, en la edición del periódico *Repubblica* del 31 de marzo de 2023 se anuncia lo siguiente: «Una sanción administrativa consistente en el pago de una cantidad de entre 5.000 y 100.000 euros. Esto es lo que tendrán que asumir –según un proyecto de ley presentado en Montecitorio por el representante de *Fratelli d'Italia*, Fabio Rampelli, con las firmas de una veintena de diputados de su partido– quienes continúen siendo culpables de 'extranjerismo lingüístico', es decir, de utilizar términos que no son de la lengua italiana, en primer lugar en la administración pública». ¿Cómo no recordar la lucha similar contra los «extranjerismos» durante los veinte años de fascismo?
8. Eco, U., *Il fascismo eterno*, La nave di Teseo, Milano, 2018.

Una vez más, prefiero hablarles de mi país, donde se evidencia la intolerancia del gobierno hacia los órganos de garantía y la independencia del poder judicial, claramente establecida por la Constitución. Se percibe una evidente incomodidad al confrontar las observaciones de la *Corte Costituzionale* –una «suprema corte» compuesta por 15 miembros no elegidos directamente por el pueblo: cinco son designados por el Presidente de la República, cinco elegidos por el Parlamento y cinco por la magistratura suprema– y el propio Presidente de la República sobre la tendencia a abusar de los decretos, en particular elaborando los llamados decretos «ómnibus», en el sentido de que incluyen en un mismo texto las medidas más dispares, sin ninguna coherencia interna, donde puede pasar cualquier cosa, eludiendo más fácilmente los controles. Pero la incomodidad se extiende hacia todos los organismos técnicos de garantía que simplemente hacen su trabajo señalando errores técnicos o cálculos de gastos completamente irreales por parte del gobierno.

Por ejemplo, fue noticia hace algunos meses que el Tribunal de Cuentas, el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, criticó al gobierno italiano por el incumplimiento de sus obligaciones en relación con un cuantioso préstamo –unos doscientos mil millones de euros– de la UE a Italia, que obviamente debe utilizarse de acuerdo con los términos y procedimientos establecidos y previamente acordados. Pues bien, la respuesta del gobierno a estas observaciones consistió en proponer que este organismo contable dejara de encargarse de supervisar, de la misma manera que lo hacía antes, la actuación del gobierno con respecto a los fondos de la UE. Y lo hicieron por decreto a la primera de cambio[9]. La presunción de sentirse con derecho a hacer lo que se quiera porque «el pueblo está con nosotros» es evidente. De igual forma son evidentes los intentos de suavizar y silenciar a estos organismos, a los que se invita abiertamente a ser más «cooperativos», es decir, a alinearse con las necesidades del ejecutivo.

En cambio, en una democracia compleja, como lo son todas las actuales, no perfectas pero decentes, esta red de controles, frenos y contrapesos es fundamental, ineludible. El gobierno de una democracia constitucional está obligado a respetar y tomar muy en serio la labor de estas instituciones. Estos son los límites efectivos al poder del ejecutivo y de las mayorías parlamentarias, estos son los límites que realizan hoy el *check and balances* que ya no puede apoyarse sólo en una doctrina abstracta de la división tripartita de poderes. Por supuesto, no quiero afirmar que esta doctrina no represente el origen histórico y el fundamento teórico de nuestro *check and balances*: al contrario, además de la clásica referencia a Montesquieu, es oportuno recordar a Maquiavelo, que

9. Sobre este decreto, el 5 de junio de 2023, el Gobierno incluso planteó una cuestión de confianza en el Parlamento para blindar, como se suele decir, la disposición. Pero esto es solo el comienzo: está en marcha una «reforma» de la justicia cuyo sentido general es abolir o debilitar algunos de los tipos penales de los llamados «delitos de cuello blanco», es decir, aquellos que cometen las élites de los países. La enésima flagrante contradicción de los populismos.

distingue la monarquía de Francia, con cuerpos intermedios que actúan como pesos y contrapesos (aunque primitivos), de la despótica «monarquía del Turco»[10].

Los gobiernos populistas suelen considerar innecesario y costoso este sistema necesariamente sofisticado de controles y equilibrios. Dinero público mal gastado, en resumen. No sólo inútil sino también perjudicial desde el punto de vista de la democracia, porque impediría la plena afirmación de la «voluntad del pueblo». Por ello, se cree que estos órganos deberían o bien eliminarse o bien volver a ser la auténtica expresión de la llamada «voluntad popular», es decir, ser el resultado de la elección directa por parte de los ciudadanos. Pero, ¿se puede pensar realmente que los órganos así constituidos –es decir, la expresión de la mayoría en el poder– pueden cumplir su función, que es precisamente la de limitar el poder avasallador del presidente de turno y/o de la mayoría en el poder? En otras palabras, para garantizar que, más allá de tal o cual Presidente y de tal o cual mayoría parlamentaria, que nunca representan metafísicamente la «voluntad popular», ahistóricamente entendida, sino sólo la elección temporal de una mayoría *contingente* de votantes, puedan seguir existiendo las condiciones para la practicabilidad y repetibilidad efectivas de los procedimientos democráticos, se debe empezar por dar la posibilidad de que los ciudadanos se informen libremente y elijan, mediante elecciones honestas, sin fraude, a sus representantes, sin ver ocupados todos los espacios de discusión pública y todas las instituciones por el partido o coalición temporalmente en el poder. La democracia no es sólo introducir una papeleta en la urna de vez en cuando: hay un antes y un después de las elecciones, y si en estas fases se violan los límites que garantizan a las minorías una oportunidad efectiva de competir en las siguientes elecciones, éstas se reducen a una farsa. En Rusia también se acude a las urnas, pero creo que es difícil considerarla una sociedad democrática. Si el poder político ya no es realmente contestable por medios pacíficos, allí ya no hay democracia.

7. LA LECCIÓN DE UN CLÁSICO

Kelsen, en el último capítulo de *Esencia y valor de la democracia*, titulado «La oposición de criterios filosóficos», compara, en sus formas puras, las dos formas de gobierno opuestas que caracterizan la modernidad política: la democracia y la autocracia, es decir, el poder ascendente, legitimado desde abajo (*ex parte populi*), y el poder descendente, legitimado de algún modo desde arriba, ya sea una legitimación divina, tradicional o carismática (*ex parte principis*). Lo hace comparando no tanto las distintas instituciones de las dos formas opuestas de gobierno como la actitud, el temperamento, la naturaleza profunda, podríamos aventurarnos a decir la «cosmovisión» o, con Montesquieu, el

10. «Toda la monarquía del Turco está gobernada por un solo señor; los demás son sus servidores; y dividiendo el reino en Sanjacs, les pone al frente distintos administradores a los que varía y cambia según mejor le parece». Maquiavelo, N., *El príncipe*, IV, 6, trad. de Helena Puigdomenech, Altaya, Madrid, 1993, p. 17.

«espíritu» de los hombres que predominantemente las habitan. Esas páginas son bien conocidas, pero quizá merezca la pena retomar aquí un par de pasajes destacados:

La cuestión decisiva es si se cree en un valor y, consiguientemente, en una verdad y una realidad absolutas, o si se piensa que al conocimiento humano no son accesibles más que valores, verdades y realidades relativas. La creencia en lo absoluto, tan hondamente arraigada en el corazón humano, es el supuesto de la concepción metafísica del mundo. Pero si el entendimiento niega este supuesto, si se piensa que el valor y la realidad son cosas relativas y que, por tanto, han de hallarse dispuestas en todo momento a retirarse y dejar el puesto a otras igualmente legítimas, la conclusión lógica es el criticismo, el positivismo y el empirismo, entendiéndose por tales aquella dirección de la filosofía y de la ciencia que parte de lo positivo, esto es, de lo dado en la experiencia sensible, de lo que los sentidos pueden percibir y la razón comprender, de la experiencia eternamente cambiante, rechazando, en consecuencia, la hipótesis de un absoluto transcendente. […] A la concepción metafísico-absolutista del mundo se ordena la actitud autocrática, así como la democracia corresponde a la concepción científica del universo, al relativismo crítico […][11].

En otras palabras, para Kelsen la concepción democrática de la vida y la de las instituciones no es compatible con la mitología de un líder que encarna la voluntad de un pueblo orgánicamente entendido y naturalmente sabio, conocedor sobrenatural de lo que es bueno y justo: la esencia y el valor de la democracia, después de todo, consisten en el hecho de que a los seres humanos se les niega todo acceso a verdades absolutas que, de poder alcanzarse, harían inútil, incluso perjudicial, la existencia del debate público y de la democracia constitucional. Por el contrario, añade Kelsen, «el poder mayoritario de la democracia no es posible sin una minoría oposicionista a la que ineludiblemente ha de proteger»[12]. Y esta protección se consigue mediante la atribución y garantía –garantía que se consigue a través de ese complejo sistema de pesos y contrapesos al que aludía anteriormente– de los derechos y libertades fundamentales del individuo y del ciudadano.

Dejo al lector la tarea de valorar más detenidamente de lo que yo puedo hacerlo ahora dónde se encuentran, entre los dos extremos opuestos de la mentalidad democrática y la mentalidad autocrática magistralmente descritos por Kelsen, los fenómenos políticos que, entre mil dudas y perplejidades, intentamos catalogar como declinaciones del populismo. Mi impresión –pero, repito, es sólo una impresión o, en el mejor de los casos, una opinión, una «verdad relativa» dispuesta a retroceder ante mejores argumentos– es que el populismo se sitúa en una especie de «tierra de nadie»: por un lado dice querer llevar a término, revitalizándola, una democracia inacabada y cada vez menos participativa, pero por otro tiende a absolutizar al «pueblo», considerándolo como una entidad metafísica y moral, único portador *sub specie aeternitatis* de valores

11. Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., pp. 153-154.
12. Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 157.

sanos y auténticos, posición que lo acerca peligrosamente a la concepción del mundo en la que se basan, según Kelsen, las autocracias.

8. CONCLUYENDO

Paso a presentar rápidamente mis conclusiones, consciente de que la actual mayoría de extrema derecha que gobierna en Italia mientras escribo estas líneas, en julio de 2023, podría considerarme un enemigo del pueblo, carente además de espíritu patriótico, dado que voy por el mundo hablando mal de mi país (en realidad del gobierno de turno en mi país, que es una cosa bien distinta). He intentado presentarles una especie de «fenomenología mínima» y probablemente desordenada del populismo, sin pretender definirlo según categorías analíticas, como cabría esperar de un alumno de Bobbio y Bovero. He tomado este camino porque creo que es muy difícil, casi imposible, remontarlo a categorías precisas y claras, o a alguna dicotomía. ¿Qué sería lo contrario del populismo? El populismo me parece más bien un abigarrado espectro de sugerencias retóricas, promesas vanas y comportamientos a la vez astutos, sin escrúpulos e irracionales, no necesariamente coherentes entre sí, de hecho decididamente incoherentes y erráticos, que pretenden poner de manifiesto las debilidades, los defectos y los errores de la democracia liberal. ¿Evitables? Me temo que no, al menos no del todo. Ciertamente, sería deseable que las élites fueran más responsables socialmente y menos depredadoras, en interés de las propias élites. Pero aunque así fuera, ello podría no ser suficiente para desactivar el populismo. Como observó Giambattista Vico, un «italiano» de la época en que Italia era sólo una península y aún no una «nación», los acontecimientos humanos, en particular los políticos, están sujetos a flujos y reflujos históricos, a crisis *fisiológicas* de rechazo del progreso. Crisis que desesperan a quienes, como era yo, confían en la razón ilustrada que subyace a un curso histórico marcado por la idea de un progreso científico, moral y civil más bien rápido y casi lineal, sin momentos significativos de retroceso. Vico, aunque crítico *ante litteram* de la Ilustración, induce al ilustrado a no desesperar, invitándole más bien a ser muy paciente. Unos ciclos nunca son exactamente iguales a los anteriores: el siguiente logra, no obstante, un lento progreso global en comparación con el anterior[13]. Manteniendo la esperanza de que Vico tenga razón, quizá podamos seguir creyendo, a pesar de todo, en la posibilidad de construir algún día instituciones democráticas que respeten plenamente el disenso y la dignidad de cada persona y cada ciudadano.

13. El pensamiento de Vico presenta, sin duda, dificultades exegéticas y hermenéuticas en un grado elevado, que aquí ahora no pueden abordarse. Me adhiero libremente a la interpretación de Bobbio, N., *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, pp. 128-132. [hay trad. española: Bobbio, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2.ª ed. 2001, *Vico* en pp. 108-121].

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N., *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976 [hay trad. española: Bobbio, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 2.ª ed. 2001].

Eco, U., *Il fascismo eterno*, La nave di Teseo, Milano, 2018.

Germani, G., *Authoritarianism, Fascism and National Populism*, Transaction Books, New Jersey, 1978 [hay trad. española: Germani, G., *Autoritarismo, Fascismo y Populismo Nacional*, Temas, Buenos Aires, 2003].

Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1934.

Laclau, E., *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2005.

Lasch, C., *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, Norton, New York, 1995 [hay trad. española: Lasch, C., *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, trad. de Francisco Javier Ruiz Calderón, Paidós, Barcelona, 1996].

Maquiavelo, N., *El príncipe*, trad. de Helena Puigdomenech, Altaya, Madrid, 1993.

Rousseau, J.J., *Contrato Social*, pról. Manuel Tuñón de Lara y trad. de Fernando de los Ríos, Austral, Madrid, 1975.

Salmorán Villar, G., *Populismo. Historia y geografía de un concepto*, Unam, México, 2021.

Zanatta, L., *Il populismo*, Carocci, Roma, 2013 [hay trad. española: Zanatta, L., *El populismo*, Buenos Aires, Katz, 2014].

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 281-301
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.10

Populismo y derecho penal

Populism and Criminal Law

Gonzalo Quintero Olivares

Autor:
Gonzalo Quintero Olivares
Universitat Rovira i Virgili, España
gonzalo.quintero@urv.cat
https://orcid.org/0000-0003-0064-7851

Recibido: 19/09/2023
Aceptado: 05/03/2024

Citar como:
Quintero Olivares ,Gonzalo (2024). Populismo y derecho penal *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 281-301. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.10

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Gonzalo Quintero Olivares

Resumen

El populismo está presente en la vida política y en la utilización del derecho penal, operando como fundamento real de las leyes penales que, por ese vicio de origen, dejan de ser las propias de un Estado social y democrático de Derecho. Las conquistas políticas y jurídicas del derecho penal, su orientación a la protección de valores y bienes necesarios para la convivencia pasan a un segundo plano ante los intereses populistas, sectarios por naturaleza, y que fían en la represión como respuesta única y mejor a todo problema social o a las acciones que se decide incriminar para conseguir el aplauso popular. La reflexión jurídica sobre la función y los fines del derecho penal es tildada de argumentación antidemocrática. La invocación de las víctimas, como seres olvidados por el derecho penal, completa la perversión de la ideología populista.

Palabras clave: populismo; delincuentes; punitivismo; prisión; inseguridad; víctima; sociedad; derechos fundamentales.

Abstract

Populism is present in the political life and in the use of criminal law, operating as the real basis of criminal laws which, because of this original defect, are no longer those of a social and democratic rule of law. The political and legal conquests of criminal law, its orientation towards the protection of values and goods necessary for coexistence, take second place to populist interests, which are sectarian by nature, and which trust in repression as the only and best response to any social problem or to the actions that it is decided to incriminate in order to obtain popular applause. The legal reflection on the function and purpose of criminal law is branded as anti-democratic argumentation. The invocation of victims, as beings forgotten by criminal law, completes the perversion of populist ideology.

Keywords: populism; criminals; punitivism; prison; insecurity; victim; society; fundamental rights.

1. POPULISMO PENAL Y POPULISMO POLÍTICO

Cuando Manuel Atienza tuvo la amabilidad de invitarme a escribir sobre el tema que da título a estas páginas, me planteé cuál podría ser un enfoque diferenciador para abordar una materia sobre la que ya se ha escrito mucho y en muy poco tiempo, lo cual da medida de la preocupación o el interés que el problema suscita entre los sociólogos, los politólogos, pero, sobre todo, entre los penalistas y los filósofos del derecho.

Las descripciones «penalísticas» del populismo son variadas, y eso pone de relieve la diversidad de problemas que han sido etiquetados como manifestaciones o consecuencias del populismo. Pero creo que es conveniente partir de un concepto que tenga sentido en nuestro tiempo y en nuestra circunstancia sociopolítica, pues teóricamente vivimos en un Estado de Derecho razonablemente democrático y operativo, pese a sus visibles defectos. El populismo es, antes de llegar al derecho penal[1], un modo de actuar en política, siempre orientado a obtener votos o apoyos sin reparar en la viabilidad de las promesas que se hacen[2].

En tanto que modo de comportamiento político, el populismo es un abuso distorsionador de la democracia, que, en cambio, se arroga la condición de política dedicada enteramente al pueblo, y no al interés de las élites. Por supuesto que eso es falso, pero la utilidad que con frecuencia se extrae de las políticas populistas explica su éxito, a pesar de ser, en relación con la democracia[3] en la que se desarrolla, «juego sucio» para obtener éxito a corto plazo.

El populismo entra también en el derecho y en el derecho penal, y se extiende como mancha de aceite, degradando al derecho penal, especialmente en todo aquello que tanto tiempo ha tardado en construirse, como es el llamado «derecho penal garantista propio de un Estado de Derecho» y sometido a límites claramente descritos (exclusiva protección de bienes jurídicos, extrema ratio, culpabilidad, etc.). Esos principios y límites se sacrifican en aras de mostrar a la ciudadanía, preocupada por el delito y la

1. De hecho, la aparición del concepto de populismo penal es relativamente reciente: es común atribuir a A. Bottoms su creación en su obra «*The Philosophy and politics of punishment and sentencing*» (Clarke y Morgan, 1995), pero como modo de utilizar la legislación penal es reconocible bastante antes de esa fecha.
2. Un ejemplo: recientemente, en España, hemos visto como una ministra del Gobierno presentaba su propio programa electoral incluyendo en él un capítulo dedicado a lo que llamaba «herencia universal», y que consistía en dar a cada español al cumplir los 18 años la cantidad de 20.000 euros para ayudarle decidir que orientación dar a su vida. Naturalmente la propuesta carecía de cualquier estudio sobre la capacidad del Estado para asumir semejante programa, que además era arbitrario en la elección de la edad, irretroactivo e injusto, pues no hacía salvedades vinculadas a la capacidad económica de cada sujeto. Pero nada de eso importaba, pues el objetivo perseguido era exclusivamente conseguir votos.
3. No quiero decir que el populismo no pueda darse también en regímenes políticos no democráticos, pero cuando alcanza su máxima nocividad es pervirtiendo la democracia.

inseguridad, una fuerte musculatura punitiva, lo que pasa por constantes aumentos dl número de delitos y de la gravedad de las penas.

Muchos son los que se han preguntado por las razones de que el populismo penal haya alcanzado un relativo éxito, y sea tan frecuente oír o leer defensas de la necesidad y bondad de aumentar el derecho penal todo lo que sea preciso para que el ciudadano se pueda sentir tranquilo, meta que justifica todo lo que en orden a aumentar la represión se incluya en el Código penal.

Es habitual decir que algunos hechos que han marcado el decurso histórico reciente en los Estados occidentales han empujado a las respectivas sociedades a exigir ilimitados aumentos de la represión penal, y en esa línea es común colocar en cabeza al *terrorismo*, especialmente a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, que desataron en todo Occidente una ola de medidas preventivas que, en muchos casos, afectaban directamente a las garantías y derechos individuales. Muy cerca del terrorismo, y estableciendo una vinculación con él, se situaba todo lo referente a la *inmigración y a los inmigrantes*, como potenciales delincuentes, terroristas o comunes. Luego han ido apareciendo caladeros fértiles para la demagogia, como *la violencia sexual,* que, sin negar la gravedad e importancia del problema, ha dado pie a supuestas nuevas necesidades de represión.

No acaban ahí los temas predilectos del populismo, pues hay que recordar otros, como el de la pequeña delincuencia masiva, que florece en las grandes ciudades. Con gran facilidad, la ineficacia o la impotencia policial en el control y erradicación de esa clase de criminalidad se ha vinculado tanto a la benignidad de la Ley penal como al volumen de inmigrantes profesionalizados en actividades delictivas, problema complicado por la resistencia judicial a imponer con presteza medidas privativas de libertad.

Todos esos factores, y otros, pueden dar una explicación parcial de la razón del éxito y de la subsistencia del populismo penal, pero desgraciadamente hay *causas más profundas*, y de todas ellas destacaré la primera y más importante, sin perjuicio de abrir ventanas a otras: en nuestro tiempo *no hay gobierno, de derecha o de izquierda, que renuncie al populismo penal*, o, si se prefiere, a contentar las peticiones de aumento de la represión que expresa una ciudadanía debidamente aleccionada[4], y eso no puede reducirse calificando esa realidad como muestra de *electoralismo,* porque tiene explicaciones bastante más profundas. El resumen es tan evidente como simple: hay populismo porque hay *legisladores populistas o que ejecutan políticas populistas* en materia penal.

¿Qué factores han determinado ese progresivo y preocupante proceso? El crecimiento de la desigualdad es un hecho, pero políticamente solo ha perjudicado a los Partidos políticos de centroizquierda, los socialdemócratas, que tradicionalmente eran los que luchaban contra la desigualdad y los que promovían políticas de integración social. Las crisis económicas que han generado desempleo y frustración les han estallado a ellos, y no a los Partidos conservadores o liberales, de los que ha emergido la derecha

4. Sobre el origen y desarrollo del populismo penal y su relación con la política neoliberal, vid. Antón-Mellón y Antón Carbonell, 2017.

populista, ante la que la socialdemocracia, que en un tiempo dominaba en Europa (Alemania, Holanda, Bélgica, Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Austria, incluso España) hoy va siendo expulsada del Poder ante el abandono de los votantes de clases trabajadoras.

Es cierto que, desde que se llegó a la convicción de que el modo de reprimir, o, mejor, de no reprimir, podía causar o evitar una fuga de votos, la vía de entrada del populismo quedó abierta de par en par, y todo lo demás son causas coadyuvantes y efectos colaterales. Pero, como en el tradicional dilema sobre el huevo y la gallina, es inevitable preguntarse por cuál de los dos hechos fue primero, si la demanda de mayor represión o la creación de una ideología dominante sobre el orden social más conveniente y la necesidad de preservarlo recurriendo al derecho penal cuanto fuera conveniente. La respuesta más sensata creo que ha de optar por la simultaneidad de un fenómeno socio-penal que ha sido propiciado por ideologías políticas dominantes.

En la búsqueda de explicaciones sobre esa relación entre política y represión penal conviene recordar que apenas hace treinta años que se ha extendido el uso la expresión populismo penal o punitivo, lo cual no tiene nada que ver con el uso excesivo de amenazas penales, innecesarias o desproporcionadas (prevención general intimidatoria) que en España ha sido tónica dominante durante buena parte de nuestra historia penal y que todavía hoy está excesivamente presente. Pero ha sido en tiempos recientes cuando se ha hecho visible la utilización electoralista del derecho penal, ante lo que se viene en llamar «opinión pública», que en realidad es la opinión formada por medios de comunicación que utilizan el problema de la delincuencia como arma arrojadiza contra los Gobiernos, que, a su vez, acceden con facilidad a aceptar lo que nadie demuestra: que es precisa una nueva incriminación o aumentar los castigos ya existentes, que en España, además, suelen ser más severos que en el resto de Europa.

Esa fuerza de los «creadores de opinión» ha sido valorada por los analistas políticos como expresión de las ideologías dominantes en nuestro tiempo. Las ideas de la socialdemocracia han sido arrumbadas, y nada parece oponerse al avance del neoliberalismo conservador, en cuya lógica no hay lugar para otorgar al derecho penal otra misión que la de castigar y mantener el orden o el control social a través de la represión, olvidando o dejando en un plano muy secundario, la lucha contra las causas determinantes de los delitos.

La triste conclusión es que estamos *retrocediendo* en el camino que se emprendió por la penalística de los años 20 (interrumpido por el nazismo) para regresar al derecho penal máximo, y lo más preocupante es que todo se desarrolla ante la aparente indiferencia de la ciudadanía. Claro está que ese fenómeno ha sido propiciado por una crisis generalizada de cultura política, que comienza con la falta de educación constitucional, que debiera de estar presente en la enseñanza obligatoria, y eso ha dado lugar a que el respeto a los derechos y garantías fundamentales, propios y de los otros, no estén presentes en la cultura social e individual.

En este punto surge reiteradamente la alusión al carácter hispano como terreno fértil para esa manera de conducirse, y se dice que el español es poco tolerante, es individualista, poco solidario, proclive a la violencia, y tendencialmente comprensivo con la mano dura. Pero ese discurso, sin dudar de que sociológicamente se puedan encontrar en España pruebas de esas personalidades, no me parece aceptable si se pretende colocarlo en la cabecera de las causas de un fenómeno que, auspiciado por sucesivos gobiernos, se produce tanto en España como en otros Estados.

Es evidente que nadie dispone de fórmulas mágicas para cambiar la realidad, pero sí creo que los penalistas tenemos algo que decir sobre los riesgos que entraña el populismo para el entendimiento del significado de las instituciones y conceptos penales, sus principios y garantías, y, por supuesto, la interpretación y aplicación del derecho penal y las exigencias de renovación de la legislación penal, pero, sobre todo, para el futuro de la convivencia y de la paz social.

II. EL CAMPO DE ACCIÓN DEL POPULISMO PENAL Y SUS SIGNOS DE IDENTIFICACIÓN

El populismo punitivo se desarrolla *prioritariamente en el ámbito legislativo,* en el momento de la creación de leyes penales, que luego son presentadas acompañadas de preámbulos que las justifican como respuestas obligadas a preocupaciones y demandas hondamente presentes en la mayoría de la ciudadanía, indefensa ante la descontrolada delincuencia, como pone de manifiesto la opinión de las víctimas (a las que constantemente hace mención el populismo).

Una primera y constante idea del populismo punitivo se resume diciendo que es la característica común de muchas reformas penales de nuestro tiempo en las que es visible la *demagógica invocación de necesidades de seguridad y de lucha contra el temor real en que viven los ciudadanos*. Legislando bajo esa argumentación, se aspira, por supuesto, a obtener apoyo popular para poder alcanzar y mantener el poder político, que se verá así legitimado por la sensible respuesta a los deseos populares. La respuesta a esos deseos o exigencias siempre será la creación de nuevas figuras (casi siempre innecesarias) o el incremento de las penas, o la supresión de beneficios potenciales, por consolidados que estén en el sistema, como sucede con la constante agravación de las penas imponibles por delito de hurto.

Repasando las constantes que se insertan es las explicaciones que acompañan a las leyes penales nuevas o reformadas es fácil descubrir algunas, que coinciden con los signos identitarios del populismo, y creo que son estas:

a) la constante denuncia de la impunidad o del escaso castigo que merecen algunos hechos, contrariando así la demanda de justicia que exige la ciudadanía

b) las censuras a la opinión de los juristas sobre los problemas penales, en especial, sobre la pena de prisión y sobre el proceso penal, en sus diferentes fases, porque no tienen para nada en cuenta los sentimientos de las víctimas.
c) la invocación de acuerdos internacionales que supuestamente obligan a incriminar y que España no ha cumplido[5]
d) la urgencia de proteger a una población indefensa ante el crimen y la inseguridad, y que contempla impotente la libertad de acción de los delincuentes.
e) la desatención a las víctimas, que, en una extraña concatenación lógica, son colocadas en el centro del problema penal, pero como razón de la necesidad de imponer penas más severas y reducir o suprimir los beneficios penales.
f) la reivindicación de la cárcel como mejor y única respuesta, incluyendo la necesidad de extender la prisión preventiva.

La necesidad de encontrar culpables, que serán tratados como enemigos, es común a ambas clases de populismos (político y punitivo). El populismo político puede encontrar enemigos en cualquier lugar o instancia en la que se respeten valores que no comparten, ya sean las instituciones europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional, y, por supuesto, todos los partidos políticos que defiendan ideas contrarias.

Otra de sus características, y esa es la que lo enlaza con el populismo penal, es la permanente invocación de la inseguridad (de la que *tienen la culpa* los responsables ya citados). El problema es que la *clase política de muchos Estados europeos ha colocado la seguridad en el centro de sus propuestas políticas.* En principio, nada hay que objetar a las promesas de reforzar la seguridad, que mucho preocupa especialmente en las grandes ciudades.

Pero lo grave es la diferencia abismal con la poca importancia que el populismo da a otros temas igualmente esenciales para la convivencia, como pueden ser la educación, la salud y la cultura., y, por supuesto, las libertades públicas, y, consecuentemente, al estudio de las causas de la delincuencia.

Hipertrofiada la importancia de la seguridad, las consecuencias son las previsibles, pero no todas. Por ejemplo, hasta ahora las políticas públicas estatales para la reducción de la angustia y soledad de los que han sido víctimas del delito no han mejorado especialmente, aunque se haya avanzado algo. En cambio, ningún obstáculo se interpone en el propósito de crear nuevas figuras de delito, o de completar cualquier intervención en un problema mediante una promesa de cambio, ampliación o endurecimiento de las leyes penales, o todo eso a la vez.

5. Recientemente, con ocasión del debate sobre la ley del sí es sí, el Ministerio de Igualdad afirmó que su propuesta se limitaba a trasladar a nuestro derecho penal los acuerdos del Convenio de Estambul de 2011. Pero eso no era verdad.

En cuanto a la *matriz ideológica* del populismo penal existe una tendencia a adjudicar su utilización a los sectores conservadores o abiertamente reaccionarios. Pero creo que esa percepción está desenfocada, pues en España hemos visto abundantes decisiones punitivas «populistas» impulsadas por Gobiernos teóricamente de izquierda, con el PSOE a la cabeza, que no han renunciado, antes lo contrario, a obtener rentabilidad política a través de las medidas endurecedoras de las leyes penales[6] o a lanzar mensajes demagógicos sobre lo que merece represión[7].

Otro campo de acción del populismo penal de nuestro tiempo es el *feminismo*, y no solo por experiencias como la recientemente vivida a propósito de la malhadada ley llamada del «solo sí es sí», pero no por los supuestos errores que dieron lugar a excarcelaciones que sus autores no habían previsto, sino por el discurso que acompañó a la génesis y presentación de la ley y las acusaciones de patriarcalismo lanzadas desde el Gobierno contra cualquiera que discrepara de su contenido, en la misma línea de todas las falsas verdades que se han dicho en los últimos tiempos sobre los delitos contra la libertad sexual[8], o sobre la regulación de la prostitución, dos temas en los que la demagogia y la superficialidad han campado a sus anchas.

Pero me interesa destacar que el feminismo radical, posicionado en los aparatos del Estado, ha ido desarrollando un discurso, llevado a leyes, que, como ha indicado García Figueroa[9], actúa como una especialidad del punitivismo penal, repitiéndose los mismos sectarismos: el sano pueblo (las mujeres, por supuesto, representadas por un grupo concreto) se enfrenta al turbador de su paz y sus derechos, que es el hombre, que es un agresor potencial. El mismo autor citado señala que «las demandas de las mujeres se han convertido en el centro de la estrategia populista hiperclasista y casi todos los partidos tratan de apoyarse en ella…por otro lado, resulta significativo que el populismo punitivo se haya transformado específicamente en «feminismo punitivo» desde el poder, donde se ha asentado el «feminismo de Estado». Desde este punto de vista, el feminismo de Estado es la consumación más acabada de la estrategia populista del legalismo discriminatorio en su fase hiperclasista»[10].

III. LA PERMANENCIA DEL POPULISMO PENAL

Al interrogarse por las causas del populismo penal, es imprescindible no caer en el simplismo de creer que es *un episodio temporal* que se explica por campañas demagógicas

6. Así se denunciaba en Larrauri, 2006.
7. De interés sobe el tema, Cigüela Sola, 2020.
8. En la memoria de todos están las declaraciones de dirigentes políticos sobre la insuficiencia de la legislación penal, por supuesto, sin explicar cuál era esa insuficiencia y que lagunas de impunidad producía, así como el supuesto desprecio del consentimiento de la víctima.
9. García Figueroa, 2021.
10. García Figueroa, op.cit., p 35.

orquestadas por meros intereses políticos utilitaristas que solo buscan el éxito a corto plazo, mediante reformas penales de buena acogida por una población previamente aleccionada, sino que tiene preocupantes explicaciones sociales e históricas, y, lo que es peor, no se vislumbra un cambio de rumbo a corto plazo.

La idea de que el populismo es una consecuencia de los desajustes sociales de nuestro tiempo, causados por la creciente distancia entre ricos y pobres, agravada por el fenómeno de las migraciones y el nacimiento de suburbios de marginación en las grandes ciudades *no puede ser despreciada*, y sus consecuencias para el derecho penal son conocidas. No es preciso ser un avezado criminólogo para comprender que esas son condiciones perfectas para *el aumento de la delincuencia*, y, ante eso, la respuesta «neoliberal» (compartida frecuentemente por Partidos de izquierda), ante el temor que suscita esa realidad no es otra que la criminalización de esas masas utilizando ilimitadamente el derecho penal, pero sin especiales esfuerzos por aumentar y mejorar la acción preventiva y policial.

Esa reacción represiva, a partir del hecho no discutido de que la pobreza y la marginalidad generan delincuencia, es desmedida a ojos del penalista o, simplemente, del observador imparcial, pero lo peor es que, en aras de la eficacia del aparato represivo, se quiere renunciar sin ningún pudor a todos los *objetivos teóricos del derecho* penal en un Estado social y democrático de derecho, y eso alcanza a la teoría sobre el fundamento y fin de la pena, la función de la cárcel, los límites del derecho penal o la promoción de valores.

En la senda de orillar todas esas ideas y principios entran también los supuestos movimientos de inspiración socialdemócrata temerosos de perder votos y demasiado «prácticos» como para defender un discurso que haga frente al populismo. Un ejemplo, extraído de nuestra reciente historia, sirve bien para comprender ese tipo de comportamiento por parte de la izquierda y es el problema de la reincidencia, en el que nunca se ha querido buscar una solución diferente de a de la exasperación de la pena.[11]

Los más pesimistas dirán, con buena dosis de razón, que mientras prime el individualismo neoliberal será muy difícil variar la tendencia a usar el derecho penal exclusivamente en clave de «represión para garantizar el orden y la seguridad» y, mientras

11. El Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2006 proponía un cambio radical en el tratamiento normativo de la profesionalidad o regreso constante al delito, con fórmulas que abandonaban el fracasado camino del sistema de incremento de pena, *abandonado en casi todos los Códigos penales de Europa occidental*, en donde se ha impuesto la idea de que la reincidencia no es un hecho indiferente, pero su impacto no puede ser traducido en una exasperación de la nueva pena, sino que las consecuencias se han de plasmar en la determinación y ejecución de la pena actual, ya sea perdiendo cualquier posibilidad de suspensión de la ejecución, ya perdiendo la de sustitución de la pena, amén de especialidades en la ejecución penitenciaria. Pero aquella propuesta del mencionado Anteproyecto fue desechada por el Gobierno exclusivamente por el miedo a ser acusado de haber «suprimido» la reincidencia, renunciando al intento de explicar que se trataba de un sistema mejor y más compartido en Europa, pero el temor a perder votos inclinó la decisión hacia el criterio más conservador.

así sea, el crecimiento incontrolable del derecho penal, presentado como respuesta a esas demandas de seguridad, será inevitable.

A eso se añade una constante, que rechaza toda las explicaciones sociológicas y criminológicas sobre las causas de la delincuencia y regresa a tiempos penales atávicos: el delincuente es un ser que ha elegido el crimen porque es más atractivo y fructífero que la vida honrada, y ante eso no hay lugar para otra cosa que no sea la mano dura, y sobre esa conclusión convergen partidos políticos de derecha y de izquierda, aunque ésta pueda ser más «sectorial» en los temas en los que desarrolla su populismo. Pero ni unos ni otros renuncian a anunciar nuevas leyes penales a la primera oportunidad que se les brinde, sin reparar si en su necesidad ni en su viabilidad jurídica, y esa es una notoria característica del populismo penal. Y con ese modo de obrar de nuestra clase política resulta absurdo hablar de los principios limitadores del derecho penal, comenzando por el de intervención mínima[12].

Basta repasar la larga relación de reformas que ha sufrido el CP de 1995[13] para descubrir la significativa cantidad de delitos innecesarios porque el problema que quieren resolver estaba ya debidamente resuelto a través del propio derecho penal debidamente interpretado, o del derecho privado o del derecho administrativo. A propósito de este comprobable hecho, se puede cuestionar el llamado carácter secundario del derecho penal, etiqueta que parte de la idea de que el derecho penal está destinado a actuar cuando resultan insuficientes los recursos que puedan ofrecer otras leyes o para completar sus respuestas en algunos casos.

Eso *no es verdad*, y huelga hablar de naturaleza «accesoria», «secundaria», «complementaria», «sancionadora», que son diferentes nombres para referirse a una misma cosa, puesto que el derecho penal, en muchos casos, interviene a pesar de que bastaría con el derecho no penal, y, por otra parte, no es cierto que su intervención se sume a otras previstas en el derecho no penal, sino que se trata de intervenciones penales totalmente independientes de lo que hagan otras ramas del derecho. Desgraciadamente, el derecho penal ha ido pasando de ser la *ultima ratio* a ser la *prima ratio* en el catálogo de las reacciones represivas[14].

12. Un botón de muestra: durante la última campaña electoral una ministra de UP anunció la introducción de un nuevo delito consistente en crear o tener una empresa especializada en desocupación de viviendas, y, ya en la campaña electoral, otra ministra (también de UP y candidata) anunciaba que, en cuanto tuviera poder para ello, crearía el delito de «negativa a asistir a un debate en la campaña electoral».
13. A los que se dedican profesionalmente al derecho penal no les extraña que a cada poco surja un anuncia de una nueva reforma del Código penal, que además será rápida, el CP de 1995 ya ha sido modificado 49 veces, y no hay gobernante, sea cual sea su ideología y el nivel de sus competencias, que no se crea en el deber y derecho de cambiar las leyes penales. Y, por supuesto, todos se consideran cargados de razón.
14. Con esa consideración no pretendo defender la bondad de transferir cuantos más problemas a la actividad sancionadora de la Administración pública, entre otras razones, porque las garantías individuales están mejor respetadas en el proceso penal. La elección de la jurisdicción penal puede ser lo más adecuado en muchos casos (ampliamente sobre el tema, Salat Paisal, 2019).

Las populistas promociones de leyes penales no son realmente «huidas al derecho penal», sino parte de la estrategia de enviar a la ciudadanía el mensaje de *que por fin la sociedad va a ser debidamente protegida*. Las huidas al derecho penal son, en cambio, abusos del recurso a la amenaza punitiva por desconfianza en la eficacia de otros instrumentos jurídicos. No es esa la razón que impulsa al populismo, que crea leyes con la esperanza de que sean aplaudidas, sin más, y sin reparar en que promulgar una ley nueva es básicamente *un acto simbólico que se realiza frecuentemente como modo de resolver una crisis,* pero sin pensar en qué sucederá cuándo esa ley esté en vigor y se pueda aplicar… o no se pueda. Eso da igual, pues lo importante es satisfacer la demanda popular de respuesta inmediata, y no hay que detenerse a pensar en obstáculos como pueda ser la función de tutela de bienes jurídicos que se dice corresponde al derecho penal, o la suficiencia de la ley penal ya existente y la innecesaridad de una nueva figura delictiva que generará problemas de concursos normativos.

La función de normas que nacen así no forma parte de las preocupaciones de sus promotores, y si, ulteriormente, la norma se muestra absurda o contraproducente al llegar al foro, porque los juristas profesionales, con los jueces a la cabeza, la interpretan en contra del sentido que los promotores habían anunciado en sus soflamas, siempre queda el recurso de incluir a la judicatura en el grupo de enemigos del sentimiento popular o siervos de una inercia alérgica a la renovación.

Las leyes penales populistas no se paran en barras, calificando como estorbos burocráticos al principio *non bis in idem,* o a la igualdad, o a la proporcionalidad, o a la intimidad, o al carácter fragmentario del derecho penal. Normalmente, tienen unos destinatarios prefigurados por el «clamor social» que los señala, razón por la cual se ha podido decir, con razón, que esas leyes acaban siendo una manifestación del derecho penal de autor, pues se dirigen a grupos de sujetos que ha seleccionado la «opinión pública», que no son todos los que realmente merecen una respuesta penal a sus actos.

En los últimos años, ya sea en la academia, en la magistratura, en la abogacía, se oyen graves censuras sobre el incesante flujo de reformas penales. Pero todo parece inútil, nadie puede poner un bozal a la fiera salvaje del punitivismo, alimentado constantemente por fuerzas políticas y sociales que no están dispuestas a renunciar al que consideran uno de los terrenos más fértiles para su afirmación política, que es la ampliación del derecho penal.

Una vez más quiero insistir en que esa manera de recurrir al derecho penal no tiene una «especialidad política». Hemos visto, en los meses pasados, cómo UP ha impulsado reformas inviables en materia de delitos contra la libertad sexual. Pero eso no quiere decir que no podamos ver, tras un cambio de orientación política del Gobierno, actual o futuro, propuestas legislativas, justificadas en nombre de la necesidad de aumentar la seguridad, que se lancen contra la pequeña delincuencia patrimonial, orillando el hecho cierto de que el problema en relación con esa clase de criminalidad no se resuelve a través de reformas de las leyes penales sino de la ampliación de los recursos policiales.

IV. LA MINUSVALORACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

La experiencia lleva a una conclusión: la importancia que los juristas dan al garantismo *no es socialmente compartida*. Más aún: en el supuesto de que se reconozcan como patrimonio político los derechos y libertades fundamentales, no se extraen de esa aceptación especiales consecuencias. Eso es especialmente visible en relación con la libertad: la conciencia y exigencia de que la propia no tenga límites corre en paralelo a la indiferencia respecto de cuál haya de ser la limitación de libertad o de otros derechos que conviene imponer a otras personas, especialmente si esas personas son molestas, como sin duda lo son los delincuentes.

La igualdad en la titularidad de derechos y libertades, que cuenta con proclamación constitucional en todos los Estados democráticos, ha ido transformándose en un postulado teórico, cuya existencia nadie discute, pero sin que eso suponga la exigencia colectiva de que sean respetados. No se trata solo de que muchos entiendan que esos derechos y libertades únicamente rigen para quienes respetan el «pacto de convivencia», pero no para quienes lo abandonan o rompen con su conducta delictiva, sino de algo más profundo y diferente de la represión penal. Derechos como la intimidad o la dignidad personal y familiar pueden ser pisoteados en cualquier programa televisivo o crónica social, o en los frecuentes «juicios paralelos», si eso conviene a los realizadores o partícipes en el programa, sin que se perciba especial escándalo ante el maltrato a un patrimonio político fundamental.

Esa impasividad ante las ofensas a derechos fundamentales es la lluvia fina que va regando el campo en el que arraigan los discursos que priman la eficacia y la *seguridad* por encima del respeto a los derechos humanos, actitud social que es aprovechada políticamente y que puede llegar al esperpento[15], La consecuencia final es evidente: al delincuente no se le reconoce que sea titular de derechos humanos fundamentales, y quienes defiendan eso se están poniendo de su parte. El derecho penal garantista va siendo postergado por el derecho penal de la seguridad[16].

Pero lo peor es que esa idea sobre los derechos humanos como «estorbo para el bienestar» de la ciudadanía se traduce precisamente en la actitud social que desea el político populista, y se traduce, en relación con la acción policial y la aplicación de las leyes penales, en la exigencia de detenciones rápidas, y, a ser posibles, masivas, sin excesivas motivaciones, que, a su vez den paso a procesos rápidos que culminen con la prisión o la expulsión. Todo se justifica en nombre de la necesidad de seguridad.

En la ciencia penal se abrió hace tiempo el interrogante sobre las causas de la preferencia por la seguridad frente a los principios fundamentales del derecho penal

15. Como sucedió en los años noventa en el municipio de Marbella, en cuya entrada, durante muchos años, se podía leer un anuncio que rezaba, a modo de resultado de un encuentro futbolístico, «Eficacia, 10, Derechos humanos, 0», lo cual resumía las prácticas de la autoridad y la policía municipales.
16. Así lo destacaba Díaz Ripollés, 2004.

garantista, pero solo ha servido para constatar un salto atrás que da lugar a la pérdida del sentido de lo que es penalmente excesivo y a aceptar que el problema penal es un problema político, y, en suma, todos los rasgos definidores del populismo punitivo. En ese contexto, las garantías procesales (que no voy a enumerar), y, especialmente, la libertad provisional, por más procedente que sea, son tomadas como una rémora que beneficia a los delincuentes e impide que el ciudadano honrado pueda percibir la seguridad. Los intentos de oponer los derechos del detenido o acusado son negativamente valorados, sin que con ello pretenda dar una aprobación general a las decisiones de los jueces de instrucción, muchas veces discutibles. Pero eso no puede tapar un hecho comprobado: el ruido populista ahoga las reivindicaciones individuales por mucho que estén respaldadas por un derecho fundamental.

El populismo, y eso es lo más grave, no *puede convivir fácilmente con el orden democrático social-liberal*, pues la libertad individual naufraga ante lo que presenta como expresión de la voluntad del pueblo, y quien la discuta será apartado del grupo antes o después.

V. LA RELATIVA DIFERENCIA DEL POPULISMO PENAL EN ESPAÑA

En la historia penal no es una novedad utilizar el miedo al delincuente para justificar la necesidad y legitimidad de la represión penal, sin concesión alguna a causas sociales, culturales, económicas o patológicas como determinantes del delito ni, tampoco, la entidad objetiva del daño causado, circunstancia de la que prescinden los partidarios de apreciar incluso la peligrosidad *sin delito,* como fundamento de medidas de prevención y seguridad, que en España existió durante la vigencia de parte de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social.

En paralelo a las presiones punitivistas y las posiciones más extremas del defensismo social, se registra otra constante: la protesta de la mayoría de los penalistas defensores del Estado de Derecho, desde el último tercio del siglo XIX, denunciando que el aumento de la represión, comenzando por la pena de muerte, nunca sería una solución, sin que esas críticas hayan tenido apenas transcendencia, pues los gobernantes hacían, y hacen, exactamente lo contrario, o, mejor, lo que consideran que conviene más a sus intereses electorales.

Tiempo hubo, en Europa y en España en que, bajo el amparo de la Constitución, se desarrolló, o, al menos, así se creyó, un derecho penal y procesal penal que se consideró garantista y sin tendencia a la expansión incontrolada. La mención constitucional a que las penas se orientarían a la reinserción del delincuente España permitía concebir el derecho penal como propio de un Estado social de derecho que primaba la integración y el control de la represión sobre la exclusión y la inocuización.

Por esa misma época era difícil que el problema penal se entremezclara en el discurso político, con la notable excepción del problema terrorista. Pero diferentes circunstancias

sociales y económicas, a las que ya me he referido antes, dieron lugar al progresivo cuestionamiento del derecho penal «socialdemócrata», al que se vio como incapaz de afrontar los problemas reales y cotidianos de los ciudadanos: miedo al delito, sentimiento de inseguridad, rechazo a la inmigración, considerada fuente de delincuencia, aumento cualitativo del terrorismo, temor a las organizaciones criminales (como si fueran una novedad), y a fenómenos, como las bandas del Este, de los que se temía su extrema violencia.

Una población en la que prenden todas esas ideas y preocupaciones no parece dispuesta a aceptar flexibilidad alguna en el uso de la represión. Antes, al contrario, desea desviar la atención sobre las causas individuales o estructurales de la delincuencia y concentrar la atención en el control y en la eficacia de la represión. Esto es: las condiciones perfectas para el desarrollo del populismo penal, que prospera en paralelo al populismo político, que tan buenos resultados electorales ha cosechado en diferentes Estados europeos, o, si se prefiere, puede decirse que es visible el aprovechamiento político de los planteamientos propios del populismo penal[17]. Por ejemplo, el posicionamiento político contra la inmigración, tema recurrente en los procesos electorales, va acompañado de la invocación de la cifra de criminalidad protagonizada por inmigrantes y el porcentaje de estos en la población penitenciaria.

Otro aspecto, de relativo interés, es que España, además, está sita en el sur de Europa. Digo esto para marcar distancia con los que, especialmente en el ámbito latinoamericano, entienden que el populismo es una manera de actuar políticamente señalando a las élites económicas como únicas responsables de los males que padece la sociedad, y eso justifica el pisoteo de derechos del individuo, que lo padecerán las élites o los que no pertenecen a ellas. Todo ese discurso, propio de ideologías como el peronismo o el chavismo, cala fácilmente y se traduce en ideas viejas como la de que hay un derecho para los pobres y otro para los ricos, y sin duda tiene un gran interés en el análisis de los problemas políticos y sociológicos de las naciones en los que han triunfado esas ideas, pero queda lejos del objeto de estas páginas que se limita a la relación entre el populismo, tal como se entiende mayoritariamente en Europa, y el derecho penal.

VI. LA PRISIÓN COMO MEJOR RESPUESTA

Característica central del populismo punitivo (y del derecho penal máximo) es considerar a la prisión la mejor solución para reaccionar ante los hechos delictivos, sin perjuicio de otras respuestas alternativas o adicionales como puede ser la expulsión en el caso de los extranjeros. El presupuesto ideológico que da sentido a la preferencia por la cárcel es evidente: el rechazo a todo lo que pueda parecerse a la prevención

17. Como expone Ferrajoli, 2019.

especial positiva y a todas las tesis que defienden la necesidad de evitar en lo posible la prisión y que, en general, parten de la idea de que el derecho penal debe intentar resocializar al delincuente sin perjuicio de su función asegurativa. Para el populismo punitivo la primera función del derecho penal y obligación del legislador es *garantizar la seguridad,* y ese objetivo solamente lo cumple adecuadamente la pena privativa de libertad.

En relación con ese posicionamiento pro-carcelario hay que descartar, por absurda, la respuesta «expiacionista», resumida en la frase «quién la hace la paga», que, además, sería una justificación de la pena en abstracto, pero no de que ésta fuera necesariamente la de cárcel. Ahí, por supuesto, entrarían los punitivistas diciendo que todo lo que no sea privar de libertad no sirve para «educar asustando», que es la manera más tosca de describir la función de prevención general que se atribuye al derecho penal. La prisión ha sido un castigo que durante mucho tiempo culturalmente aceptado como la «respuesta natural», e incluso tiempo hubo, y es comprensible, que se considerara que la prisión reglamentada era un avance humanitario en comparación con las penas de muerte, azotes, argolla y otros horrores.

Hace tiempo que prepondera la idea de que ante la temibilidad del delincuente el único modo del que dispone la sociedad para defenderse es la prisión, pero, si es así, es inevitable llegar a preguntarse por el sentido de la prisión para sujetos que no son peligrosos, si por peligrosidad se alude a la indemnidad y paz de otras personas. Pero asumir que la primera y tal vez única función de la cárcel sea la de prevenir la peligrosidad de determinados sujetos conduce a graves dudas sobre la razonabilidad de usar esa respuesta para sujetos que no suponen riesgo alguno para la indemnidad, salud y libertad y otros derechos de los demás. Fácil es llegar a una conclusión «clara» en apariencia: la cárcel es una respuesta violenta que solo se justifica frente a la violencia, y, por lo mismo, las acciones no violentas no deben reprimirse con un castigo tan violento como la cárcel.

Ese planteamiento en pro y en contra de la prisión tiene la virtud de la simplicidad, y en ese caso habría que seguir la navaja de Ockham y elevarlo a explicación definitiva. El problema es que pasa por alto la no poca dificultad que entraña decidir cuáles son las conductas que merecen el calificativo de «violentas», lo cual explica que no haya sido aceptado como «idea básica».

No faltará quien añada que la permanencia en prisión también impide cometer, durante ese tiempo, delitos violentos y no violentos, y no se olvide que en la legitimación de la prisión por el punitivismo *se invoca, en primer lugar, la «seguridad»* como derecho de los ciudadanos en su conjunto, y, en segundo lugar, que nada hay más injusto que tratar igual lo desigual, esto es, privar de libertad tanto a peligrosos como a no peligrosos. Se dirá entonces que la pena de prisión para el no peligroso es «retribución», mientras que para el peligroso es a la vez «retribución y prevención» frente al peligro que encarna, solo que esa doble explicación de la función de la pena es discutible, además de que es también insoportable la tesis de que la cárcel es la retribución natural, pues

puede haber otra clase de castigos que también se justifiquen como retribución en todo o en parte, y no consistan en privación de libertad.

En suma, la «inseguridad» solamente podría justificar una parte de las respuestas penales o, si se prefiere, cuando la respuesta a muchos delitos consiste en la privación de libertad, no puede justificarse en la inseguridad. Claro que se puede amparar en la legalidad (se hace porque la ley lo ordena) pero esa no es una reflexión crítica, o bien, abiertamente, decir que se trata de expiación o de vindicta pública, pero, en ese caso, lo coherente será olvidarse de las modernas teorías de la pena en el Estado social de derecho, reducidas a mera palabrería.

Incidentalmente diré que basta un vistazo a los libros de derecho penal, incluso a los específicamente dedicados a teoría de la pena, para comprobar que, por un lado, abundan las censuras al «exceso de presencia del derecho penal», y, por otro, apenas hay reflexiones de fuste sobre cuáles son las conductas que necesariamente exigen la intervención del derecho penal y, además, la prisión como respuesta.

Pero volvamos al populismo penal y sus ideas sobre la «prioridad cultural» que se ha de dar a la cárcel. Hace unos años, con la Reforma de 2015, entró en nuestro sistema la pena de prisión permanente revisable. La polémica que rodeó a esa novedad merece ser examinada porque en ella se pueden encontrar los signos que mejor identifican al populismo penal. El derecho penal español, a diferencia de otros sistemas europeos, contaba a la sazón, y así sigue siendo, con la posibilidad de imponer penas de prisión de hasta *cuarenta* años de duración, por lo que la incorporación de la prisión permanente revisable, que supone, en principio, un período continuado de veinticinco años (art. 92 CP). No hay todavía una experiencia suficiente de la ejecución de esa pena, pero difícilmente diferirá de los resultados que hubiera podido producir la imposición de una pena de cuarenta años.

Por lo tanto, la incorporación de la llamada «cadena perpetua» tenía mucho más de *ideología* que de cambio real. El contexto de su incorporación estaba marcado por terribles crímenes contra muchachas que habían sido asaltadas, violadas y asesinadas. A partir de esos hechos comenzaron a expandirse las ideas «populistas», situando en cabeza la de la «insuficiencia» del Código penal para dar respuesta proporcional y adecuada a la gravedad del crimen, pero eso, en un sistema que ya permitía llegar a los cuarenta años de prisión, no se podía decir.

Por lo tanto, la explicación había que buscarla en el terreno de lo *simbólico,* y ahí surgían las explicaciones *profundas* que con facilidad reunieron partidarios de la prisión permanente: para determinados sujetos se debe abandonar el ideal resocializador dar preferencia a la definitiva neutralización del criminal, y su exclusión del cuerpo social, del que él mismo se ha separado voluntariamente, trasformando en un enemigo del que la «mayoría» tiene derecho a defenderse.

A pesar de una experiencia que dice precisamente lo contrario, esto es, la reconocida incapacidad de la cárcel y la severidad de las penas *para evitar futuros delitos* (el relativo fracaso de la prevención general) se presentan como la forma más eficaz para frenar la

delincuencia. Atendiendo al impulso punitivista se asocian de manera falaz tasas de encarcelamiento con criminalidad, se obvia el patrón sociocultural de quienes acaban en prisión y se recurre subliminalmente a la función simbólica y moralizante de la cárcel, silenciando cuál es el destino final de muchos delincuentes.

Hoy en día el criterio que marca la ejecución de penas privativas de libertad en Europa es el sometimiento a un programa de ejecución, que no parece preciso para una pena que por su misma naturaleza no aspira a reinserción o reeducación de especie alguna. Es verdad que en los sistemas que, como el español, contemplan la posible «revisión» de la pena de cadena perpetua pueden decir que hay un tratamiento penitenciario, pero lo cierto es que la ideología esencial o «fundacional» de la cadena perpetua es otra: el encierro vitalicio, del que solo se sale en féretro. La revisión posible de la pena de cadena perpetua ha sido impuesta por la doctrina del TEDH como condición para no declararla incompatible con el Pacto Europeo de Derechos Humanos.

En la teorización de la «razonabilidad» de la cadena perpetua se han dado la mano doctrinas que en su momento parecieron «revolucionarias» con las ideas más estrictas sobre el carácter absoluto de los castigos. En el primer grupo se sitúa el positivismo naturalista: el Estado, según decía Garofalo hace más de un siglo, ha de reaccionar ante sujetos temibles, a los que ha de intentar adaptar o recuperar, pero, si eso no es posible, tiene el deber de segregarlos perpetuamente, y, llegado el caso, aplicar la pena de muerte.

Esas ideas van a perseverar en los movimientos inspirados en la defensa social. Pero es que en las tesis totalmente contrarias a la búsqueda de fin alguno con la ejecución de las penas (teorías absolutas de la pena) desaparece el argumento contra la cadena perpetua basado en la imposibilidad de alcanzar reeducación de especie alguna, puesto que *las penas no se han de proponer ninguna clase de objetivo,* pues, según se decía en un tiempo, es un fin en sí misma que solo se inspira en la expiación y en la retribución, y eso mismo lo puede suscribir el populismo penal de nuestro tiempo.

Dejando a un lado el significativo tema de la prisión permanente, hay que contemplar a la pena privativa de libertad y las penas no privativas de libertad con la mentalidad del populismo. En cuanto a las penas no privativas de libertad (privativas de derechos o pecuniarias) son consideradas una manera como otra de librarse de la responsabilidad contraída con la comisión de un delito.

Coherentemente con la defensa de la pena privativa de libertad *materialmente ejecutada* y no solo teóricamente impuesta, como respuesta natural y principal al delito, el populismo punitivo rechaza también los sustitutivos penales y cualquiera otra figura penal que se pueda calificar como norma que persigue favorecer la reinserción, objetivo que se excluye de las funciones del derecho penal: el delincuente ha de ser excluido del grupo social y la pena tiene como finalidad la inocuización del sujeto. Cualquier otro fin es inaceptable.

VII. LA INVOCACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Otro eje esencial del populismo penal pasa por la instrumentalización del dolor de las víctimas y de los supervivientes y de la empatía social que suscitan. El punitivismo se presenta como abanderado de sus derechos, otorgándoles el lugar destacado que se merecen en el sistema penal y *en la promulgación de leyes*.

El planteamiento de la relación entre la existencia de víctimas y la actuación presente y futura del derecho penal es, a la vez, una manipulación de los sentimientos de las victimas para transformarlas en grupo de presión y, a la vez, una falacia. Los derechos de las víctimas se presentan en una aritmética engañosa: la concesión de derechos a los infractores va en detrimento de los derechos de estas, negándoles la obtención de justicia y reparación. Con ello, se apropian y distorsionan las reivindicaciones de las víctimas y supervivientes del delito que, por cierto, ni tan siquiera son las que más ansias punitivas presentan, si se las compara con quienes las invocan.

La primera falacia que entraña esa continua invocación de las víctimas y sus derechos es la tácita sugerencia de que cualquier otra ideología las desprecia u olvida, cuando no es así. Para las víctimas la realización de la justicia penal es una mínima compensación a su dolor, pero el sistema público estatal, del mismo modo que tiene el deber de protegerlas y ayudarlas con generosidad, no puede privatizarse y administrar la justicia penal *exclusivamente* en servicio suyo, pues si lo hiciera la consecuencia final sería que los crímenes tendrían que castigarse cuánto la víctima quisiera y sólo si la víctima lo desease, y además quedaría difuminada la transcendencia social del hecho y la prevención de su repetición en el futuro.

Por lo tanto, la tangible existencia de víctimas es un problema de primer orden, pero no la clave de bóveda de todo el problema penal. Cuestión diferente es que es obligado reconocer que la atención a las víctimas se ha producido tardíamente, y durante mucho tiempo el eje del problema penal lo ocupaban especialmente los delincuentes, pero no las víctimas, lo cual ha sido históricamente injusto, y, en segundo lugar, porque ceder el espacio íntegramente al delincuente puede propiciar la peor de las consecuencias: que éste crea que tiene un problema (lo que es cierto), que tiene unos derechos, como el de defensa o la presunción de inocencia y otros (lo cual también es cierto) y olvide el daño que ha causado y deje de comprender que su actitud hacia la víctima, y no exclusivamente por una cuestión de índole moral (de moral personal), sino de necesaria justicia restauradora, no puede ser un tema accesorio para el sistema.

Pero el populismo punitivo utiliza a las víctimas para finalidades extravagantes, como cuando, por ejemplo, ideas como la reinserción del delincuente son abiertamente despreciadas *en nombre del respeto a las víctimas,* como si se tratara de cosas incompatibles, y, en todo caso, ese argumentario es utilizado con fines electorales, y esa es una manera inadmisible de tratar la atención a las víctimas del delito, que desde el último tercio del s. XX han ido adquiriendo su propio espacio en el problema penal,

que durante mucho tiempo centrado en los autores de los delitos, que además son los protagonistas únicos de la teoría del delito[18].

La victimología constituye hoy una dimensión imprescindible en la formulación de la política criminal, y, a su vez, el papel de la víctima en la valoración integral del delito como suceso jurídico es el punto de partida de la «victimo-dogmática»[19]. Pero lo que en modo alguno puede aceptarse es la pretensión de construir la totalidad del derecho penal a partir de la víctima, pues el problema penal excede a esa limitada esfera.

El populismo punitivo, en coherencia con ese rasgo identitario que es la permanente invocación de las víctimas y sus intereses y deseos, exige el aumento cuantitativo del derecho penal: es necesario crear más delitos y señalar mayores penas privativas de libertad para los ya existentes, y, además, sin beneficios penitenciarios que puedan desvirtuar la gravedad de la pena con soluciones reglamentarias que permitan adelantar la recuperación de la libertad. Que eso vaya a ser útil o contraproducente es algo que queda fuera del campo de juego, y que se presente como *una manera más de dar satisfacción a las víctimas* de delitos pasados es absurdo, pero sirve para fomentar la idea de que aquellos delitos *se produjeron precisamente por la insuficiencia de las leyes* penales, lo cual, habitualmente, es falso.

Pero la tendencia a potenciar el papel de las víctimas como interlocutores en la disposición de la Política criminal no se reduce, antes, al contrario. El recurso a las víctimas para interferir cualquier debate penal o penitenciario es constante. Como es lógico, no puedo censurar que haya muchas asociaciones de víctima de delitos, incluso de víctimas de un concreto delito (por ejemplo, una macro estafa inmobiliaria), y que todas ellas pugnen por obtener compensaciones al daño sufrido. Pero eso no tiene nada que ver con la marcada línea constante del populismo de clamar contra cualquier reducción de pena o flexibilización en el tratamiento penitenciario, o en los derechos del acusado en el proceso, denunciando que se trata de una ofensa a los sentimientos de las víctimas.

VIII. LOS POPULISMOS FRENTE AL DERECHO PENAL Y LOS PENALISTAS

En cuanto al futuro de la ciencia penal, tras esos ataques de irracionalidad, el panorama es realmente oscuro, salvo que se quiera ir a un sistema de «*doble derecho penal*» (algunos lo preconizan) de modo que hubiera uno para las personas «normales e integradas», para las cuales subsistirían los valores y principios del derecho penal, y otro, diferente y contundente, que, despojado de todo eso se aplicara a los que perturban la paz social y solo merecen represión, pero eso es todo menos una solución, al contrario: sería el

18. Situación que hoy está cambiando gracias al desarrollo de la víctimodogmática, que estudia la significación del comportamiento o personalidad de la víctima en la producción del delito y su influencia en la responsabilidad penal del autor.
19. Del tema me ocupé en Quintero, 2005.

hundimiento del «mejor» derecho penal, si es que es posible calificar a alguna concepción del derecho penal como la mejor.

Para el populismo punitivo *no tiene sentido alguno que las leyes penales quieran ser utilizadas para cumplir una función de promoción de valores comunes necesarios para la convivencia libre,* como han sostenido tantas doctrinas penales. Ese discurso, clásico del derecho penal liberal, carece totalmente de sentido para el populismo, pues la función del derecho penal no es ni enseñar ni promover, sino *proteger a los buenos ciudadanos*.

Otra idea común *es el desprecio al derecho penal «ortodoxo» y a los penalistas «tradicionales»,* que son todos menos ellos. Es fácil comprobar cómo los promotores de medidas de populismo punitivo marcan distancias con los «penalistas». Una vez más los juristas son señalados como colaboradores de los delincuentes y celosos defensores de los derechos de éstos frente a los de los buenos ciudadanos, una idea antigua y muy cara a los movimientos totalitarios, con el nacionalsocialismo en cabeza, pues no en vano fue una de las más absolutas y siniestras exhibiciones de *«populismo absoluto»* que ha conocido la historia.

En las constantes del pensamiento penal nazi, sin perjuicio de que dentro de él hubiera grupos o personalidades diferentes (la Escuela de Kiel, la de Marburgo, Edmund Mezger, Carl Schmitt) algunas notas pueden considerarse comunes, como la abolición de las ideas o instituciones penales peyorativamente calificadas como «liberales», entre las que se incluían la culpabilidad como reproche personal por el hecho, la antijuricidad y la lesión de bienes jurídicos como esencia del comportamiento injusto, y, por supuesto, el presupuesto de libertad del individuo.

A su vez, de los juristas activos en la época nazi se ha podido decir, con justicia, que mayoritariamente abrazaron las ideas impuestas por Hitler, ya fuera por sincero deseo de participar en la recuperación de Alemania frente a la humillación que supuso el Tratado de Versalles ayudando a la creación de un Nuevo Estado que requería un nuevo derecho, o ya fuera simplemente por necesidades de supervivencia.

Algo parecido sucedió en Italia, donde un Ferri anciano, en palabras de Jiménez de Asúa, se postró ante las botas del dictador fascista, Benito Mussolini, aunque con la diferencia de que el positivismo naturalista se adaptaba con cierta facilidad a las ideas penales del fascismo.

Se dirá que todo eso pertenece a un lejano pasado, pero no es del todo cierto. Hoy, para el populismo penal, los juristas que señalan errores graves en leyes que promueven (superposiciones, concursos innecesarios de normas, desproporciones, etc.) son silenciados o acusados de obstaculizadores del progreso. La idea, tan cara a los nazis, de que los juristas han creado un complejo juego de normas que solo ellos entienden y que utilizan para interponerse entre el delincuente y el sano deseo de justicia del pueblo, idea que tiene diferentes versiones, como la de sostener que los ricos pueden pagarse buenos abogados que encontrarán una «argucia» legal para conseguir la absolución, o la (vivida a propósito de la ley del «sí es sí») tesis de que buenas leyes son diluidas por

los Tribunales penales, que son el brazo armado de la «sociedad patriarcal» (aquí entra la rama feminista del populismo)

La mencionada crítica a los Tribunales se visibiliza claramente en una de las armas preferidas por el populismo punitivo que es *transmitir a los votantes que solo ellos, a través del poder legislativo, son los que han de decidir lo que se debe hacer con los delincuentes,* sin dejar espacio de actuación a los jueces.

La hipertrofia de esa supuesta apología del Poder legislativo como fuente única de justicia lleva a la convicción de que, si la mayoría parlamentaria lo decide, cualquier cambio o incorporación de una Ley habrá de ser aplaudido, aunque suponga la cancelación de valores consagrados por años de buena cultura jurídica, a la que a veces se trata despectivamente como «derecho penal liberal», con lo que se confunde un cierto modo de entender el derecho penal (respetuoso con las garantías individuales) con el maltrato a valores constitucionales fundamentales, en nombre de la búsqueda de una justicia en sintonía con los deseos del pueblo.

IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

No es fácil extraer una conclusión concreta de la diversidad de aspectos del tema del populismo y el derecho penal que he intentado exponer. Pero hay un telón de fondo permanente en todos ellos, y es la falta de respeto real al Estado de Derecho y lo que este significa, no ya como estructura formal (división de poderes, sometimiento a la ley, derechos y libertades, etc.) sino como *cultura,* porque el Estado de Derecho, efectivamente, no es solo una manera de configurar jurídicamente a una sociedad, sino que es y ha de ser algo más: el eje de la identidad nacional.

Esa función político-cultural del Estado de Derecho, y lo que supone como modo de entender la convivencia y la actividad política, no se percibe con claridad en nuestro tiempo, o solo cuando se ponen ejemplos máximos, como era el de los juristas al servicio del franquismo que aseguraban que aquella España era un Estado de Derecho porque todo se hacía mediante leyes y tribunales y se responde que eso es inadmisible.

Utilizar la justicia penal para reforzar la demagogia es una manera de despreciar el sentido que culturalmente, y me refiero a la cultura jurídica del siglo XXI, ha de tener el derecho penal en un Estado de Derecho, pero desgraciadamente no hay que extrañarse de que eso suceda. Los propios gobernantes, y estos días lo estamos comprobando con el espectáculo de la negociación del futuro político común con personajes que están encausados por graves delitos, no tienen el menor inconveniente en forzar la legalidad o despreciarla si se interpone en su camino hacia el objetivo de conservar el poder. El Estado de Derecho queda malparado, o, peor, ridiculizado.

Pero todo se inscribe en el signo de los tiempos, en que se ha instalado como normal la utilización libérrima de las leyes. En ese contexto de insensibilidad hacia lo que significa el Estado de Derecho, y teniendo que resignarnos a soportar el desprecio a

cualquier límite jurídico, el populismo penal no es más que una consecuencia colateral coherente con el desquiciamiento del sentido y la función del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Antón-Mellón, J., & Antón Carbonell, E., (2017). Populismo punitivo, opinión pública y leyes penales en España (1995-2016). *Revista Internacional de Pensamiento Político*, (12), 133-150

Cigüela Sola, J., (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22), 1-40.

Clarke, C., & Morgan, R., (eds.), (1995). *The Politics of Sentencing Reform*. Clarendon Press.

Díaz Ripollés, J.L., (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (6), 1-34.

Ferrajoli, L., (2019). Il populismo penale nell'età dei populismi politici. *Questione Giustizia*, (1), 79-85.

García Figueroa, A., (2021). La génesis populista del feminismo punitivo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Protocolo I, 15-41.

Larrauri, E., (2006). Populismo punitivo. *Revista de Jueces para la Democracia: Información y Debate*, (55), 15-22.

Quintero, G., (2005). La víctima y el Derecho penal. En Tamarit Sumalla J. M., (Coord.), *Estudios de Victimología: Actas del I Congreso Español de Victimología*. Tirant lo Blanch

Salat Paisal, M., (2019). El Derecho penal como prima ratio: la inadecuación del Derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del Derecho penal. *Revista General de Derecho Administrativo*, (51).

PROBLEMAS DE JUSTICIA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 305-331
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.11

La autonomía personal en el pensamiento ético de Kant

Personal Autonomy in Kant's Ethical Thought

Juan Iosa

Autor:
Juan Iosa
Universidad Siglo 21, Argentina
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina
juanfiosa@gmail.com
https://orcid.org/0000-0001-5590-6043

Recibido: 07/09/2023
Aceptado: 04/12/2023

Citar como:
Iosa, Juan (2024). La autonomía personal en el pensamiento ético de Kant *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 305-331. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.11

Financiación:
Este trabajo es fruto de una estancia de investigación en la Universidad de Catania y en la *London School of Economics* (LSE), disfrutada gracias a un subsidio del Proyecto Kantinsa (Kant in South America) Marie-Curie Rise n.º 777786 (Unión Europea), web page: https://www.kantinsa.eu/.

Agradecimientos:
Agradezco a Macarena Marey, Natalia Lerussi, Nunzio Ali, Luiggi Caranti y Lea Ypi por haber facilitado, de diversas maneras, este viaje. Gracias también a Rodrigo Sánchez Brígido, Julio Montero, Federico Arena, Matías Parmigiani, Tomás Céspedes, Carlos Villanueva y Paula Gastaldi, la lectura atenta y las críticas. Las traducciones son mías cuando no se advierte lo contrario en la bibliografía.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Juan Iosa

Resumen

Es común pensar que nuestro moderno concepto de autonomía personal (AP) no ocupa un lugar importante en el pensamiento ético de Kant, si es que ocupa alguno. En contra de esta extendida idea, sostendré aquí que su rol no podría ser más destacado. Para ello, ofreceré primero un esbozo del significado del término. Analizaré luego la investigación de Waldron sobre la posibilidad de ubicar la AP dentro de las reflexiones kantianas sobre la búsqueda de la felicidad. En tercer lugar, revisaré la tesis de Taylor de que una AP propiamente kantiana debe ubicarse dentro del espacio de latitud que dejan los deberes imperfectos de la *Doctrina de la Virtud*. Pasaré luego a defender mi tesis: toda la filosofía moral kantiana, i.e., tanto el primer principio como los deberes de allí derivados, puede pensarse como una estructura normativa orientada a la defensa y promoción de la AP. Ello porque este concepto está inscrito en la idea misma de humanidad (la capacidad de fijarse a uno mismo fines, tanto morales como de otro tipo) contenida en la segunda fórmula del imperativo categórico.

Palabras clave: autonomía personal; humanidad; felicidad; doctrina de la virtud; ética kantiana.

Abstract

Modern personal autonomy (PA), it is generally assumed, doesn`t occupy an important place in Kant's ethical thought, if at all. Contrary to this widespread notion, I will argue that its role could not be more prominent. To accomplish this, I will first outline the meaning of the term. Next, I will analyze Waldron's query regarding whether PA aligns well with Kantian considerations on the pursuit of happiness. Thirdly, I will review Taylor's thesis that a properly Kantian PA must be located within the space of latitude left by the imperfect duties of the Doctrine of Virtue. I will then go on to defend my thesis:

the entire Kantian moral philosophy, i.e., both the first principle and the duties derived from it, can be thought of as a normative framework oriented toward safeguarding and fostering PA. This assertion stems from its inherent connection to the concept of humanity (the ability to set ends for oneself, both moral and non-moral), contained in the second formula of the categorical imperative.

Keywords: personal autonomy; humanity; happiness; doctrine of virtue; Kantian morality.

> «Lord Darlington wasn't a bad man. He wasn't a bad man at all. And at least he had the privilege of being able to say at the end of his life that he made his own mistakes. His lordship was a courageous man. He chose a certain path in life, it proved to be a misguided one, but there, he chose it, he can say that at least. As for myself, I cannot even claim that. You see, I trusted. I trusted in his lordship's wisdom. All those years I can't even say I made my own mistakes. Really –one has to ask oneself– what dignity is there in that?…
> The hard reality is, surely, that for the likes of you and me, there is a little choice other to leave our fate, ultimately, in the hands of those great gentleman at the hub of this world who employ our services. What is the point in worrying oneself too much about what one could or could not have done to control the course one's life took».
>
> Kazuo Ishiguro, The Remains of the Day

1. INTRODUCCIÓN

Henry Maine en su clásico libro sobre *El derecho antiguo,* famosamente sostuvo que la marca de la modernidad moral y jurídica consiste en el paso *del estatus al contrato* (Maine, 1906, 165). Charles Taylor afirmaba una idea no idéntica pero similar: «La diferencia esencial puede quizás presentarse de este modo: el sujeto moderno se autodefine, mientras que en las concepciones previas el sujeto es definido en relación con un orden cósmico» (Taylor, 1975, 6). Podemos pensar a partir de allí la diferencia entre las autoconcepciones moderna y premoderna de la moralidad: así como antiguamente el rol de una persona en la sociedad, i.e., sus derechos y obligaciones, estaba determinado por su posición relativa en una red de relaciones que le excedía, que le venía dada, hoy tal rol depende, al menos en gran parte (en una parte infinitamente más grande que antes) de su voluntad. En consecuencia, el occidente moderno se define a sí mismo (por oposición a concepciones no occidentales o premodernas) por su valoración de la autonomía, del autogobierno individual. Estas son las palabras clave de la modernidad moral, política y jurídica. Esta es la historia que nos contamos, nuestra versión oficial sobre nosotros mismos y el fundamento moral de nuestras instituciones, autoconcebidas como «liberales» en el sentido clásico del término[1]. Aquí no pretendo en absoluto criticarla sino comprenderla.

1. Por liberalismo clásico me refiero al liberalismo comprehensivo en el sentido de Rawls, como opuesto al liberalismo político. Rostbøll (Rostbøll, 2011, 341) resume la distinción aquí relevante en los siguientes

Ahora bien, la idea de autonomía, de autogobierno, tal como ha sido destacado más de una vez, es terriblemente ambigua. No entraré aquí a distinguir la multitud de significados que se le atribuyen. Me interesa centrarme en la autonomía personal (en adelante AP). De hecho, mi interés es bastante más específico. Me preguntaré por el lugar de la AP en la filosofía práctica de Kant. Para ello, primero presentaré escuetamente el concepto en cuestión. En segundo lugar, revisaré dos lecturas que piensan que tal idea tiene cabida en el pensamiento kantiano pero en lugares acotados y marginales. En este sentido me referiré primero a la idea, explorada tanto por Jeremy Waldron como por Robert Taylor, que entiende que la AP juega un rol en las reflexiones kantianas sobre la búsqueda de la felicidad. Luego exploraré la tesis, defendida por Taylor, de que su lugar natural es el espacio de latitud propio de los deberes imperfectos de la *Doctrina de la Virtud*. En tercer lugar, ofreceré lo que entiendo son argumentos en favor de una lectura mucho más ambiciosa del rol de la AP al interior del pensamiento kantiano. Sostendré que toda su filosofía moral puede pensarse provechosamente como una gran estructura normativa de protección y promoción de la AP[2]. A mi entender el concepto de AP, a través de la idea kantiana de *humanidad*, i.e., la capacidad de adoptar libremente fines, juega un rol central en la fundamentación misma del imperativo categórico. En última instancia, entiendo, la AP y la humanidad en el sentido de Kant son conceptos, si no equivalentes, al menos estrechísimamente relacionados. Después de defender esta tesis en el nivel abstracto de los conceptos en cuestión la defenderé desde sus implicaciones concretas. Creo que al menos buena parte del sistema de deberes kantianos puede pensarse como orientada ya a la defensa, ya a la promoción de la AP. Aquí me limitaré a ejemplificarlo en algunos casos importantes. Si mi tesis se sostiene ello habilitaría, entiendo, una nueva perspectiva desde la que pensar a Kant como uno de los grandes pilares del liberalismo clásico. De todos modos este texto se centrará en la teoría moral de Kant antes que en sus consecuencias políticas.

Corresponde entonces comenzar con una primera aproximación al significado de «autonomía personal». Presentaré primero la idea manteniendo un alto nivel de abstracción tal que lo que afirmo pueda pensarse como enunciando un concepto antes que concepciones. Pero inmediatamente bajaré de nivel para presentar una concepción de la AP de reconocida influencia en los debates morales y políticos actuales: la teoría de la AP de Joseph Raz. Con ella en vista podremos contrastar y evaluar si la teoría de la AP que imputo a Kant podría ser reconocida como tal por un autor contemporáneo como Raz.

---

términos: «En el centro del liberalismo político se encuentra la afirmación de que los liberales deben renunciar al compromiso con la autonomía que se encuentra en el liberalismo clásico. Se sostiene que esto es necesario para adecuar el liberalismo a sociedades caracterizadas por un pluralismo razonable y para evitar que «el liberalismo se convierta en otra doctrina sectaria» (Rawls, 1985, 246)».

2. De hecho, creo que incluso su teoría del derecho puede ser pensada bajo la misma óptica. Pero el estudio de esta tesis requiere hacerse cargo de un creciente corpus de literatura sobre el tema. No es este el momento para discutirla.

2. AUTONOMÍA PERSONAL

La idea central que está detrás de nuestro concepto de AP es, tal como afirma Christman, la de un sujeto «guiado por consideraciones, deseos, condiciones y características que no le son impuestas externamente, sino que son parte de lo que puede considerar… como (su) propio y auténtico yo» (Christman, 2020, 2). Waldron lo expresa de un modo particularmente elegante: cuando hablamos de AP nos viene a la mente la imagen de una persona a cargo de su vida, «no una que sólo sigue sus deseos, sino que elige qué deseos seguir» (Waldron, 2005, 307). En las concepciones jerárquicas de la AP (Frankfurt, Dworkin, Bratman) lo determinante es la identificación de la persona con sus deseos de primer orden a partir de sus deseos de segundo orden, i.e., sus deseos sobre qué tipo de deseos quiere tener o actuar. Ahora bien, no se trata sólo de que yo hoy puedo identificarme o no con un deseo actual. También puedo identificarme o rechazar mis deseos e intereses (i.e., mis deseos a largo plazo) futuros. En tanto la persona puede definirse, al menos en parte, como un haz de deseos e intereses proyectados en el tiempo, podemos considerar la AP como la capacidad de considerar y proyectar qué clase de persona se quiere ser. Esta misma idea muta si desinflamos algo el rol de los deseos y aumentamos el peso relativo de la decisión sobre qué deseos poner en acto. Bajo esta óptica (la que adopta, tal como veremos, Raz), la AP es la capacidad de elegir por uno mismo el propio plan de vida (Cfr. Laporta, 2007, 31-32). Las personas gozan, en acto, de AP si eligen libre y reflexivamente su propio plan de vida, si son, al menos en parte, autoras de su propio destino.

Sin pretender exhaustividad, creo que es útil distinguir entre las concepciones de la AP fundadas en la noción de deseos de diverso orden y las fundadas en la noción de decisión. Entre las primeras estarían típicamente las concepciones jerárquicas de Frankfurt, Dworkin y Bratman; entre las segundas destaca la teoría de Raz. Creo que es útil distinguirlas pues, como bien ha señalado Onora O'Neill, es mucho más difícil pensar las primeras dentro de una matriz kantiana[3]. De aquí en más entonces, al

3. Onora O'Neill piensa que hay un abismo entre la noción kantiana de autonomía y las ideas sostenidas por los modernos teóricos de la AP. Ello porque piensa la autonomía kantiana como autonomía moral (en adelante AM), i.e., «la capacidad de actuar a partir de principios» (O'Neill, 1989, 76), y porque piensa la moderna AP teniendo en mente las concepciones jerárquicas, basadas en deseos. A su entender, para estas concepciones (y aquí nombra explícitamente a Frankfurt) «[l]a autonomía se ve como una disposición o capacidad para perseguir preferencias pero que se relaciona principalmente con preferencias de segundo orden, reflexivamente evaluadas, y no invoca ninguna concepción de la razón más allá de la coherencia interna y una explicación instrumental de la racionalidad práctica» (O'Neill, 1989, 66). En consecuencia, argumenta en favor de «separar la concepción kantiana de la autonomía de las contemporáneas» (O'Neill, 1989, 75).
Aun si yo no estoy argumentando aquí, al menos no de modo directo, en favor de una determinada concepción de la relación entre AP y AM kantiana, sospecho que igualmente O'Neill estaría en desacuerdo con mi propuesta. Para hacerla más plausible es que separo las concepciones basadas en deseos de las concepciones basadas en decisiones. En cualquier caso, creo, contra O'Neill, que bajo cierta

referirme a la noción de AP tendré en cuenta las concepciones basadas en la idea de decisión, de autoría.

2.1. La autonomía personal en Raz

Según Raz, la persona autónoma es en parte autora de su propia vida. El ideal de la AP es la visión de las personas controlando en algún grado su propio destino, dándole forma mediante decisiones sucesivas a lo largo de sus vidas (Raz, 1986, 369). Se opone a una vida de elecciones tomadas bajo coerción. También a una vida sin elecciones, o de mero derivar por la vida sin ejercitar la propia capacidad de elección (Raz, 1986, 371).

Para llevar una vida autónoma es preciso que se den ciertas condiciones cuyo valor es derivado del valor de una vida autónoma, llamémosle con Raz 'condiciones de la autonomía'. Son tres (Raz, 1986, 372-3):

1) Apropiadas capacidades. Entre las diversas capacidades funcionales a la autonomía destaquemos aquí las mentales. Por un lado, la persona autónoma goza de entendimiento: capacidad de evaluar y ponderar el valor relativo de diferentes fines, i.e., estados futuros valiosos, de comprender y valorar su situación y el peso que sus decisiones tendrán en su vida y en las de los demás, de concebir los medios adecuados para llevar a cabo sus propósitos, etc. Goza, en otras palabras, de capacidad de reflexionar sobre cuál de los posibles cursos de acción y, más genéricamente, modos de vida a su alcance, resulta preferible. Además tiene voluntad, capacidad de tomar decisiones y actuar en consecuencia (Raz, 1986, 369-373).
2) Adecuado rango y variedad de opciones, pues quien tiene muy restringidas las opciones disponibles no puede elegir en sentido estricto (Raz, 1986, 378-381). Además, al menos algunas opciones disponibles deben ser moralmente valiosas. Pues quien tiene solo malas opciones a su alcance no goza de autonomía (Raz, 1986, 373-377)[4].
3) Independencia: el ejercicio de la capacidad de opción debe ser libre de coerción y manipulación ajena. La coerción y la manipulación sujetan la voluntad de una persona a la de otra y, en este sentido, invaden su autonomía (Raz, 1986, 377).

Pero que se den en nuestra vida las condiciones de la AP no equivale, según Raz, a llevar una vida autónoma. Para ello debemos poner en acto esas condiciones: debemos elegir, tomar decisiones vitales relevantes. Tal como avancé más arriba, la palabra «decisión» es

óptica incluso las concepciones basadas en deseos pueden ser rescatadas para el esquema aquí propuesto. Lamentablemente no tengo espacio para desarrollar acabadamente el punto. Al respecto ver Iosa, 2017.

4. En Raz, el carácter valioso o disvalioso de las opciones es previo e independiente de la elección del agente. Este elemento de su doctrina es incompatible con la lectura de Kant aquí propuesta. De hecho, tal como explicito más abajo, no estoy afirmando que Kant y Raz tengan la misma teoría de la AP.

clave en la teoría de la AP de Raz. Esto no significa que la persona autónoma lleve una vida en que cada aspecto ha sido conscientemente decidido. Eso sería sobreintelectualizar la AP. De hecho, una vida autónoma es compatible con encontrarnos a nosotros mismos en una situación vital en buena medida definida por factores sociales, culturales, familiares, etc., que bien podemos decir que no hemos elegido. Lo que importa, como bien resalta Waldron refiriéndose a la teoría de Raz,

> «no es la génesis de nuestros proyectos sino, primero, que reconozcamos la posibilidad de abandonarlos o de continuar comprometidos con ellos; segundo, que cuando elijamos entre las opciones a nuestra disposición lo hagamos por razones que jueguen un rol consciente en nuestro razonamiento práctico y; tercero, que nos identifiquemos de buena fe con las elecciones que hemos realizado» (Waldron, 2005, 316).

Al poner en ejercicio las condiciones de la autonomía, es decir, al adoptar fines y proyectos, al comprometernos en relaciones y vínculos, damos progresivamente forma a nuestra propia vida. Alguien que decide, por ejemplo, estudiar una carrera, luego de tomar esa decisión tiene razones para comportarse de modo de alcanzar el fin implicado en su decisión; en este caso recibirse. Y puede actuar de modo incompatible con ese fin, fracasando por ello en su obtención de un modo que le resultaba imposible antes de adquirirlo. Es así como, según Raz, dotamos de valor a nuestra vida, de valores con que nuestra vida no contaba antes de esas decisiones e identificaciones. Creamos, en otras palabras, razones independientes de las razones que teníamos para asumir esos compromisos, fines y proyectos. Es así como nuestra vida se vuelve en parte nuestra propia creación: los valores que, entre otras cosas, le dan forma son, en alguna medida, fruto de nuestros propios actos de creación normativa. En tanto que la AP nos permite cargar de valor nuestra vida, bien podemos decir que ella misma es valiosa (Raz, 1986, 387).

El que la AP sea moralmente valiosa es una razón para que todos llevemos vidas autónomas. Pero no es posible hacer autónomos a otros, el ejercicio de la autonomía está sobre los hombros de cada quien. Claro que los demás, particularmente el Estado, pueden ayudar y estimular la adopción y el desarrollo de modos autónomos de vida. Pero su ayuda está limitada a asegurar las condiciones de la autonomía (Raz, 1986, 407).

Articulada mínimamente la concepción raziana de la AP, detengamos un momento sobre cómo él concibe la relación entre AP y el pensamiento moral kantiano. Es famosa la fuerte distinción raziana entre AP y AM kantiana:

> «La autonomía personal, que es un particular ideal de bienestar individual, no debe ser confundida con la sólo indirectamente relacionada noción de autonomía moral. La última se origina en la idea kantiana de que la moral consiste en principios autolegislados… En Kant… la autoría se reduce a un punto evanescente en tanto que solo permite un conjunto de principios que la gente puede racionalmente legislar y son los mismos para todos… La autonomía personal, por contraste, se refiere esencialmente 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 AP no es más que un ideal moral específico que, si es válido, es un elemento en una doctrina moral» (Raz, 1986, 370)[5].

Si tuviéramos que poner en términos kantianos lo que aquí está diciendo Raz creo que podríamos hacerlo de este modo: diríamos que en virtud de que la AM es una tesis sobre la fuente del valor moral y la AP es un ideal moral específico y contingente, i.e., dependiente de su adecuado encastre en una doctrina moral válida, entonces, al menos dentro del marco kantiano, el valor de la AP depende de si es legislado por la AM. Aquí adoptaré el camino inverso.

2.2. ¿Autonomía personal en Kant?

De entrada, cabe aclarar que el significante «autonomía personal» no es utilizado por Kant. Sin embargo (y sin negar el carácter controvertido de este punto), entiendo que en su obra se encuentra un rico pensamiento relativo a lo que hoy nosotros ponemos en esos términos. En la literatura especializada, al menos hasta donde conozco, la AP ha sido ubicada en dos compartimentos diferenciados al interior del pensamiento kantiano. Se la ha pensado o bien por fuera del ámbito de la normatividad categórica (incluyendo bajo este rótulo a la doctrina del derecho) o bien por dentro de dicho espacio. Las primeras concepciones, llamémoslas externalistas, entienden que la AP en Kant ha de ser ubicada o bien en el ámbito de sus consideraciones relativas a la búsqueda de la felicidad o bien dentro del espacio de latitud dejado al arbitrio de cada quien por su teoría sobre los deberes imperfectos derivados de los fines necesarios (la propia perfección y la felicidad ajena) de la *Doctrina de la Virtud*[6].

Las concepciones internalistas, por su parte, pueden dividirse al menos en tres versiones, una moral, una jurídica y una abarcante de ambas esferas normativas.

La concepción moral, de la que me ocupo en este texto, entiende que hay una íntima conexión entre el concepto de AP y el conjunto del sistema moral kantiano. Cuál sea el modo correcto de entender esa relación es una cuestión aparte. Uno puede pensar, con Raz, que el valor de la AP se deriva, como un deber más, del imperativo categórico. Aquí quisiera explorar tal como afirmé más arriba, el camino inverso. La AP está, a mi juicio, ya incluida en el concepto mismo de un ser racional o sus equivalentes:

5. Hasta donde llega mi conocimiento, existen pocos textos que apunten directamente a la cuestión de la relación entre AP y AM en el pensamiento kantiano. Más allá de los textos aquí citados de Waldron, Taylor, Formosa y Rostbøll, se puede encontrar un estudio, no kantiano, sobre el tema, en el libro de David Johnston *The Idea of a Liberal Theory* (Johnston, 1994, 76-7). Carlos Nino, en Ética y Derechos Humanos (Nino, 1989) intenta fundar, a mi juicio sin éxito, la AP en la autonomía moral kantiana. Para mi crítica a la propuesta de Nino ver Iosa (2021). La cuestión está sin embargo indirectamente presente en gran parte del debate erudito sobre la filosofía práctica de Kant. Desde allí espera alimentarse este texto para elaborar sus argumentos y, en última instancia, sus conclusiones.
6. Más abajo explicitaré el sentido, a primera vista contraintuitivo, en el que digo que esta teoría de la AP debe ser clasificada junto con aquellas que la ubican por fuera del espacio de la normatividad categórica.

el concepto de un agente racional y el concepto de humanidad[7]. Como estos conceptos son anteriores al imperativo categórico, i.e., el imperativo categórico (particularmente la fórmula de la humanidad) se deriva de ellos, entonces la AP es fundamento de la moralidad kantiana. Y como es de esperar, de ser este el caso entonces todo el sistema de deberes morales derivados del imperativo categórico bien puede concebirse como una estructura normativa orientada a la defensa y promoción de la AP. Y no solo ello: la moralidad autónoma también guiaría, al menos en cierta medida, al sujeto personalmente autónomo en sus identificaciones y elecciones. Sin negar que haya un espacio de discreción dejado al arbitrio del sujeto, la concepción que quiero proponer sí negaría que el único rol que juega la moralidad respecto de la AP sea el de «suprema condición limitante» (4:431).

Por su parte, la concepción jurídica entiende que es el sistema de deberes *jurídicos*, no el de deberes morales, el destinado a proteger y fomentar la AP. El lugar propio de este concepto sería la teoría del derecho kantiana. Efectivamente, se puede pensar el derecho innato a la libertad (6:237) como íntimamente vinculado a la AP. De ser viable esta conexión (cosa que aquí no afirmo) sería posible entonces derivar de allí todos los derechos jurídicos puramente racionales y, consecuentemente, todos los deberes. De funcionar esta derivación bien podría decirse que el sistema de deberes jurídicos está orientado a la defensa y promoción de la AP.

La tercera concepción, como modo de lograr el carácter abarcante que la caracteriza, da un paso atrás. Afirma que la AP juega un rol directo en la fundamentación y en la delimitación del contenido de *todos* los deberes categóricos, tanto morales como jurídicos; que, en consecuencia, ambas clases de deberes están destinadas a la defensa y promoción de la AP.

En breve defenderé mi particular lectura de la concepción moral, i.e., de la relación entre AP y moralidad en Kant. Pero antes reconstruiré y evaluaré las menos demandantes concepciones externalistas. De este modo tendremos con qué contrastar mi propuesta, si se quiere más ambiciosa.

3. AUTONOMÍA MORAL Y BÚSQUEDA DE LA FELICIDAD

Una primera forma de acercarse a nuestro problema es bajo la hipótesis de que lo que actualmente pensamos bajo el rótulo de «autonomía personal» Kant lo pensó como el problema de la búsqueda de la felicidad. La relación entre AP y búsqueda de la felicidad ha sido profusamente analizada tanto por Waldron (2005) como por Taylor (2005). Waldron se interroga explícitamente en estos términos: «Quiero saber si hay algo que se aproxime a la autonomía personal en la explicación de Kant sobre la felicidad» (Waldron, 2005, 311).

7. Sobre esta equivalencia, ver Korsgaard, 1996, 110.

Es importante subrayar que dependiendo de cómo concibamos la relación entre AP y búsqueda de la felicidad en Kant se seguirán diversas consecuencias respecto del modo adecuado de concebir la relación entre AP y moralidad en su pensamiento (en última instancia el problema que aquí interesa). Ello porque hay diferentes modos, bastante estudiados y estandarizados, de concebir el vínculo entre felicidad y moralidad en Kant. En otras palabras, de ser x el modo adecuado de concebir la relación entre felicidad y moralidad en Kant y si en su pensamiento AP y felicidad son, por ejemplo, equivalentes, entonces, por carácter transitivo, x será el modo adecuado de concebir la relación entre AP y moralidad en Kant.

Pensemos entonces qué tipo de vínculo hay entre nuestra actual noción de AP y la noción kantiana de búsqueda de la felicidad. Rápidamente se puede observar que tienen muchos puntos de contacto. De hecho, la gran mayoría de las decisiones personalmente autónomas son similares a las decisiones que tomamos en busca de la felicidad: decisiones e identificaciones altamente subjetivas e idiosincráticas, en absoluto universalizables (6:215-16; 4:415-16). Es por ello que, según Kant, no puede haber leyes prácticas de la felicidad. Y así como la persona autónoma es alguien que toma sus propias decisiones, Kant concede peso a la «iniciativa propia» en la toma de decisiones respecto de la felicidad (8:290-91). Además, ambos conceptos tienen la misma estructura interna: sistemática (5:73) y jerárquica (5:24). Esta estructura implica que en ambos casos hemos de ser reflexivos para determinar si hemos de actuar o no de acuerdo con determinado deseo o a determinado fin; hemos de reflexionar, por ejemplo, sobre si esa acción no contradirá deseos o fines de rango superior dentro de nuestro sistema motivacional. También hay que tener en cuenta que las personas en parte autoras de sus propias vidas, al menos típicamente las diseñan con la vista puesta en la felicidad (que, como bien decía Kant, es un fin necesario de cualquier ser racional (4:415)). En general tomamos decisiones que creemos nos harán más felices. Emparentada con esta última, una razón histórica: la idea de autonomía como autoría de la propia vida ha sido proverbialmente entendida como guiada por el ansia de darse a uno mismo una vida buena. Y la vida buena ha sido tradicionalmente pensada como una vida feliz[8]. Por último, ambos conceptos están normativamente sometidos a la misma «suprema condición limitante»: la moralidad.

Resumiendo, creo que no hay ninguna razón para negar que la mayoría de nuestras decisiones personalmente autónomas son decisiones que tomamos en vistas a ser felices. Si bien, como veremos, no hay una conexión conceptual entre AP y búsqueda de la felicidad, sí hay un solapamiento sustantivo.

Concedido este solapamiento sustantivo, me importa detenerme en el último rasgo que comparten AP y felicidad. Me refiero a la tesis de la «suprema condición limitante».

8. Típicamente en Aristóteles, la vida buena (en él la vida moralmente buena) estaba conceptualmente vinculada a la felicidad (εὐδαιμονία): «vivir bien y obrar bien es lo mismo que ser feliz» (Aristóteles, EN, I, 4, 1095.ª 18-20).

Me importa esta tesis porque su lectura ortodoxa es particularmente fuerte y define toda una concepción de la relación entre felicidad y moralidad y, consecuentemente, dado el referido solapamiento, de la relación entre AP y moralidad. Pero para avanzar sobre este punto conviene antes distinguir dos lecturas posibles de la felicidad en Kant.

Una primera forma de pensar la felicidad, presente en Kant, es como «la suma satisfacción de todas las inclinaciones» (4:399), un concepto compuesto de elementos «empíricos», «tomados de la experiencia» (4:418), «un particular sentimiento de placer o displacer» (5:25). Bajo esta lectura la felicidad es pura heteronomía, pura inclinación, perteneciente más a nuestra condición animal, i.e., sensible, antes que a nuestra condición propiamente humana.

Sin negar la presencia de estas ideas en Kant, cabe, sin embargo, atribuirle otra concepción de la felicidad. Esta no sería la mera satisfacción de nuestros puros y simples deseos. Por el contrario, consistirá en la satisfacción de aquellos que, gracias a un acto libre de elección, hemos transformado en fines nuestros[9]. Bajo esta concepción la búsqueda de la felicidad es el contexto típico de trabajo de la razón prudencial: «La habilidad para elegir los medios relativos al mayor bienestar propio puede ser llamada *prudencia* en el sentido más estricto» (4:416).

Supongamos, por un momento, que la felicidad es la satisfacción sistemática de fines libremente adoptados. Bajo este supuesto, hasta que no adoptamos los fines en cuestión, la razón no tiene ninguna guía que ofrecernos. Y una vez que lo hacemos la única guía que parece ofrecer es la del imperativo hipotético: quien quiere el fin quiere los medios. En otras palabras, en este ámbito la razón sólo nos daría «consejos» de prudencia. Ni la autonomía moral ni la moralidad en tanto producto suyo tendrían demasiado que decir al respecto. La moralidad sólo hablaría cuando el agente en su búsqueda de felicidad individual pretenda tomar un camino inmoral; si el agente, en otras palabras, incorpora a su noción particular de felicidad fines cuya actualización es imposible sin cometer una injusticia para consigo mismo o para con otra persona: la prioridad de lo correcto sobre lo bueno. Esta es la lectura ortodoxa particularmente fuerte de la que hablaba hace un momento. Fuerte porque según esta lectura la moralidad, más allá de ponernos un límite, no nos ofrece ninguna guía en lo que hace a nuestra necesaria búsqueda de la felicidad. Y si no nos guía la moralidad, la razón práctica, y dado que la prudencia sólo nos dice qué medios son buenos para conseguir determinados fines ya asumidos como tales, entonces estamos completamente huérfanos de cualquier criterio respecto de qué buscar, qué fines adoptar. Estamos, parece, librados a la fuerza relativa de nuestras inclinaciones o al capricho de una voluntad sin norte.

Algo similar sucede con un concepto de felicidad basado en la inclinación: al interior del sistema kantiano la moralidad sólo guiaría en tanto límite, funcionaría como demarcadora de la línea que separa lo permisible de lo impermisible. Dentro de lo

9. En este sentido doy por buena la tesis de la incorporación de Allison (Allison, 1990,40), tal como la desarrollaré más adelante.

moralmente permisible no ofrecería ninguna guía al sujeto personalmente autónomo embarcado en su necesaria búsqueda de la felicidad. Felicidad y moralidad serían, en otras palabras, dos campos aparte, incluso enfrentados: «Se tiene exactamente lo contrario del principio de moralidad cuando se toma como fundamento determinante de la voluntad el principio de la propia felicidad…» (5:35).

Enseguida retomaré esta cuestión al presentar una tercera concepción de la felicidad que entiendo está presente en Kant. Pasemos ahora a revisar las razones en contra de pensar nuestra concepción de la AP bajo las coordenadas ofrecidas por las reflexiones kantianas sobre la búsqueda de la felicidad en cualquiera de las dos concepciones desarrolladas. Hay razones tanto conceptuales como normativas para negar esta identificación.

En el nivel conceptual cabe advertir que ni bien formulada la tesis de la equiparación entre AP y felicidad surge una objeción. Nuestro actual concepto de AP no es equivalente al de la búsqueda de la felicidad. Una persona bien puede, por razones morales o de otro tipo, decidir libremente, sin merma de su AP, renunciar a aquello que la hace feliz. Imaginemos, románticamente, un joven enamorado que sin embargo se alista voluntariamente en el ejército como modo de honrar lo que considera su deber frente a la patria. Este joven bien podría decir, con Borges, «ya no seré feliz. Tal vez no importa. Hay tantas otras cosas en el mundo». Generalizando, cualquier acto de renuncia al bienestar o a la felicidad por razones morales es un acto fruto del ejercicio de la AP[10]. Es una decisión frente a la cual el agente puede afirmarse como autor, una decisión que va configurando de determinado modo su vida. La AP no equivale ni es reductible a la búsqueda de la felicidad.

Revisemos ahora si hay razones para negar la única tesis normativa que hemos presentado aquí. Me refiero a la lectura ortodoxa que entiende la relación entre felicidad y moralidad bajo la idea de que la última sólo impone un límite externo a la primera. Si esta lectura está equivocada, entonces es probable, dado el solapamiento sustantivo del que hablamos más arriba, que también sea una lectura equivocada de la relación entre AP y moralidad.

La lectura ortodoxa de la relación supone alguno de los dos conceptos de felicidad que enunciamos como presentes en Kant: o bien la felicidad es un concepto perteneciente al campo de lo sensible o bien trabaja al interior de la razón prudencial. Ahora bien, si la búsqueda de la felicidad fuera pura heteronomía, o incluso pura razón prudencial, entonces la intervención coercitiva del estado, por ejemplo, sería una contingencia empírica entre otras, un factor más en la determinación del peso relativo de las propias inclinaciones o los propios fines contingentes.

Pero Kant evalúa en muy diferentes términos la intervención estatal paternalista. Recordemos que en *Teoría y Práctica* y como *principio de libertad* del ser humano, Kant afirma que

10. Es irrelevante aquí si las razones morales en cuestión están correcta o incorrectamente identificadas.

> «Nadie 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).
>
> Un gobierno que se constituyera sobre el principio de benevolencia para con el pueblo, al modo de un padre para con sus hijos, esto es, un gobierno paternalista (imperium paternale), en el que los súbditos, como hijos menores de edad, incapaces de distinguir lo que les es verdaderamente beneficioso o perjudicial, se ven obligados a comportarse de manera pasiva, aguardando sin más el juicio del jefe de Estado (sobre) cómo *deban* ser felices… un gobierno así es el mayor despotismo imaginable» (8:290-91).

Dicho esto, cabe hacerse una pregunta de implicancias no menores. Si la felicidad es o bien pura heteronomía o bien pura razón prudencial ¿cómo se explica que Kant conceda a la libre decisión de las personas en este ámbito el peso y la dignidad que le concede? ¿Por qué Kant daría tanta importancia al hecho de que cada quién determine por sí mismo en qué consiste la felicidad para sí? (cfr. Waldron, 2005, 309). Esta pregunta, entiendo, sugiere la necesidad de examinar si es posible encontrar en el pensamiento de Kant otro modo de concebir la relación entre felicidad y moralidad que no sea el externo, limitante, tan presente en su obra y del que ya hemos hablado suficientemente. Pues si ésta fuera la única relación posible, y dado el solapamiento sustantivo entre AP y felicidad antes enunciado (recordemos: la gran mayoría de las decisiones personalmente autónomas son decisiones en que el agente busca su propia felicidad), entonces la relación entre AP y moralidad (o, en términos más generales, razón pura, práctica) sería, con toda probabilidad, igualmente externa, limitante, al menos para la gran mayoría de los casos. Por el contrario, si hubiera otra concepción de la felicidad, entonces bien podría haber otra concepción de la relación entre felicidad y moralidad y, consecuentemente, otra concepción de la relación entre AP y moralidad.

Y efectivamente es posible encontrar una tercera concepción de la felicidad en Kant; una en que la razón práctica juega un rol activo, determinante. Hay muchas sugerencias en este sentido. Por el momento me limitaré a llamar la atención sobre dos potentes citas que señalarían en dirección de esta tercera vía. En *Idea para una Historia Universal en clave cosmopolita* Kant afirma lo siguiente:

> «La Naturaleza ha querido que el hombre extraiga por completo de sí mismo todo aquello que sobrepasa la estructuración mecánica de su existencia animal y que no participe de otra felicidad o perfección que la que él mismo, libre del instinto, se haya procurado por medio de la propia razón» (8: 19).

Una sentencia similar se encuentra en la Crítica de la Razón Práctica:

> «Ciertamente, nuestro bienestar y nuestra aflicción cuentan mucho en la evaluación de nuestra razón práctica…El hombre es un ser que tiene necesidades en cuanto pertenece al mundo de los sentidos, y en esto su razón tiene, ciertamente, una tarea que no puede declinar ante la sensibilidad, la de ocuparse de los intereses de ésta y darse máximas prácticas, dirigidas también a la felicidad» (5:61).

Al momento de desarrollar mi tesis positiva continuaré indagando sobre la relación entre felicidad, AP y moralidad. Pero antes revisaré una segunda concepción, presente en la literatura, acerca del lugar de la AP en el pensamiento práctico kantiano.

4. LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO EL ESPACIO DE DISCRECIÓN PROPIO DE LOS DEBERES IMPERFECTOS

Un segundo modo de entender la relación entre AM y AP ha sido desarrollado por Robert Taylor en su texto *Kantian Personal Autonomy* (Taylor, 2005). Su tesis es que el lugar natural de una AP kantiana, aquel en que su ejercicio encaja mejor con la moralidad como autonomía, es el espacio de discreción dejado por los deberes imperfectos de promover la propia perfección y la felicidad ajena, tales como Kant los desarrolla en la *Doctrina de la Virtud.*

Taylor (2005: 611-12) parte de una consideración bastante sensata: cualquier idea de reconciliación entre AM (o moralidad kantiana en general) y AP deberá poner en relación dos ideas en apariencia inconsistentes: mientras el producto de la AM son razones morales universales, objetivas y necesarias, el ejercicio de la AP demanda decisiones (decisiones que para el sujeto que las toma valen como razones) completamente subjetivas, personales. Como bien afirmaba Raz en el texto antes citado, mientras la AP requiere autocreación, ser el autor del propio destino, en la AM kantiana la autoría se reduce a un punto evanescente en tanto las razones morales son las mismas para todos (Raz, 1986).

Taylor, a mi juicio con razón, entiende que estos dos criterios o condiciones se reconcilian en los deberes específicos derivados de los fines necesarios, fines que son deberes, de la doctrina de la virtud: el deber para con uno mismo de cultivar la perfección y el deber para con los demás de procurar su felicidad. Dentro de los primeros está, por ejemplo, el deber de perfeccionar nuestro cuerpo y todas nuestras capacidades naturales en orden a poder alcanzar cualquier tipo de fines que lleguemos a adoptar. Dentro de los segundos está el deber de beneficencia hacia los demás, i.e., adoptar como propios, en la medida de lo posible, cualesquiera fines permisibles que ellos puedan tener. (Taylor, 2005, 613-614). Estos deberes son objetivos, en última instancia derivados del respeto a la humanidad como fin en sí mismo. Pero a la vez dejan un enorme espacio de discreción: su contenido preciso sólo puede ser determinado una vez que el agente en cuestión ha decidido cómo satisfacerlos: cómo desarrollar las propias perfecciones naturales, cómo colaborar con la felicidad ajena. Es en este espacio de discreción, en este ámbito dispuesto para la libre decisión del agente, donde reside, a su entender, la AP kantiana. Así, al referirse a los deberes del ser humano para consigo mismo en tanto que fin en sí, Kant afirma que cada persona tiene el deber de desarrollar sus perfecciones naturales: los poderes de su espíritu, de su alma, de su cuerpo. Al respecto sostiene lo siguiente:

> «Cuál de estas perfecciones naturales es deber del hombre hacia sí mismo proponerse como fin *preferentemente* y en qué proporción al compararlas entre sí, es algo que debe él decidir de acuerdo con su propia reflexión racional sobre qué tipo de vida quiere llevar, y si cuenta con los poderes necesarios para ello (por ejemplo, si ha de tratarse del oficio de artesano o del comercio o de la erudición) » (6:445).

Creo que Taylor está en general bien encaminado al ubicar el ejercicio de la AP al interior del espacio de discreción propio de los deberes imperfectos de virtud. La moralidad, desde su perspectiva, comienza a ser relevante para el ejercicio de la AP. Pero es importante resaltar el sentido en que lo es: la moralidad demarca el espacio en que se ejerce la AP. Bien podríamos decir, nuevamente, que es un límite externo. No ofrece ninguna guía sobre cómo el sujeto debe ejercer su discreción. De aquí que antes haya calificado a esta posición como *externalista.*

Por lo demás, si bien uno puede, con Taylor, reconocer un ámbito de AP en el espacio de latitud referido, dicho espacio es anecdótico, completamente marginal dentro del conjunto de la teoría moral kantiana. Contra Taylor, creo que el ejercicio de la AP dentro de este espacio de latitud se puede explicar por su rol al interior de un sistema moral en que la idea de AP juega un papel central, en absoluto periférico.

5. LA MORALIDAD KANTIANA COMO DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

Como he sostenido ya demasiadas veces, la tesis que quiero defender es que todo el sistema moral kantiano, desde el imperativo categórico hasta los deberes, de diverso grado de especificidad y de pureza, derivados de él, pueden verse como una estructura normativa dedicada a la tutela y promoción de la AP. Toda la plausibilidad de la tesis depende del grado de cercanía entre nuestro concepto de AP y la idea kantiana de humanidad. Comenzaré con una pregunta bastante laxa con la esperanza de que sea un buen comienzo para luego ajustar el foco. Parafraseando a Waldron, quisiera saber si hay algo aproximadamente similar a la AP en el concepto kantiano de humanidad. Luego de analizar este concepto revisaré el argumento a favor del valor absoluto, del carácter de fin en sí, que Kant le atribuye.

El concepto mismo de humanidad no está explicitado en la segunda fórmula del imperativo categórico ni en el argumento que, como veremos, justifica el valor de la Humanidad. Pero sin duda está presupuesto. Kant sí lo explicita en otros conocidos pasajes. Así, en la Doctrina de la Virtud, afirma

> «La capacidad de proponerse en general algún fin es lo característico de la humanidad (a diferencia de la animalidad). Por tanto, con el fin de la humanidad en nuestra propia persona está unida también la voluntad racional y, por consiguiente, el deber de hacerse digno de la humanidad por medio de la cultura en general, el deber de procurarse o de fomentar la capacidad de realizar todos los fines posibles, en cuanto ésta sólo se encuentra en el hombre» (6:392, cfr., 6:387, 4:437 y 5:392).

Me importa aquí resaltar aquí dos cosas. Primero que la idea de que la humanidad implica la capacidad de adoptar *cualquier* fin. Como bien resalta Korsgaard

> «…no son sólo las acciones moralmente valiosas las que se eligen libremente bajo la agencia de la razón práctica. Todas las máximas se adoptan libremente y, por tanto, todos los fines se eligen así. [E]s la capacidad para la determinación racional de fines en general, no sólo la capacidad de adoptar fines moralmente obligatorios, lo que la Fórmula de la Humanidad nos ordena valorar incondicionalmente» (Korsgaard, 1996, 111; en el mismo sentido Wood, 1999, 120).

Segundo, la cercanía que tiene la noción técnica de humanidad en Kant con nuestra noción estándar de AP como capacidad y como estado. En cuanto capacidad, la AP nos habilita a dar forma a nuestra propia vida mediante decisiones tomadas libremente. En cuanto estado, una vida autónoma es una que pone esas capacidades en acto, es decir, que toma libremente decisiones y así va dando forma a la propia vida. Tomar decisiones y adoptar fines son términos que bien podemos considerar como sinónimos. Y tanto la humanidad como la AP están normativamente limitadas por la moralidad (aun si no es ésta su única función). Un ser humano (en sentido técnico) no deja de serlo por adoptar fines inmorales. Tampoco deja de ser personalmente autónomo quien hace un mal uso de su autonomía. Pero tanto el ser humano como el agente personalmente autónomo *deben* respetar, al adoptar fines y tomar decisiones, los límites impuestos por la moralidad.

La humanidad, en el sentido técnico kantiano, es la capacidad de adoptar fines. Profundicemos en esta noción. ¿Qué implica exactamente para Kant? ¿Y qué tipo de fines puede la humanidad adoptar? Al respecto dice Kant

> «*Fin* es un *objeto* del libre arbitrio, cuya representación determina al libre arbitrio a una acción (por la que se produce aquel objeto). Toda acción tiene, por tanto, un fin y, puesto que nadie puede tener un fin sin proponerse *a sí mismo* como fin el objeto de su arbitrio, tener un fin para las propias acciones es un acto de la *libertad* del sujeto agente y no un efecto de la naturaleza» (6:385).

No hay, en Kant, acciones determinadas por el deseo o la inclinación, i.e., por la causalidad natural. Por el contrario, toda acción humana tiene un fin adoptado libremente. Y la capacidad de adoptar libremente fines es una capacidad de la voluntad racional o razón práctica. Refiriéndose a ésta última, Kant afirma: «La naturaleza racional se exceptúa de las demás por fijarse a sí misma un fin» (4:437)[11]. Desde el lado de la voluntad, si bien

11. Al respecto resulta clarificadora la siguiente cita de Allison: «Así como en el ámbito teórico, la función propia y regulativa de la razón es guiar la investigación al enmarcar un orden ideal que implica la conexión sistemática de fenómenos bajo leyes, de igual manera, en el ámbito práctico, su función propia es guiar la conducta al enmarcar un orden de fines o cosas-que-deben-ser. Al igual que su análogo teórico, esta actividad es una expresión de la espontaneidad de la razón, ya que va más allá de lo que está dictado por los datos sensibles, que en este caso son los deseos e inclinaciones del agente… No puedo concebirme a mí mismo como tal agente sin considerarme persiguiendo fines que me doy a mí mismo y que considero racional seguir. De manera correlativa, no puedo concebirme a mí

en la *Fundamentación* Kant hablaba de una voluntad (Wille) autónoma así como de una heterónoma, sometida a la inclinación, ya en la *Crítica de la Razón Práctica* (5:33) pero sobre todo en la *Metafísica de las costumbres* (6:213), distingue entre la voluntad en su función legislativa, la que dicta la ley moral (Wille) y la voluntad en su función ejecutiva como arbitrio o capacidad de elegir (Willkür). Es esta última la que adopta fines, la que se impone máximas. En todo caso, lo que aquí me importa subrayar es que la adopción de un fin es, para Kant, siempre fruto del libre ejercicio de la voluntad racional o razón práctica.

¿Y qué tipo de fines puede adoptar la voluntad racional o razón práctica? Primero están los fines que le propone la inclinación. En este sentido cabe recordar la *tesis de la incorporación* formulada por Henry Allison (Allison, 1990, 40). Él nos recuerda que la explicitación kantiana más acabada de la espontaneidad práctica se encuentra en *La Religión dentro de los Límites de la Mera Razón*, donde Kant afirma que

> «la libertad del albedrío [Willkür] tiene la calidad totalmente peculiar de que éste no puede ser determinado a una acción por ningún motivo impulsor si no es en tanto que el hombre ha admitido tal motivo impulsor en su máxima (ha hecho de ello para sí una regla universal según la cual él quiere comportarse); sólo así puede un motivo impulsor, sea el que sea, sostenerse junto con la absoluta espontaneidad del albedrío» (6:24).

El segundo tipo de fines ya no viene directamente de los incentivos ofrecidos por la naturaleza sino de la razón misma, al *comparar* diferentes objetos de deseo. La capacidad de comparar es, entiende Kant, una capacidad de la razón, no de nuestra sensibilidad[12]. Kant distingue diversos tipos de fines derivados de diversos usos de la capacidad racional de comparar. El primero es el derivado de la mera comparación entre dos objetos de deseo, comparación en virtud de la cual el agente adopta un fin. Al respecto, en *Probable Inicio de la Historia Humana,* Kant afirma que

> «Mientras el hombre inexperto obedeció esa llamada de la Naturaleza, se encontró a gusto con ello. Pero enseguida la razón comenzó a despertarse dentro de él y, mediante la comparación de lo ya saboreado con aquello que otro sentido no tan ligado al instinto –cual es el de la vista– le presentaba como similar a lo ya degustado, el hombre trató de ampliar su conocimiento sobre los medios de nutrición más allá de los límites del instinto» (8:111).

Entonces, tenemos también fines que la razón adopta luego de comparar dos incentivos. Entre los frutos que Dios había dispuesto para su alimentación y el fruto del árbol del

mismo como tal agente sin asumir que tengo un cierto control sobre mis inclinaciones, que soy capaz de decidir cuáles de ellas deben ser seguidas (y cómo) y cuáles resistidas. Estas son, por así decirlo, presuposiciones necesarias para todos aquellos que consideran su razón como práctica» (Allison, 1990, 40). En un sentido similar, Korsgaard, 1996, 110-111, O'Neill, 1989, 72).

12. Korsgaard ofrece una muy interesante reconstrucción del argumento Kantiano en Korsgaard, 1996, 112. Claro que uno puede negar que la comparación sea una facultad necesariamente racional. De hecho, los animales también comparan y elijen en consecuencia sus bocados: tienen preferencias. Habrá entonces o bien que negar que la capacidad de comparar sea un atributo sólo imputable a la razón o bien concederle algún grado de racionalidad a los animales.

bien y del mal ofrecido por la serpiente, eligió este último, que lucía más apetitoso. Pero no es esta la única fuente de fines surgidos de la comparación. El ser humano también puede elegir deliberadamente como fin el objeto contrario a aquel que, o bien el instinto o bien el juicio comparativo de la razón, le recomiendan adoptar. En este sentido Kant continúa afirmando que

> «una propiedad característica de la razón es que puede fingir deseos con ayuda de la imaginación, no solo sin contar con un impulso natural encaminado a ello, sino en contra de tal impulso… El motivo para renegar de los impulsos naturales pudo haber sido una insignificancia, pero el éxito de este primer intento, es decir, tomar conciencia de su razón como una facultad que puede sobrepasar los límites donde se detienen todos los animales, fue algo muy importante y decisivo para el *modus vivendi* del hombre. Aun cuando sólo se tratara de un fruto cuyo aspecto… incitaba al intento, si a esto se añade el ejemplo de un animal a cuya naturaleza esta degustación le era apropiada como, por el contrario, le resultaba perjudicial al hombre –en quien existía un instinto natural contrario a tal ensayo que se oponía con fuerza al mismo–, todo ello pudo proporcionar a la razón la primera ocasión de poner trabas a la voz de la Naturaleza (Génesis, III, 1) y, pese a esta contradicción, llevar a cabo el primer ensayo de una elección libre que, al ser la primera, probablemente no colmó las expectativas depositadas en ella. Si bien el daño pudo resultar tan insignificante como se quiera, el caso es que gracias a él se le abrieron los ojos al hombre» (Génesis, III, 7) (8:112).

La cita es más larga de lo que el canon aconseja. Pero es muy sugerente. Lo que sugiere es una capacidad de la razón de adoptar un fin, comer un fruto, por ejemplo, aun en contra del instinto. Una especie de rechazo del hombre a la naturaleza, que es justamente lo que lo convierte en una entidad separada, en otra naturaleza. Ya no se trata de comparar y elegir lo mejor. Sino de comparar y elegir, libremente, incluso aquello que disgusta, que va en contra de nuestra naturaleza animal, de nuestro instinto. Más allá de que sin esta obstinación el hombre nunca se habría puesto, verbigracia, a cultivar granos (que en su estado natural son apenas digeribles por el organismo humano) hay aquí un desgarrador acto de libertad. Kant lo enuncia en términos tales que nos vuelven a recordar la idea de AP:

> «Éste descubrió dentro de sí una capacidad de elegir por sí mismo su propia manera de vivir y no estar sujeto a una sola forma de vida como el resto de los animales. A la satisfacción momentánea que pudo provocarle el advertir este privilegio, debieron de seguir de inmediato el miedo y la angustia: cómo debía proceder con su recién descubierta capacidad quien todavía no conocía nada respecto a sus cualidades ocultas y sus efectos remotos. Se encontró, por decirlo así, al borde de un abismo, pues entre los objetos particulares de sus deseos –que hasta entonces le había consignado el instinto– se abría ante él una nueva infinitud de deseos cuya elección le sumía en la más absoluta perplejidad; sin embargo, una vez que había saboreado el estado de libertad, ya le fue imposible regresar al de servidumbre (bajo el dominio del instinto)» (8:112).

Un tercer tipo de fines surge no de comparar entre sí diversos objetos de deseo sino de la comparación con nuestros semejantes. Así, en *Religión,* al distinguir la humanidad tanto de la animalidad como de la personalidad, Kant afirma que

> «Las disposiciones para la humanidad pueden ser referidas al título general del amor a sí mismo ciertamente físico, pero *que compara* (para lo cual se requiere Razón); a saber: juzgarse dichoso o desdichado sólo en comparación con otros» (6:27).

De la comparación con los demás surge, tal como dice Kant, la «inclinación» (pero como es una inclinación surgida solo en virtud de una capacidad racional nosotros bien podríamos hablar del fin) «a procurarse un valor en la opinión de los otros» (6:27). Esta voluntad de estima puede primero ser meramente una voluntad de «igual estima», de impedir cualquier pretensión de superioridad ajena. Pero rápidamente puede surgir de allí otro tipo de «inclinaciones» como la de adquirir superioridad sobre los demás; y de aquí un conjunto de «vicios de la cultura» como los celos y la rivalidad que en última instancia pueden derivar en «vicios diabólicos»: la ingratitud, la alegría por la mala fortuna ajena, etc. (6:27).

En todo caso, lo que importa aquí es que hay fines que surgen de la comparación con otros y que estos fines, fruto del uso de la razón, pueden ser inmorales. Es importante acentuar este punto: el concepto de humanidad como capacidad de adoptar fines se refiere tanto a fines morales como inmorales.

Hay un último tipo de fines que uno podría incluir en esta categoría, no porque necesariamente surjan de la comparación sino porque surgen de «la conciencia de un dominio de la razón sobre los impulsos», de la cual la facultad de comparar no es más que el primer signo. Kant habla aquí del «amor», como sublimación del instinto sexual, de «la belleza» como hipóstasis del deseo por lo meramente agradable y de la «reflexiva expectativa de futuro» como la capacidad de representarse y elegir cierto estado de cosas, ciertos fines remotos (8:113; cfr. Korsgaard, 1996, 112).

Recién como conclusión de todo este desarrollo es que Kant postula los fines específicamente morales (Cfr. Korsgaard, 1996, 112-113).

> «El (…) último paso dado por la razón eleva al hombre muy por encima de la sociedad con los animales, al comprender éste (si bien de un modo bastante confuso) que él constituye en realidad el fin de la Naturaleza y nada de lo que vive sobre la tierra podría representar una competencia en tal sentido… Tal concepción implicaba (aunque oscuramente) la reflexión contraria, esto es, que no le era lícito tratar a los demás seres humanos como a los animales, sino que había de considerarlos como copartícipes iguales en los dones de la naturaleza…» (8:114).

El hombre deviene consciente de su naturaleza específica en tanto fin en sí mismo. Y en el mismo acto deviene consciente de que sus congéneres gozan de idéntica naturaleza. Surge, en otras palabras, la moralidad. En *Probable Inicio de la Historia Humana* Kant presenta este devenir como un devenir histórico. Pero también podemos pensarlo como una mera clasificación de los fines humanos de los más cercanos a la animalidad, a la

mera sensibilidad, hasta aquellos que nos transforman propiamente en personas, en seres susceptibles de «respeto por la ley moral como un motivo impulsor, suficiente por sí mismo, de la capacidad de elegir» (6:27).

Entonces, en su modalidad práctica y ejecutiva, la naturaleza racional es la capacidad de elegir libremente fines. Estos fines pueden ser de diferente tipo, tal como acabamos de ver. Todos los fines que vimos, salvo el último, son fines vinculados al concepto de felicidad. Y son fines postulados o por el instinto o por alguna facultad racional como la comparación, pero escogidos e incorporados por la voluntad racional o razón práctica en tanto facultad de elegir (Willkür). Son además fines a alcanzar. En cambio el último fin, la humanidad, es postulado por la voluntad racional en tanto voluntad legisladora (Wille) y es un fin ya existente, algo a preservar. Pero de nuevo, todos los fines se igualan en el sentido de que todos son adoptados por la razón práctica en tanto capacidad de elegir (Willkür).

Además, tal como sostuve antes, la capacidad de elegir incluye incluso la capacidad de elegir fines inmorales. Sólo que tal elección, en la medida en que no respeta la humanidad propia o ajena, no es valiosa ni digna de respeto. Este último es un punto normativo, no conceptual. Ahora bien, la facultad de elegir fines es equivalente a la facultad de tomar decisiones, de dar forma a la propia vida a través de las decisiones que tomamos. La humanidad es equivalente, entonces, a la AP. Si en lugar de «humanidad» ponemos «AP» entonces la segunda fórmula del imperativo categórico diría algo como lo siguiente:

> «Obra de tal modo que en todas tus acciones respetes tanto tu propia autonomía personal como la de cualquier otro».

Creo haber dado argumentos suficientes como para al menos hacer plausible la propuesta aquí formulada de una cercanía conceptual entre la noción kantiana de humanidad y concepciones de la AP como la de Joseph Raz[13]. Quedará para futuros trabajos determinar el grado exacto de esta proximidad. En este quisiera todavía trabajar dos cuestiones: dar cuenta de por qué la humanidad, i.e., la AP, es un fin en sí mismo y mostrar cómo este valor se ve reflejado en el contenido del sistema de deberes derivado del imperativo categórico; específicamente, en *la Metafísica de las Costumbres*, de la Fórmula de la Humanidad.

13. No estoy diciendo, por supuesto, que Kant sea un raziano *avant la lettre*. En Raz la AP es un ideal moral específico, una doctrina del bienestar. En Kant la relación, entiendo, es la inversa. La AP, entendida meramente como capacidad de adoptar fines, está inscripta en el concepto mismo de humanidad y por lo tanto en el fundamento de todo su sistema moral. Raz y Kant manejan conceptos similares, aunque uno lo llame AP y otro humanidad. Claro que *no tienen teorías similares*.

6. EL VALOR DE LA HUMANIDAD (O DE LA AP)

Según Allen Wood, «[Q]uizás la tesis más fundamental en toda la teoría ética de Kant es que la naturaleza racional es el valor supremo y el fundamento de cualquier valor que pueda poseer cualquier otra cosa» (Wood, 1999, 121). La naturaleza racional, la humanidad o, en la interpretación aquí propuesta, la capacidad de AP, es el supremo valor[14]. Sin la afirmación de este valor la fórmula de la Humanidad no tendría sentido. ¿Pero por qué? ¿Qué justifica esta tesis?

La estructura del argumento kantiano tiene expositores canónicos mucho más autorizados (Wood, 1999, c. 4, Korsgaard, 1996, c. 4, entre otros) y no tiene sentido que yo me detenga en una reconstrucción detallada. Sólo lo haré en la muy limitada medida necesaria para mostrar mi punto. Específicamente me interesa mostrar, dado que no es autoevidente, por qué la humanidad, o la AP, es valiosa. Esto, además, importa porque el ser humano puede hacer un mal uso, un uso inmoral de su capacidad de adoptar fines, de tomar decisiones. Entonces surge la pregunta sobre cómo un bien incondicionado puede ser condición de malas decisiones y malos actos.

Comencemos recordando, junto con Korsgaard, que «[E]l argumento para la fórmula de la Humanidad como un fin en sí mismo consta de dos partes: primero, Kant argumenta que debe haber un fin incondicional; segundo, que ese fin debe ser la humanidad» (Korsgaard, 1996, 109). Kant lo pone en estos términos:

> «Suponiendo que hubiese algo *cuya existencia en sí misma* posea un valor absoluto, algo que, como fin en sí mismo pudiera ser un fundamento de leyes bien definidas, ahí es donde únicamente se hallaría el fundamento de un posible imperativo categórico, esto es, de una ley práctica.
>
> Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional *existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre *al mismo tiempo como un fin*» (4:428).

Luego de eliminar otras posibilidades (los objetos de la inclinación, las inclinaciones mismas) y de individualizar a las personas como el único candidato posible, Kant ofrece el argumento a favor de considerar a la humanidad como fin en sí mismo.

> «…la naturaleza racional existe como fin en sí mismo. Así se representa el hombre necesariamente su propia existencia, y en esa medida supone un principio *subjetivo* de las acciones humanas. Pero así se representa igualmente cualquier otro ser racional su existencia con arreglo al mismo fundamento racional que vale también para mí; por consiguiente, al mismo tiempo, supone un principio objetivo a partir del cual, en cuanto fundamento práctico supremo, tendrían que poder derivarse todas las leyes de la voluntad» (4:429)[15].

14. En contra, Caranti 2023.
15. Para un minucioso análisis de este argumento ver Korsgaard, 1996, 120 y ss., Wood, 1999, 124 y ss.

Seguidamente Kant enuncia, sobre la base de la conclusión de este argumento, i.e., de que la naturaleza racional existe como fin en sí mismo, el imperativo categórico:

> «El imperativo práctico será por lo tanto este: Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio» (4:429).

La premisa aquí importante es la primera; que así se representa necesariamente el hombre su propia existencia. ¿Por qué nos representamos necesariamente nuestra propia existencia como un fin en sí mismo? El argumento tiene la forma de un «regreso en las condiciones» (Korsgaard, 1996, 122-125; Wood, 1999, 127). Nos encontramos a nosotros mismos, necesariamente, en tanto agentes, tomando decisiones, adoptando como fines, objetos, proyectos, relaciones, que en sí mismos no tienen valor. Nosotros, al adoptarlos como fines, les conferimos valor. Nuestras elecciones tienen, como dice Korsgaard la capacidad de conferir valor, «a value-conferring status» (Korsgaard, 1996, 123). Y el valor que les otorgamos no es un valor meramente subjetivo; por el contrario, es un valor objetivo (Korsgaard, 1996, 128). O, como bien dice Wood: «la elección racional de fines es el acto a través del cual la bondad objetiva ingresa al mundo» (Wood, 1999, 129). El hecho de que alguien adopte un fin es una razón objetiva en el sentido de que tanto quien adoptó el fin como los demás tienen ahora una razón nueva, dependiente de esa adopción, para respetar esa elección y comportarse de modo consecuente. Lo que importa ahora es que si tenemos capacidad de otorgar valor objetivo a las cosas, los proyectos y las relaciones que adoptamos, eso debe ser porque nosotros mismos tenemos valor objetivo. No hay otra explicación disponible (Wood, 1999, 130-132; Korsgaard, 1996, 123).

Nuestra humanidad o, en la interpretación aquí propuesta, nuestra AP, tiene valor objetivo. Este valor se traslada al contenido de nuestras decisiones, a los fines que adoptamos. Por lo tanto, nuestras decisiones son merecedoras de respeto por el mero hecho de haberlas nosotros adoptado. Por supuesto, ese deber de respeto se sostiene sólo en la medida en que el fin adoptado no viola la humanidad, la AP, propia o ajena. La AP tiene un valor objetivo que no se traslada a las malas decisiones. Y cuentan como malas decisiones, fines cuya adopción no merece respeto, aquellos que violan ya nuestra propia AP, ya la AP de los demás, ya el fruto de su ejercicio: las decisiones legítimas.

Todo esto se deja ver en la fórmula del reino de los fines. Recordemos que el reino de los fines es un ideal regulativo compuesto «por todos los fines (tanto por los seres racionales como fines en sí cuanto por los propios fines que cada cual pueda ponerse a sí mismo) en una conjunción sistemática…» (4:433). En otras palabras, hay dos tipos de fines en el reino de los fines: las personas en tanto fines en sí y los fines legítimos adoptados por cada una de ellas.

¿Cómo ingresan los fines contingentes al reino de los fines? Formosa ofrece una explicación elegante y en todo compatible con la aquí enunciado:

> «Cada persona debe ser tratada como un fin en sí misma, sobre y como una limitación respecto de cualquier fin personal que los miembros elijan adoptar. Cuando un miembro efectivamente quiere o adopta un fin personal que es compatible con esa ley (la ley moral legislada autónomamente), entonces su querer un fin personal introduce ese nuevo fin en el reino de los fines. En ese caso, su voluntad tiene autoridad normativa, o es legislativa, para todos los demás miembros del reino de los fines, es decir, para todos los seres racionales. Los fines personales que se introducen en el reino de los fines tienen, por lo tanto, un valor objetivo o valor para todos los agentes racionales… Esto significa que los demás deberían considerar que alcanzar mis fines legítimos es objetivamente valioso porque son fines legítimos que he establecido para mí mismo» (Formosa, 2013, 196).

La idea de un reino de los fines da lugar a su propia fórmula del imperativo categórico:

> «Obra según máximas de un miembro que legisla universalmente para un reino de los fines simplemente posible» (4:439; Cfr., 4:432, 427, 438).

Esta fórmula nos dice no solo que nuestras máximas, los fines que adoptemos, deben respetar al resto de los *miembros* del reino de los fines en tanto fines en sí, sino que también deben ser compatibles tanto con nuestros propios fines legítimos como con los fines legítimos de los demás. Esto sugiere, aun si solo de un modo embrionario, que el imperativo categórico ofrece no solo una suprema condición limitante a la adopción de máximas sino también una guía respecto de qué máximas, dentro de las permitidas, adoptar: nos sugiere cómo ejercer la AP. En lo que hace a nuestra propia vida debemos adoptar máximas consistentes con el resto del sistema de fines que ya hemos adoptado. Y no solo eso. También, me parece, debemos tener en cuenta fines que aún no hemos adoptado pero es posible que adoptemos en el futuro. Una persona joven, por ejemplo, puede no querer tener hijos ahora pero prever que es posible que quiera tenerlos en el futuro; hará bien entonces en tomar este dato en cuenta al momento de elegir sus fines actuales, al decidir, por ejemplo, si formar pareja con otra persona. Esto sugiere, contra las doctrinas morales de corte conservador o perfeccionista, que la reflexión previa a la adopción de un fin no tendrá tanto que ver con juzgar si ese fin es en sí bueno o no, como si su bondad estuviera en el mismo fin y fuera previa a la elección. Por el contrario, supuesto que el fin no contradiga la ley moral, la calidad de bueno para el agente se la dará el hecho mismo de la elección. La reflexión girará más bien en torno a la coherencia del fin en cuestión con el sistema entero de fines de la persona que piensa adoptarlo. Es por eso que la felicidad es, en última instancia, una idea de la imaginación (4:418). Podemos hacer el esfuerzo de representarnos qué tan bien se ajustará determinada decisión a los fines que ya hemos adoptado, a los fines que es probable que queramos adoptar en el futuro[16] e incluso a aquellos de adopción improbable pero posible. Pero nunca nos podremos representar todo el conjunto de fines que hemos de adoptar durante nuestra vida y, por lo tanto, toda decisión sobre

16. Y aquí podemos también incluir la variable temporal: no es lo mismo reflexionar sobre nuestros fines próximos que sobre nuestros fines lejanos

la coherencia de un fin concreto con el resto de nuestro sistema de fines será más o menos conjetural, dependiendo de la clase de fines (actuales, probables, improbables) que incorporemos a la reflexión.

7. LA DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA AP EN EL SISTEMA DE DEBERES DE LA *METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES*

Hasta ahora hemos visto que el concepto de humanidad que Kant presupone en la segunda fórmula del imperativo categórico es bastante similar a nuestro actual concepto de AP, por lo menos si tomamos en cuenta concepciones, como la de Raz, que ponen énfasis en la idea de decisión.

Ahora quisiera mostrar algunos ejemplos de cómo esto se ve reflejado en los valores que protege el sistema de deberes kantiano. Sostendré, en otras palabras, que el sistema de deberes morales que Kant formula en la *Metafísica de las Costumbres*, bien puede ser considerado como una estructura normativa al servicio de la defensa y promoción de la AP.

Comencemos recordando que, en la *Metafísica*, la mayoría de los deberes son derivados a partir de la Fórmula de la Humanidad. En cambio, la Fórmula de la Ley Universal carece allí de todo protagonismo (aparece exclusivamente en la justificación del deber de beneficencia). Si, como sostengo, Humanidad y AP son conceptos cercanos, si no equivalentes, esto ya cuenta como un elemento a considerar a favor de mi tesis.

Aquí no pretendo, por supuesto, demostrar la plausibilidad de mi tesis en todos y cada uno de los deberes específicos; me limitaré a desarrollarla en algunos especialmente relevantes. Pero para ello necesito esquematizar mínimamente el sistema de los deberes de virtud. Con esta idea en mente creo que vale la pena comenzar distinguiendo entre dos tipos de fines necesarios. Por un lado, tenemos al ser humano como un fin necesario en el sentido de «un fin independientemente existente, que, por lo tanto, tiene que ser pensado solo negativamente, o sea como algo contra lo cual no ha de obrarse jamás…» (4:437). Pero como bien indica Kant este fin necesario es sólo un fin negativo, limitante de cualquier acción. Esto quiere decir, entiendo, que nadie puede motivarse positivamente a actuar por el mero fin de la humanidad. Necesitamos fines positivos, que motoricen la acción, aun cuando respeten este fin limitante. Necesitamos, en palabras de Kant, «fines a realizar» (4:437). ¿Y qué fines a realizar pueden ser necesarios y no meramente contingentes, no meramente dependientes de nuestra libre adopción? O, en otras palabras, ¿qué fines a realizar tenemos, en virtud de nuestra humanidad, el deber moral de adoptar? Kant postula, como fines que también son deberes, la propia perfección y la felicidad ajena.

En lo aquí relevante, me interesa mostrar cómo estos fines-deberes genéricos, así como los fines-deberes más específicos que de allí se derivan, pueden ser vistos como orientados por la idea de humanidad o AP.

7.1. La autonomía personal en el deber de cultivar la propia perfección

En lo que hace a la propia perfección como deber para con uno mismo, me parece útil analizar el siguiente párrafo de la *Doctrina de la virtud*:

> «El cultivo (cultura) de las propias facultades naturales (las facultades del espíritu, del alma y del cuerpo), como medio para toda suerte de posibles fines, es un deber del hombre hacia sí mismo. El hombre se debe a sí mismo (como ser racional) no dejar desaprovechadas y –por así decirlo– oxidadas la disposición natural y las facultades, de las que su razón puede hacer uso algún día… porque, como ser capaz de tener fines o de proponerse objetos como fines, no ha de tener que agradecer el uso de sus facultades únicamente al instinto natural, sino a la libertad con la que él determina esta adecuación. Por lo tanto, cultivar las propias facultades (entre ellas unas más que otras según la diversidad de los fines) y ser un hombre adaptado al fin de la propia existencia desde una perspectiva pragmática, no es una cuestión de la ventaja que el cultivo de las propias facultades pueda proporcionar (para toda suerte de fines)… sino que es un mandato de la razón práctico-moral y un deber del hombre hacia sí mismo» (6:444-45, cfr., 6:387 y 6:392).

Muchos elementos en este párrafo abonan mi tesis sobre el valor de la AP que estaría siendo protegido en todo el sistema de deberes. Me importa resaltar especialmente que el deber de cultivar las facultades naturales no es un deber instrumental, un deber que indica los medios adecuados para obtener cierta «ventaja». Es para Kant un deber moral, un deber categórico, una forma de expresar respeto por nuestra propia humanidad[17]. En otros términos, «el fin a realizar» de cultivar nuestros talentos y el «fin existente», i.e., el fin en sí mismo que es la humanidad en nuestra propia persona, están internamente conectados. Tenemos el primero en virtud del segundo: cultivar nuestros talentos es una forma de honrar nuestra humanidad.

El deber de cultivar los propios talentos es, por así decirlo, bifronte: no debemos dejarlos oxidar, como dice Kant, tenemos el deber, negativo si se quiere, de no dejarnos ganar por la desidia, esa inclinación tan nuestra. Esto vale como ejemplo de un deber orientado a la defensa de la AP. Debemos, además, cultivar positivamente estos talentos. Esto equivale a un deber de promoción de la AP. Tal vez el punto se vea más claramente si citamos el principio kantiano de división de los deberes hacia sí mismo. Allí Kant afirma que

> «Entre tales deberes unos son *restrictivos* (deberes negativos,) los otros son *extensivos* (deberes positivos hacia sí mismo)… Los primeros se relacionan con la *salud* moral del hombre,… para *conservar* su naturaleza en su perfección (como *receptividad*); los otros se relacionan con la *riqueza moral*,… que consiste en poseer una *capacidad* suficiente para todos los fines, en la medida en que esta puede adquirirse y forma parte del *cultivo* de sí mismo (como perfección activa). El primer principio del deber hacia sí mismo se encierra en la sentencia:

17. En el mismo sentido Allen Wood: «…honramos nuestra naturaleza racional al poner a su disposición la capacidad para alcanzar todo tipo de fines, y es esto, en lugar de cualquier interés en los fines mismos, lo que constituye la base de nuestro deber de perfeccionarnos a nosotros mismos» (Wood, 1999, 149).

> vive de acuerdo con la naturaleza… es decir, *consérvate* en la perfección de tu naturaleza; el segundo, en la proposición: *hazte más perfecto* de lo que te hizo la mera naturaleza…» (6: 419).

Antes de dar por terminado el punto me gustaría mostrar cómo este deber genérico de cultivo de sí tiene consecuencias prácticas particulares que se ven mejor bajo la óptica del deber de defender y promover la AP. Dentro de las facultades naturales Kant incluye las facultades corporales. Kant extrae de aquí deberes muy concretos como el de hacer gimnasia en tanto mediante ella cuidamos «lo que constituye en el hombre el instrumento (la materia) sin el que los fines del hombre se quedarían sin realizar» (6:445) Asimismo, al dividir, en razón de las cualidades del sujeto (como un ser animal, como un ser moral, como un ser que posee ambas cualidades a la vez) los deberes del hombre para consigo mismo, dentro de «los impulsos de la naturaleza en lo que respecta a la *animalidad* del hombre» Kant incluye «aquel por el que se propone la conservación de la capacidad de disfrutar agradablemente de la vida, pero solo de un modo animal» (6:420). Kant piensa que hay un deber de cuidar, de conservar esa capacidad animal de disfrute. En virtud de ello califica de vicio «al disfrute inmoderado de los alimentos». Ello porque tal uso «debilita la capacidad de usar adecuadamente las propias fuerzas» (6:420). En el mismo sentido, cuando justifica el carácter de vicio de la «glotonería», entre otras cosas lo hace porque cuando el hombre ha comido demasiado «se encuentra inutilizado durante cierto tiempo para realizar acciones que exigen agilidad y reflexión en el uso de sus fuerzas» (6:427). Es decir, durante ese tiempo, el hombre se encuentra incapacitado de emprender ciertos cursos de acción que en ejercicio de su autonomía personal pudiera querer emprender.

7.2. La autonomía personal en el deber de fomentar la felicidad ajena

En el contenido mismo del deber de fomentar la felicidad ajena ya se deja entrever que el valor aquí en juego es el de la AP, o la humanidad, la capacidad de adoptar fines, ajena. Pues este deber implica adoptar como míos, en la medida compatible con mis propios fines, los fines lícitos de los demás. «A cargo de ellos» dice Kant «queda dictaminar lo que puedan considerar como su felicidad» (6:388). Ya la justificación de este deber en la *Fundamentación* era suficientemente clara:

> «En lo tocante al deber meritorio para con los demás, el fin natural que tienen todos los hombres es su propia felicidad. A decir verdad, la humanidad podría subsistir si nadie contribuyese a la felicidad ajena con el propósito parejo de no sustraerle nada; pero esto supone únicamente una coincidencia negativa y no positiva con la *humanidad como fin en sí mismo,* si cada cual no se esforzase también tanto como pueda por promover los fines ajenos. Pues los fines del sujeto que es fin en sí mismo tienen que ser también *mis* fines en la medida de lo posible, si aquella representación debe surtir en mí *todo* su efecto» (4:430).

8. CONCLUSIÓN

La ética kantiana es una ética rigurosa pero mínima. Sus exigencias son modestas: respetar al ser que es un valor en sí mismo en tanto introduce, mediante sus elecciones, valor objetivo en el mundo. En otras palabras, respetarnos a nosotros mismos y a los demás en tanto seres humanos, seres capaces de elegir, personalmente autónomos. Esto implica tanto defender nuestra autonomía personal como promoverla. Debemos también respetar las elecciones realizadas, los fines adoptados, así como el producto de tales elecciones: las posesiones y también los proyectos propios y ajenos. La razón manda también que en cada decisión intentemos maximizar la coherencia de nuestro sistema de fines, adoptar fines incoherentes es autofrustrante.

Pero la ética kantiana, no nos exige mucho más. Es particularmente lacónica en cuanto a sugerirnos modos sustantivos de vivir. Una vida dedicada al arte, a la contemplación, al conocimiento o a la familia es a priori tan (o tan poco) recomendable como una dedicada a la acumulación de dinero o al cultivo de los placeres sensibles. La razón no ofrece una guía sustantiva en este sentido. Hemos de buscar modelos y guías de vida buena en otras fuentes: nuestra tradición y nuestra cultura, nuestros deseos, nuestras inclinaciones e identificaciones. Contra las morales perfeccionistas o conservadoras, no hay modos de vida universalmente recomendables. Sin duda, cuando elegimos una vida dedicada al cultivo del conocimiento y no al deporte, o viceversa, hay una puerta que no hemos abierto. Abrir una significa dejar cerradas otras. Pero nadie, menos nosotros mismos, puede decirnos que hemos optado mal. Si la opción es genuina no hay nada de qué lamentarse.

BIBLIOGRAFÍA

Allison, H. (1990), *Kant's Theory of Freedom*, Cambridge University Press.

Aristóteles (2009), Ética a Nicómaco, trad. María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Caranti, L. (2023), «On the Distinction between Humanity and Personality in Kant» *The Kantian Subject,* editado por Fernando M. F. Silva, y Luigi Caranti, Routledge India.

Christman, J. (2020), *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, Stanford Encyclopedia of Philosophy

Formosa, P. (2013), «Kant's Conception of Personal Autonomy» *Journal of Social Philosophy,* Vol. 44 N.º3, 193-212. https://doi.org/10.1111/josp.12028

Iosa, J. (2021), «Autonomía Moral, Autonomía Personal y Derechos Humanos en Carlos Nino», *Doxa* 44, 442-471. https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.17

Iosa, J. (2017) «Autonomía personal y reflexión. Un análisis de las ideas de Harry Frankfurt y Gerald Dworkin », *Revista Electrónica do Curso de Direito*, V. 12, n. 1, 272-297. https://doi.org/10.5902/1981369426370

Johnston, D. (1994), *The Idea of a liberal theory,* Princeton University Press.

Kant, I. (4) (2002), *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (1785), traducido por Roberto Aramayo, Alianza.
Kant, I. (5) (2005), *Crítica de la Razón Práctica* (1788), traducido por Dulce María Granja Castro, Fondo de Cultura Económica.
Kant, I. (6) (1996), *Metafísica de las Costumbres* (1797), traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya.
Kant, I. (6: 24-27) (1969) *La Religión dentro de los límites de la mera Razón* (1793), traducido por Felipe Martínez Marzóa, Alianza.
Kant, I. (8) (2004a) «Probable Inicio de la Historia Humana» (1786), *¿Qué es la Ilustración?,* traducido por Roberto Aramayo, Alianza Editorial.
Kant, I. (8: 290-91) (2004b) «Teoría y Práctica. En Torno al Tópico «Eso vale para la teoría pero no sirve en la práctica»» (1793), *¿Qué es la Ilustración?* traducido por Roberto Aramayo, Alianza.
Korsgaard, C. (1996), *Creating the Kingdom of Ends*, Cambridge University Press.
Laporta, F. (2007), *El Imperio de la Ley*, Trotta.
Maine, H. (1906), *Ancient Law*, Henry Holt and Company.
Nino, C. 2007, Ética y Derechos Humanos, Astrea.
O'Neill, O. (1989), *Constructions of Reason*, Cambridge University Press.
Raz, J. (1986), *The Morality of Freedom*, Clarendon Press.
Rostbøll, C. (2011), «Kantian Autonomy and Political Liberalism» *Social Theory and Practice,* Vol. 37, N.º 3, 341-364. https://doi.org/10.5840/soctheorpract201137322
Taylor, C. (1975), *Hegel*, Cambridge University Press.
Taylor, R. (2005), «Kantian Personal Autonomy», *Political Theory*, Vol. 33, N.º 5, 602-628. https://doi.org/10.1177/0090591705278397
Waldron, J. (2005), «Moral and Personal Autonomy», *Autonomy and the Challenges of Liberalism*, editado por John Christman y Joel Anderson, Cambridge University Press.
Wood, A. (1999), *Kant's Ethical Thought,* Cambridge University Press.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 333-363
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.12

La libertad entendida como cooperación social: desarrollando un nuevo enfoque

Liberty as Social Cooperation: Developing an Alternative Approach

Ezequiel Spector

Autor:
Ezequiel Spector
Universidad Adolfo Ibáñez, Chile
ezequiel.spector.h@uai.cl
https://orcid.org/0000-0002-1582-6003

Recibido: 19/04/2023
Aceptado: 26/09/2023

Citar como:
Spector, Ezequiel (2024). La libertad entendida como cooperación social: desarrollando un nuevo enfoque *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 333-363. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.12

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Ezequiel Spector

Resumen

En este trabajo, argumento que las principales concepciones de la libertad (las diferentes variantes de la concepción negativa, positiva y republicana) no le han prestado la debida atención a un componente esencial de la libertad: la cooperación social. En este sentido, desarrollo una concepción de la libertad que le da a la cooperación social un papel protagónico: «libertad entendida como cooperación social» (LCS). Argumento que la actividad de elaborar y realizar planes de vida no puede comprenderse en ausencia de un entorno social donde las personas colaboran entre sí. De acuerdo con este enfoque, la cooperación social es *constitutiva* de la libertad. Sostengo, por otra parte, que LCS reúne elementos atractivos de concepciones previas de la libertad, pero sin dejar de ser una concepción autónoma que descansa en la idea de cooperación social.

Palabras clave: libertad; cooperación social; liberalismo.

Abstract

In this article, I argue that the main conceptions of liberty (different kinds of negative, positive, and republican liberty) have overlooked an essential component of liberty: social cooperation. I develop a conception of liberty which relies on social cooperation: «liberty as social cooperation» (LSC). I argue that forming and pursuing a life plan is an activity that cannot be understood in the absence of a social context in which individuals cooperate with each other. Thus, I hold that social cooperation is constitutive of liberty. In addition, I argue that, although LSC is an autonomous conception based on social cooperation, it includes attractive aspects of previous conceptions of liberty.

Keywords: liberty; social cooperation; liberalism.

1. INTRODUCCIÓN

«Ninguna persona es una isla», escribió el poeta inglés John Donne en el siglo XVII. La expresión es correcta, si por ella entendemos que nadie es genuinamente autosuficiente. Sin alguna forma de cooperación, nadie podría realizar su plan de vida.

En su mejor versión, la sociedad moderna puede definirse como un enorme esquema de cooperación en el que las personas colaboran entre sí para que cada uno pueda desarrollarse planamente. Circulamos por la vía pública con cierta tranquilidad porque el Estado nos brinda seguridad. Contamos con dinero para comprar bienes y servicios porque otros están dispuestos a pagarnos por realizar un trabajo que ellos valoran. Nos alimentamos porque existen productores e hipermercados, además de cientos de otros tipos de comercios. Estudiamos porque existen escuelas y maestros. Nos curamos de nuestras enfermedades porque existen médicos y hospitales (públicos y privados). Nos vestimos porque existen fabricantes y vendedores de ropa, desde pequeños negocios hasta grandes centros comerciales. Conocemos nuevos lugares porque existen barcos, trenes y aviones (y gente que los conduce). Disfrutamos del arte porque existen pintores, músicos y actores, entre otros artistas. Podemos llevar una vida sana practicando algún deporte porque existen clubes deportivos. Forjamos amistades y nos enamoramos porque tenemos algo de tiempo libre, que usamos para asistir a eventos sociales.

Los Homo sapiens se convirtieron en los más sabios de los primates hace 40.000 años, cuando aprendieron a tener acuerdos entre sí (Smith, 2018 [1776], p. 45; Horan, Bulte y Shogren, 2005, p. 2). Muchos de los pasos en nuestra evolución implicaron expandir nuestro potencial de cooperación. Inventar formas de servirnos unos a otros para que todos podamos elaborar y realizar nuestros planes es un mecanismo distintivamente humano. Si los seres humanos hubiéramos sido ermitaños, ninguna de nuestras habilidades nos habría bastado para realizar nuestros planes de vida. Nuestras habilidades son mucho más valiosas en virtud de que cooperamos. Como destacó Aristóteles (2015 [350 a. C], p. 123), los seres humanos somos, esencialmente, animales sociales. Más recientemente, en el siglo XX, John Rawls (1993, p. 300) describió a la sociedad como un esquema de cooperación para el beneficio mutuo[1].

Este trabajo trata sobre ese mundo, que es nuestro mundo, donde la actividad de elaborar y realizar planes de vida nos resultaría incomprensible en ausencia de un clima de cooperación; donde el ejercicio de construir y llevar a cabo proyectos de vida no puede comprenderse en abstracto, sino en un entorno de colaboración mutua. La tesis

1. Ciertas formas de cooperación pueden apreciarse en algunos animales no humanos, desde abejas hasta simios. Aun así, lo que es distintivamente humano son *acuerdos* cooperativos complejos (por ejemplo, prácticas comerciales) como contexto para diseñar y concretar *proyectos* de vida a través del tiempo.

de la que parte este trabajo es sencilla: en este mundo, donde los seres humanos han logrado ampliar sus horizontes trabajando juntos y encarando proyectos cooperativos, una adecuada concepción de la libertad no puede prescindir de la idea de cooperación social.

El concepto de libertad ha sido ampliamente discutido en la filosofía política. Algunos autores sostienen que la libertad es la ausencia de interferencia por parte de terceros: por ejemplo, no seríamos libres de correr si alguien nos estuviera sujetando del brazo. Se trata de la llamada «libertad negativa». Otros afirman que ser libre significa gozar de autocontrol, autorrealización o algún otro tipo de capacidad: por ejemplo, no seríamos libres de correr si sufriéramos alguna clase de depresión que nos impidiese levantarnos de la cama. Se trata de la llamada «libertad positiva». Finalmente, hay quienes argumentan que ser libre significa no depender de la voluntad de nadie: por ejemplo, no seríamos libres de correr si no hubiera leyes que nos garantizan protección contra aquellos que, eventualmente, podrían desear interferir con nuestro plan de correr. Se trata de la llamada «libertad republicana» (o «libertad como no dominación»).

El objetivo de este trabajo es presentar una concepción de la libertad que le otorgue a la noción de cooperación social un papel protagónico: «libertad entendida como cooperación social» (LCS). Desde la perspectiva de LCS, la libertad no es una abstención por parte de terceros (libertad negativa), ni una cierta condición mental o material (libertad positiva), ni una forma de independencia (libertad republicana). *La libertad es una práctica cooperativa para la elaboración y realización de planes de vida:* un entorno en el que las personas colaboran mutuamente a lo largo del tiempo, para que todas puedan diseñar y llevar a cabo un plan de vida propio. Así, LCS entiende a la cooperación social no como un medio para ser libres, sino como *constitutiva* de la libertad.

En la sección 2, explico las principales concepciones de la libertad que se han desarrollado hasta el momento. En la sección 3, introduzco la idea de LCS. Aunque el espacio no me permite hacer un desarrollo completo, sí expongo sus rasgos principales y muestro su atractivo intuitivo. En la sección 4, comparo LCS con concepciones previas de la libertad. Muestro que LCS conserva los elementos que las hacen atractivas, pero sin dejar de ser una concepción autónoma que descansa en la idea de cooperación social. Finalmente, la sección 5 contiene una conclusión.

2. ¿QUÉ ES LA LIBERTAD? LO QUE SE HA DICHO

2.1. Libertad negativa

De acuerdo con la concepción negativa, la libertad es la ausencia de interferencia por parte de otras personas. Una persona es libre de hacer X si y solo si nadie le impide hacer X. Así, de acuerdo con esta concepción, la libertad se ve amenazada por ciertos

factores externos; a saber, el accionar de otros seres humanos. Consecuentemente, gozar de libertad es gozar de una esfera en la cual otras personas no interfieran[2].

Una de las características de esta concepción, entonces, es que sólo aquellos obstáculos generados por otros seres humanos son restricciones a la libertad. Una persona puede no ser capaz de saltar más de 20 centímetros, pero aun así es libre de hacerlo, siempre que nadie interfiera; aunque no sería libre de hacerlo si la razón fuera que otra persona la está sujetando. Una persona puede no tener dinero para comprarse un lujoso auto, pero aun así es libre de hacerlo, siempre que nadie interfiera; aunque no sería libre de comprar el auto si la razón fuese que otra persona no la deja tomar su dinero (Berlin, 2002 [1958], pp. 172-173).

2.2. Libertad positiva

La concepción positiva de la libertad incluye una gran diversidad de visiones, algunas de las cuales son bastante diferentes entre sí. Por lo tanto, una definición de libertad positiva debería ser lo suficientemente amplia como para dar cuenta de todas esas variantes. En este sentido, podríamos decir que *la libertad positiva es el hecho de tener control sobre uno mismo y de realizar (o, al menos, ser capaz de realizar) sus objetivos fundamentales o actuar de acuerdo con ciertas motivaciones*.

Immanuel Kant (2016 [1797], pp. 26-27), por ejemplo, sostiene que las personas son autónomas sólo en la medida en que actúen de acuerdo con requerimientos de la razón práctica. Según Kant, la autonomía, o libertad de elección, es la capacidad de actuar sobre la base de la razón e independientemente de nuestros deseos e inclinaciones.

A diferencia de Kant, Friedrich Hegel (1969 [1812], p. 37) afirma que los deseos e inclinaciones sí juegan un rol importante en el ejercicio de la libertad. No sostiene que cualquier deseo o inclinación constituya un ejercicio de la libertad, pero sí sostiene que ser libre implica actuar de acuerdo con aquellos deseos e inclinaciones que tenemos *razones* para creer que son apropiadas, y entendiendo esas razones (por ejemplo, una madre que, por amor, cumple con su deber de proteger a sus hijos entendiendo lo apropiado de su inclinación) (Patten, 1999, pp. 61-63). Asimismo, Hegel considera que, para ser libre, también es necesario que las demás personas nos reconozcan voluntariamente como seres libres[3]. De esta forma, debido a este componente relacional,

2. La idea de libertad negativa subyace a las obras de diversos autores en la tradición liberal. Algunos ejemplos son Hobbes, 1651; Locke, 2003 [1689]; Bentham, 2002 [1816]; Constant, 1819; von Humboldt, 1993 [1852]; Berlin, 2002 [1958]; Mill, 2009 [1859]; Hayek, 1960; Spenser, 1960; Nozick, 1974; y Steiner, 1994. El caso de Mill merece una aclaración: su defensa de la libertad negativa se limita a argumentar que el Estado no debe interferir en la esfera individual; sin embargo, en la obra de Mill, esta libertad política encuentra su fundamento en la importancia de que el individuo logre la autorrealización desarrollando la individualidad, lo que puede catalogarse como una forma de libertad positiva.
3. Similarmente, Joel Anderson y Alex Honneth (2005, pp. 129-131) sostienen que cualquier teoría plausible de la libertad debería tomar seriamente el elemento relacional. Su concepción de la libertad

podemos decir que, según Hegel, la libertad de uno está atada a la libertad de otros (Garnett, 2021, p. 17).

Karl Marx (2005 [1844], p.151), por su parte, entiende que la libertad es la realización de nuestra naturaleza humana, lo que implica que trabajemos por el bien común, y que además nos percibamos como seres que trabajan por el bien común. Ello requiere, por ejemplo, que ejerzamos control colectivo sobre los recursos productivos, y que produzcamos para satisfacer nuestras necesidades compartidas. Cuando actuamos según nuestra naturaleza, nos realizamos. En cambio, cuando estamos alienados de nuestra propia naturaleza (lo que, para Marx, ocurre en las sociedades capitalistas), somos reducidos a una existencia pseudo humana, y carecemos de libertad. Así, para Marx (1975 [1844], p. 234), la libertad también tiene un componente relacional, puesto que se logra actuando como miembro de una comunidad más que como un ente separado.

Thomas Green también entiende a la libertad como autorrealización. Más precisamente, sostiene que la libertad real es hallada sólo cuando un sentido duradero de satisfacción es logrado, lo que es posible sólo cuando se alcanza la perfección a través del ejercicio de capacidades que son distintivamente humanas (Green, 1986 [1879]: 228-229). Green sostiene que, en el ámbito político, ello implica la promoción del bien común (GREEN, 1986 [1881]: 199; GREEN, 1986 [1895]: 90). El trabajo por el bien común por parte de los miembros de la comunidad, afirma Green, crea un lazo cívico entre ellos, haciendo que la autorrealización de cada uno sea un logro de todos. Nadie puede lograr la autorrealización de forma aislada: la autorrealización de todos se logra entre todos; es recíproca (Green, 2003 [1883]: 217-220).

Por su parte, Jean-Jacques Rousseau entiende la libertad como autogobierno colectivo, es decir, el autor considera que la libertad es un valor puramente colectivo que es logrado a través de la participación en el proceso de decisión por el cual la comunidad ejerce control sobre sí misma[4]. Para Rousseau, el interrogante central es qué forma de asociación puede, por su propia fuerza, defender la vida y los bienes de sus integrantes, y a la vez garantizar la libertad de cada uno, en el sentido de que cada persona se obedezca sólo a sí misma. La respuesta a esta pregunta, según Rousseau, es el contrato social, en el que cada persona, junto con sus derechos, se entrega a la comunidad en su conjunto, haciendo de esta unión un ente más fuerte que pueda proteger a cada uno. Como todos se entregan a todos, entonces, a los efectos de la libertad de cada uno, es como si nadie se entregase a nadie. En efecto, no hay ningún asociado sobre el cual la persona no tenga los mismos derechos que otros tienen sobre él. En ese sentido, cada persona pierde lo mismo que gana, pero el balance es positivo si a ello se le suma que la

intenta dar cuenta de cómo la autonomía individual depende de (y es preservada por) la forma en que otros nos perciben.

4. De forma parecida, Hanna Arendt (1977 [1961], pp. 148-149) sostiene que la libertad implica involucramiento político en una república constituida.

comunidad, con la fuerza de todos sus miembros, protege a cada uno de ellos (Rousseau, 2002 [1762], pp. 163-164).

La concepción positiva de la libertad ha sido criticada por acarrear un peligro de autoritarismo (Berlin, 2002 [1958], p. 180; Spector, 2015, p. 2647). En efecto, si ser libre no se trata de hacer lo que uno desea, sino de realizar ciertos objetivos que son formulados con cierto nivel de vaguedad, entonces los gobiernos podrían oprimir a la población en nombre de la libertad, bajo pretexto de ayudarlos a alcanzar esos objetivos y así liberarlos de sus propias desviaciones. Este peligro también está presente en la idea de libertad positiva como autogobierno colectivo: el gobierno podría adoptar una concepción orgánica de la sociedad, según la cual la sociedad es un organismo viviente que actúa racionalmente, es decir, con autocontrol, sólo cuando sus partes actúan armónicamente de acuerdo con el plan de sus gobernantes, que conforman el cerebro de este gran cuerpo.

Algunos defensores de la libertad positiva han reformulado esta concepción de forma tal que pierda el potencial de tornarse un ideal autoritario, pero sin perder la sustancia que hace de la libertad positiva una concepción más robusta que la libertad negativa. En general, estos enfoques definen la libertad en términos de ciertas capacidades o recursos con los que se debe contar para ser libre, y no en términos de *fines* concretos que necesariamente deban alcanzarse. Ciertamente, algunos de estos enfoques parecen asumir una concepción de la buena vida, pero se ocupan de aclarar que contar con la oportunidad de vivir este tipo de vida ya es suficiente para ser libre, independientemente de que luego la persona decida no aprovechar esta oportunidad, o aprovecharla parcialmente. Otros enfoques, en cambio, expresan categóricamente que no pretenden asumir ninguna concepción de la buena vida, y se limitan a definir «libertad» como la obtención de los medios necesarios para que las personas puedan vivir la vida que elijan.

En el primer grupo, podemos encontrar a Amartya Sen. Este autor define la libertad como las capacidades esenciales para llevar el tipo de vida que tenemos «razones para valorar» (2006, pp. 4-5). A su vez, estas capacidades son definidas en términos de conjuntos de características (un ejemplo podría ser gozar de buena salud) y prácticas (un ejemplo podría ser tener relaciones afectivas con otros) a las cuales tenemos acceso genuino (Sen, 1979, p. 218). La pregunta es cuáles son estas capacidades, más allá de los dos ejemplos anteriores. Sen, sin embargo, no responde a esta pregunta proporcionando una lista única de capacidades (2005, p. 158). En cambio, sostiene que son las comunidades las que deberían tomar, a través de procesos deliberativos, decisiones sobre qué es necesario para llevar una vida valiosa (2004). Es interesante que, aunque el enfoque de Sen parece suponer una visión de la buena vida, no considera que ser libre implique necesariamente vivir de esa manera. Por ejemplo, una adecuada nutrición puede ser esencial para llevar una vida valiosa, pero ello no implica que alguien que decide ayunar por motivos religiosos, incluso poniendo en riesgo su salud, carezca de libertad. Siempre que haya tenido la *oportunidad* efectiva de alimentarse adecuadamente, la persona es

libre. Según Sen (2006, p. 52), cualquier análisis sobre si la gente es libre tiene que ser sensible a sus elecciones[5].

En el segundo grupo, podemos encontrar a John Christman (2009; 2013, pp. 155-168; 2013b), quien argumenta que la libertad positiva debería entenderse como un ideal que alude a *cómo* la gente forma sus deseos, y no al *contenido* de sus deseos[6]. Su objetivo es proporcionar una noción de libertad que sea neutral en términos de su contenido: una teoría más bien procesal de la libertad, que no juzgue la opción elegida por la persona, sino que se enfoque en que la decisión haya sido tomada libremente, lo que en su visión significa que la persona contó con los recursos materiales necesarios para tomar diferentes caminos, y atravesó un proceso de reflexión racional que lo inclinó hacia uno de ellos[7].

2.3. Libertad republicana

Un grupo cada vez más influyente de filósofos, cuyos exponentes principales son Philip Pettit y Quentin Skinner, se inclinan hacia lo que se conoce como «libertad republicana». Esta clase de libertad no es nueva: hay buenas razones para pensar que se encuentra implícita en doctrinas de los antiguos romanos, así como también de varios escritores de la Edad Media, que dan forma a lo que hoy se conoce como la visión «neo-romana» de la tradición republicana (Skinner, 2002, pp. 247-248)[8]. La libertad republicana define la libertad en términos de «ausencia de dominación». Este tipo de libertad tiene rasgos distintivos que la diferencian tanto de la libertad negativa como de la libertad positiva.

Por un lado, la libertad republicana es diferente de la libertad negativa porque, de acuerdo con la concepción republicana, la libertad no es el goce de una esfera de no interferencia, sino de ciertas instituciones que *impiden* la interferencia arbitraria (Pettit, 1997; Skinner, 1998; Pettit, 2001). Algunos ejemplos de estas instituciones son una constitución democrática, la separación de poderes y las elecciones democráticas. La concepción republicana entiende a la libertad como la ausencia de dominación, lo que

5. Para una concepción parecida, véase Nussbaum, 1997, pp. 286 y 288-289; Nussbaum, 2000, p. 72; y Nussbaum, 2011, pp. 19 y 33-34.
6. Para concepciones parecidas, véase Taylor, 1979 y Crocker, 1980, p. 9.
7. No todos aceptan la distinción entre libertad negativa y positiva. Gerald MacCallum (1967, pp. 312-334), por ejemplo, ha argumentado que no hay diferentes *conceptos* de libertad, sino diferentes *formas* de interpretar un *mismo* concepto.
8. Esta interpretación del republicanismo no presupone que elementos como la virtud cívica o la participación política sean intrínsecamente valiosas (tal como sugiere la visión aristotélica de la *polis* de la antigua Grecia), sino que son instrumentales a los efectos de logar la libertad política, entendida como independencia del poder arbitrario. Defensas de esta vision instrumental del republicanismo pueden encontrarse en Spitz, 1995; Pettit, 1997; Dagger, 1997; y Skinner, 1998.

significa la ausencia de la *capacidad* de otros de interferir *arbitrariamente* con nuestras elecciones (Pettit, 1997, p. 52).

Como admite Berlin (2002 [1958], pp. 176-168), desde el punto de vista negativo, una persona es libre incluso si vive en una dictadura siempre y cuando el dictador decida no interferir con ella. No existe una conexión necesaria entre la libertad negativa y una forma particular de gobierno. ¿Pero no es anti intuitiva la idea de que podemos ser libres incluso si vivimos en una dictadura, o que un esclavo puede disfrutar de libertad siempre que el amo sea compasivo y generoso? (Pettit, 1997, p. 22). Según la concepción republicana, somos libres solo si vivimos en una sociedad con el tipo de instituciones políticas que garantizan la independencia de cada ciudadano de tal poder arbitrario, es decir, que anula la capacidad de las personas de interferirse *arbitrariamente* entre sí.

La expresión «arbitrariamente» es importante, puesto que, tal como señala Pettit, las interferencias dirigidas a satisfacer nuestros intereses (de acuerdo con lo que nosotros mismos pensamos que son nuestros intereses) no son arbitrarias, de modo que no implican dominación (Pettit, 1997, pp. 22-23). Supongamos que una persona interfiere con nosotros sujetándonos para que no crucemos la calle. Si la persona nos sujeta porque nota que se aproxima un automóvil que podría envestirnos, y que nosotros íbamos a cruzar porque no habíamos notado que el vehículo se acercaba, entonces tal interferencia no califica como dominación porque quien interfirió lo hizo promoviendo nuestros intereses (de acuerdo con lo que reconocemos que son nuestros intereses). No lo hizo para satisfacer los intereses que ella considera que *deberíamos* tener, sino para satisfacer lo que *de hecho* son nuestros intereses.

Por otro lado, la libertad republicana es diferente de la libertad positiva porque ser libre en el sentido republicano no significa tener un estado mental que nos permita identificar nuestros deseos «genuinos», o evolucionar a un estado virtuoso que nos permita realizar objetivos valiosos, o recibir ciertos recursos, o tener participación política en la comunidad (Skinner, 1991, pp. 183-205; y Spitz, 1993). En la práctica, recibir recursos materiales o involucrarnos en temas políticos puede ser útil para empoderarnos y no entrar en relaciones de dominación. Sin embargo, el valor de estas prácticas es instrumental: de acuerdo con la concepción republicana, ellas no *constituyen* la libertad. Conceptualmente hablando, la libertad republicana sí requiere instituciones que anulen la capacidad de interferir arbitrariamente con las elecciones de otros, pero el *tipo* de diseño institucional más efectivo en lograr este objetivo es una cuestión empírica[9].

La noción de libertad republicana sirve para explicar el rol de las instituciones que forman parte del sistema republicano de gobierno. La idea es que las instituciones deberían estar diseñadas para evitar que ciertas relaciones existentes en la sociedad se transformen en formas de dominación. El ejemplo más claro es la relación entre el Estado y los ciudadanos, donde las instituciones republicanas cumplen la función

9. Para otras defensas de la libertad republicana, véase Viroli, 2002; Maynor, 2003; Laborde, 2010; Costa, 2016; y Taylor, 2017.

de proteger a los ciudadanos de posibles abusos del aparato estatal. Sin embargo, en la sociedad hay otras relaciones que pueden encarnar un peligro similar: empleador-empleado, marido-esposa, mayoría-minoría, profesor-estudiantes, etcétera. En términos generales, sin instituciones republicanas que anulen la capacidad de los poderosos de interferir arbitrariamente con los vulnerables, estos últimos quedarían sujetos a los primeros (Pettit, 1997, p. 61).

3. LA LIBERTAD ENTENDIDA COMO COOPERACIÓN SOCIAL (LCS)

3.1. La cooperación social como elemento constitutivo de la libertad

LCS es una concepción de la libertad que pretende capturar la forma en la que las personas se las han ingeniado para colaborar entre sí y ayudarse a elaborar y realizar sus planes de vida. Consecuentemente, LCS es una concepción que busca explicar la elaboración y realización de planes de vida *en sociedad*. Ésta es la razón por la cual no puede prescindir de la idea de cooperación social. En efecto, la cooperación social es la esencia de las sociedades donde las personas han podido elaborar y realizar sus proyectos.

De acuerdo con LCS, entonces, la libertad no es una abstención por parte de terceros (libertad negativa), ni una cierta condición mental o material (libertad positiva), ni una forma de independencia (libertad republicana). *La libertad es una práctica cooperativa para la elaboración y realización de planes de vida.*

LCS es una concepción de la libertad que descansa en hechos observables: una buena parte de la historia de la humanidad trata sobre cómo las personas se las han ingeniado para expandir su potencial de cooperación e inventar nuevas formas de servirse unas a otras, ampliando así su abanico de opciones. *LCS encuentra inspiración en cómo han hecho los seres humanos para elaborar y realizar planes de vida a través de la cooperación.*

Observar cómo las personas han colaborado entre sí para expandir sus horizontes es observar lo que es importante para ellas. Ello no significa que cualquier forma de interacción entre las personas sea positiva. La historia de la humanidad también tiene capítulos tristes sobre esclavitud y otras formas de sometimiento. O supongamos que las personas creen, erróneamente, que un tipo de veneno mortal puede curar una determinada enfermedad. Que exista esta creencia no implica que esté justificada. Pero observar cómo en varias ocasiones las personas se han ayudado unas a otras para ampliar su abanico de opciones implica observar lo que les importa. Si las personas cuentan, no puede resultar indiferente lo que ellas encuentran importante. LCS no intenta identificar el verdadero significado de la libertad reflexionando de espaldas a lo que ha ocurrido. Más bien, LCS se nutre de aquellas prácticas humanas que les han permitido a las personas elaborar y llevar a cabo sus planes de vida.

Ahora bien, ¿cómo podemos identificar la libertad en la práctica si no contamos con una noción previa de libertad? A modo de ejemplo, podemos entrar en una tienda y distinguir las manzanas de otras frutas porque tenemos en mente el concepto de «manzana». Similarmente, podemos identificar la libertad en la práctica sólo si tenemos en mente una idea previa de qué es la libertad. Sin embargo, una vez que tenemos esta idea, su puesta en práctica se torna irrelevante a la hora de definir tal concepto.

Este razonamiento es sólo parcialmente correcto. Es cierto que, a la hora de identificar la libertad en la práctica, necesitamos una noción previa. Pero esa noción previa no necesita ser una idea de libertad. Puede ser una idea acerca de cuáles son las señales de que una persona es libre. Si la señal de que una persona es libre es que se encuentra elaborando y realizando su plan de vida, entonces ya tenemos una pista de cómo identificar la libertad en la práctica: cuando las personas efectivamente elaboran y realizan planes de vida, sabremos que están ejerciendo su libertad. Entonces, sólo debemos preguntarnos qué es aquello *en virtud de lo cual* las personas están diseñando y realizando sus planes de vida. Una vez que resolvamos este misterio, sabremos de qué se trata la libertad.

Para ilustrarlo con una analogía, supongamos que no sabemos ni qué es un catión sodio ni qué es un anión cloruro. Sabemos vagamente que son elementos químicos, pero no tenemos idea de cuáles son sus características. Lo que sí sabemos es que la sal contiene esos dos elementos. Con esta información, podemos reconocer en la práctica un catión sodio y un anión cloruro sin siquiera saber qué son estos componentes: si vemos sal, sabemos que esos dos componentes están presentes, y de esta forma logramos identificarlos. Mi tesis es una aplicación de este razonamiento a la idea de libertad. Allí donde vemos personas elaborando y realizando planes de vida, podremos encontrar la libertad. Sólo requiere que investiguemos el contexto y descubramos qué es aquello *en virtud de lo cual* están elaborando y realizando planes de vida. Entonces, sabremos *qué es la libertad*.

¿Qué podemos encontrar en el entorno de aquellas personas que elaboran y realizan planes de vida? Una posible respuesta es «no interferencia»: allí donde las personas elaboran y realizan planes de vida podemos apreciar que nadie está interfiriendo con sus cursos de acción. Entonces, podríamos adoptar una concepción negativa de la libertad y definirla en términos de la ausencia de interferencia por parte de otras personas. El problema es que la mera ausencia de interferencia no captura todo lo que ocurre en el entorno de quien elabora y realiza su plan de vida. Ciertamente, cuando imaginamos a alguien diseñando y realizando su plan de vida, suponemos que esta persona no está siendo interferida por nadie. No obstante, como veremos, hay mucho más que la ausencia de interferencia en el contexto de quien elabora y persigue su plan de vida: no es lo mismo la situación de quien vive solo en una isla que la de quien diseña y realiza planes de vida en la sociedad moderna.

Otra posible respuesta es que quienes elaboran y realizan planes de vida no sólo gozan de una esfera de no interferencia, sino que además se desarrollan en el contexto de ciertas instituciones que protegen esa esfera a través del tiempo. Entonces,

podríamos adoptar la concepción republicana de la libertad. Pero esta noción sigue siendo demasiado estrecha: como explicaré en breve, aunque las instituciones que protegen al individuo de interferencias arbitrarias (de dominación) por parte de otras personas juegan un rol, no capturan todo lo que ocurre en el entorno de quienes elaboran y realizan planes de vida.

Una respuesta diferente podría ser que quienes elaboran y llevan a cabo planes de vida tienen ciertas aptitudes mentales, determinadas capacidades o recursos materiales. Entonces, podríamos adoptar una noción positiva de la libertad. Ciertamente, quienes elaboran y realizan planes de vida suelen contar con esos «activos». Pero esos activos no caen como maná del cielo. Pensemos en cuán abstracto, y cuán engañoso, es imaginar una persona en el vacío, sin pasado ni futuro, sin estar inmersa en ningún entorno, desarrollando sola sus aptitudes y capacidades, recibiendo de algún lado, por alguna razón, ciertos recursos materiales, y elaborando y persiguiendo un plan de vida a través de ellos. Tampoco termina de dar cuenta de todo lo que sucede alrededor de quienes elaboran y realizan planes de vida. Las historias incompletas son malas historias, en parte, porque son incomprensibles. ¿Qué más hay, entonces, detrás de quienes elaboran y realizan planes de vida? Sabemos vagamente que se trata de libertad, pero necesitamos una concepción que *defina* esta idea. Cuando la tengamos, sabremos *qué es* la libertad. Para responder esa pregunta, entonces, analicemos las siguientes historias de vida, que no son reales, pero sí representativas de la realidad.

Manuel tiene 45 años y es cirujano. Se encuentra casado con dos hijos. Los fines de semana juega al tenis en un club, donde participa de torneos internos, y cuando el clima no ayuda asiste con su esposa a funciones de cine europeo. Manuel hizo el primario y el secundario en un colegio católico privado. Uno de sus profesores notó que tenía vocación para la medicina, así que a sus 17 años le aconsejó que se inscribiera en la carrera de medicina de la universidad pública, que consideraba la mejor del país. Mientras hacía la carrera, Manuel consiguió trabajo en el sector administrativo de una empresa de seguros. No era un trabajo especialmente bien remunerado, ni muy apasionante para él, pero lo ayudaba a mantenerse mientras estudiaba. Fue allí donde conoció a quien hoy es su esposa, que se desempeñaba como pasante en el departamento de Legales de la empresa (ella estaba estudiando abogacía). Cuando ambos terminaron la carrera, se casaron y dos años después tuvieron su primer hijo; fue un parto difícil, pero finalmente todo salió bien.

Rocío tiene 40 años y es arquitecta. Se encuentra divorciada con una hija. Su divorcio no fue fácil, pero, a través de una mediación, sus abogados lograron llegar a un acuerdo. Hoy, tiene la tenencia de su hija, aunque su ex marido la visita los fines de semana. Roció se encuentra trabajando en un proyecto arquitectónico de gran magnitud, relacionado con el diseño de una torre en el centro de la ciudad. Además, hace pilates dos veces por semana, y a menudo sale a cenar con sus amigas. El asunto de la alimentación fue un problema para Rocío cuando era adolescente. Habiendo atravesado una etapa de su vida con anorexia nerviosa, pudo salir adelante gracias al

apoyo del personal médico de un prestigioso hospital público. Actualmente, considera que superó su enfermedad, aunque hace terapia con una psicóloga una vez por semana porque la ayuda a controlar su ansiedad. Como lleva una vida laboral y social activa, contrató a una persona de confianza para que se haga cargo de las tareas del hogar y cuide a su hija cuando ella está ausente.

Alejandro tiene 30 años, es soltero, vive solo y se dedica a la música. Tiene un grupo de rock y da clases particulares de guitarra en el centro cultural de su barrio. Con su grupo viaja por el país dando conciertos en algunos bares y discotecas. Alejandro tuvo una infancia difícil. Nació en un barrio pobre al sur de la ciudad, y sus padres murieron cuando él tenía 5 años. Se crio en un hogar de niños, y pudo terminar la escuela primaria y secundaria. Cuando tenía 11 años, encontró una antigua guitarra en un armario del hogar, y una profesora de su colegio le enseñó los acordes básicos. Ese fue el comienzo de un largo camino, que se afianzó cuando Alejandro cumplió sus 18 años y decidió dedicarse exclusivamente a la música. Hoy, su situación económica no es privilegiada, pero es feliz porque se dedica a aquello que ama y puede viajar por todo el país, lo que claramente no pudo hacer cuando era menor de edad y vivía en el hogar de niños.

LCS descansa en la tesis de que ni la ausencia de interferencia, ni la ausencia de dominación, ni la adquisición de capacidades o aptitudes específicas, o de ciertos recursos materiales, por sí solas cuentan la historia completa sobre qué es aquello en virtud de lo cual las personas elaboran y realizan planes de vida. La noción de inteligibilidad es crucial para entender este razonamiento: la actividad de elaborar y perseguir planes de vida no resulta del todo inteligible si sólo la explicamos en términos de alguna concepción previa de la libertad. La historia de las aspiraciones, los logros y, en general, el estilo de vida y los proyectos de Manuel, Rocío y Alejandro empieza a ser comprensible cuando se la lee en el contexto de la cooperación social.

LCS no debe confundirse con la conocida idea de que la cooperación social es el *medio* por el cual las personas diseñan y realizan sus planes de vida. A veces, los medios para alcanzar ciertos fines pueden omitirse y aun así la historia puede conservar su sentido. Si un amigo nos cuenta que el fin de semana pasado viajó a una ciudad aledaña para visitar a unos parientes, podemos entender el relato sin necesidad de que nos especifique qué medio de transporte utilizó. El problema con excluir la cooperación de la historia de cómo las personas elaboran y realizan planes de vida es que la historia se torna *esencialmente* incompleta: la cooperación es precisamente el capítulo que falta para poder entender el relato. Sería como mencionar sólo algunas características del catión sodio y del anión cloruro: no estaríamos contando la historia completa acerca de por qué la sal es, efectivamente, sal: no estaríamos explicando todo aquello en virtud de lo cual ese ingrediente califica como sal.

La historia de cómo Manuel ha elaborado y realizado su plan de vida no puede entenderse a menos que incluyamos el esquema de cooperación social en el que él se ha desenvuelto (y lo mismo ocurre con Rocío y Alejandro). Es decir, más que un aspecto contingente, la cooperación social fue inherente a la elaboración y realización de su

plan de vida. LCS considera que este capítulo de la historia es esencial para entender aquello en virtud de lo cual Manuel elaboró y llevó a cabo su plan de vida. LCS se trata de una concepción de la libertad que, aunque tiene una dimensión negativa, positiva y republicana, las considera tan solo como algunas partes de un esquema de cooperación social más complejo; esquema que es inherente a la actividad de elaborar y realizar planes de vida. Este esquema es la variante que buscamos para poder entender tal actividad y, en última instancia, para poder desarrollar una concepción apropiada de la libertad.

Cada persona tiene su propia historia como participante en el esquema de cooperación. En el caso de Manuel, podemos decir que (además de sus padres) los obreros que construyeron el hospital donde nació, la partera que lo trajo al mundo, los fabricantes de los alimentos que consumía cuando era pequeño, el empleado de la juguetería donde sus padres le compraban juguetes, los arquitectos que diseñaron los edificios de los colegios primarios y secundarios donde Manuel estudió, los conductores del transporte público que Manuel tomaba para llegar al colegio, sus profesores (y especialmente el que le aconsejó estudiar medicina), la persona que confió en él y lo contrató en la empresa de seguros, la mujer con la que decidió construir una familia, el funcionario del Registro Civil ante el cual contrajeron matrimonio, los enfermeros que lograron que el difícil parto de su primer hijo sea exitoso, las personas con las que Manuel juega al tenis en el club, quienes mantienen en buen estado esas canchas de tenis, y el personal que organiza las funciones de cine europeo que Manuel disfruta con su esposa son tan solo una ínfima parte de toda la red de interacciones a la que Manuel pertenece; red de interacciones que es una parte *esencial* de la elaboración y realización de su plan de vida.

Más aún, cuando analizamos las diferentes ramificaciones, nos encontramos con que Manuel debería estar agradecido con millones de personas que nunca conocerá: por ejemplo, el empleado que mantiene en buen estado la fábrica donde se producen las raquetas de tenis que luego son vendidas al negocio donde Manuel decide comprar productos deportivos. Y Manuel, por su parte, hace su contribución al esquema, como cirujano, jugador de tenis, espectador de cine europeo, etcétera; contribuciones que pueden beneficiar a personas que él tampoco conocerá (nadie sabe dónde terminará el dinero que Manuel paga para comprar las entradas para el cine). Si hiciéramos el mismo ejercicio con la vida de Rocío y Alejandro, llegaríamos a conclusiones similares.

Desde la perspectiva de LCS, entonces, la libertad es una práctica cooperativa para la elaboración y realización de planes de vida a lo largo del tiempo. Como señalé anteriormente, LCS es una concepción de la libertad que descansa en hechos observables: una buena parte de la historia de la humanidad trata sobre cómo las personas se las han ingeniado para expandir su potencial de cooperación e inventar nuevas formas de servirse unas a otras, ampliando así su abanico de opciones. LCS encuentra inspiración en cómo han hecho los seres humanos para elaborar y realizar planes de vida cooperando unos con otros. Así, LCS se nutre de lo que considera los aspectos más interesantes de diferentes formas de interacción entre los seres humanos a lo largo de la historia. Sin embargo, LCS no es una tesis histórica sino normativa: su prioridad no es reproducir

con exactitud *una* determinada estructura social del pasado, sino ofrecer una noción de cooperación social que, inspirándose en la mejor versión de las prácticas humanas, refleje la idea de libertad. De esta forma, la historia no es aquí el objeto de estudio; más bien, la historia aporta elementos que son fuente de inspiración para diseñar una noción de libertad basada en la cooperación social.

3.2. LCS: una concepción normativa (moralizada) de la libertad

Podemos distinguir entre dos tipos de concepciones de la libertad: concepciones descriptivas y concepciones normativas (o moralizadas). Una concepción descriptiva de la libertad no pretende tener valor moral. En cambio, una concepción normativa contiene una teoría moral, pretendiendo ser normativamente significante y, en consecuencia, buscando jugar un rol justificativo en el razonamiento moral y político (Bader, 2018, p. 59). Una concepción normativa de la libertad puede dar lugar a una teoría sobre qué derechos deberían tener las personas, determinando, entre otras cosas, qué cursos de acción pueden o no pueden adoptar y qué obstáculos califican como violaciones de la libertad.

Como otras concepciones de la libertad[10], LCS es una concepción normativa. En este apartado explico qué componentes morales tiene LCS en su estructura interna, que la hacen una concepción normativa. En particular, argumentaré que esta concepción de la libertad encierra una noción de la igualdad y una noción de la dignidad.

En primer lugar, LCS encierra una noción de la igualdad. LCS define la libertad como una práctica cooperativa para la elaboración y realización de planes de vida. Pero no cualquier empresa colaborativa forma el contexto apropiado para diseñar y llevar a cabo planes de vida. LCS alude a una forma particular de cooperación: básicamente, personas haciendo su contribución al esquema, sin que ninguna de estas contribuciones sea, *por sí sola*, imprescindible para que el esquema siga funcionando, incluso cuando el *conjunto* de todas ellas sí lo sea. Cuando LCS refiere a esquemas de cooperación, alude a esquemas independientes de las personas, es decir, a esquemas cuyo funcionamiento no depende de cómo se comportan personas particulares. En otras palabras, se trata de esquemas que resisten comportamientos individuales. De lo contrario, como explicaré detalladamente en un apartado posterior, si comportamientos particulares pudieran derribar el esquema, tal esquema no sería el ámbito propicio para elaborar y realizar planes de vida.

De esta manera, la concepción de «cooperación» que adopta LCS implica una forma de igualdad entre las personas: podemos hablar de cooperación plena sólo cuando las personas hacen su contribución al esquema, pero ninguna contribución es imprescindible por sí sola para que el esquema siga funcionando. Así, esta noción de cooperación

10. En general, las nociones negativas y positivas explicadas en el capítulo anterior son normativas.

supone que los participantes del esquema son iguales en ese sentido: cada uno depende de los demás para concretar su proyecto de vida (es decir, depende del esquema completo), pero no depende de nadie en particular. Bajo esta concepción, la cooperación plena se da *necesariamente* entre personas que se necesitan entre sí para ser libres, pero sin que ningún participante sea imprescindible para que el esquema siga funcionando. Ello no significa que todos los participantes contribuyan de igual forma al esquema; solo que ninguna contribución *individual* es tan importante como para que todo el esquema dependa de ésta.

Para ilustrar mejor la idea de depender de todos, pero de nadie en particular, conviene distinguir entre cuatro escenarios: (1) Dependencia de una persona en particular, cuya colaboración es condición suficiente y necesaria para lograr un cierto objetivo. (2) Dependencia de una persona particular, cuya colaboración es condición necesaria (pero no suficiente) para lograr un cierto objetivo. (3) Interdependencia entre diferentes personas, cuyas contribuciones son, *por separadas*, necesarias para lograr un cierto objetivo. (4) Interdependencia entre diferentes personas, cuyas contribuciones son *en su conjunto* necesarias para lograr un cierto objetivo (no así cada una de ellas). Consideremos un ejemplo de cada situación.

(1) Cuatro estudiantes conviven en una residencia universitaria. Tres de ellos contraen un fuerte virus. Aunque no es mortal, sí los incapacita, al punto tal de que no tendrán fuerza para levantarse de la cama durante una semana. El cuarto estudiante no se contagió, pues ya había contraído ese virus el año anterior y por ende estaba inmunizado. Este estudiante, entonces, se hace cargo de la limpieza de la casa, de comprar víveres y de cocinar durante una semana. En este escenario, las personas se encuentran en una situación de desigualdad: los tres estudiantes enfermos dependen completamente del estudiante sano en lo que respecta a los quehaceres domésticos.

(2) Un grupo de amigos se dispone a cocinar carne a las brasas y comerla con ensalada. Algunos colaboran comprando las verduras y otros se ofrecen a armar la ensalada; algunos compran la carne y otros se ofrecen a cortarla y agregarle sal, etcétera. La cuestión es que sólo uno de ellos sabe cómo cocinarla (es decir, crear el fuego a partir de madera y carbón e identificar el punto de cocción justo). Sin embargo, al dedicarse a esta actividad, no le queda tiempo para las demás (comprar los productos, etcétera). En este caso, todos están asistiendo al que sabe cocinar la carne. Si, por alguna razón, alguno de estos asistentes no pudiera realizar su tarea, el objetivo aún sería posible: habría tan solo uno menos comprando carne o verduras, o armando la ensalada, o cortando la carne, etcétera. El proyecto continuaría siendo viable porque habría otros realizando estas tareas. Su asistencia no es imprescindible. Sin embargo, si por alguna razón el cocinero no pudiera desempeñar correctamente su tarea (tal vez por lesionarse la mano derecha), el proyecto fracasaría (su colaboración efectiva es, en este sentido, una condición necesaria). En este escenario, las personas también se encuentran en una situación de desigualdad: aunque todos cumplen algún rol, sólo uno de ellos es indispensable para que se concrete el proyecto.

(3) Una avioneta se estrella en la selva. Afortunadamente, los cuatro pasajeros sobreviven al accidente. Ahora, necesitan seguir sobreviviendo hasta ser rescatados. Cada uno sabe cómo realizar una tarea que, asumamos, es indispensable para sobrevivir. Sólo uno de ellos sabe tratar las heridas que tienen y evitar que se infecten (utilizando algunos elementos que había en la avioneta). Sólo uno de ellos sabe cómo construir y mantener refugios. Sólo uno sabe cazar animales que sirvan de alimento. Sólo uno de ellos sabe crear fuego a partir de la fricción con palos de madera. Como puede apreciarse, hay una forma de igualdad que caracteriza esta situación: todos son imprescindibles para que se concrete el proyecto.

(4) Quince personas se disponen a tirar de una soga para arrastrar un objeto muy pesado. Las quince personas pueden arrastrar el objeto sin inconvenientes. Más aún, si una de ellas no colaborara (por lesionarse un brazo, encontrar algo más interesante que hacer, o por cualquier otra razón), el objetivo aún podría cumplirse: cada uno de los nueve restantes tendría que hacer un mínimo de fuerza adicional, pero lograrían arrastrar el objeto sin problema. No necesitamos asumir que todos son igualmente fuertes. Basta con asumir que la diferencia de fuerza no es tan grande como para que la omisión de uno desestabilice el esquema. En este caso, todos hacen una contribución, y la suma de todas las contribuciones hace funcionar el sistema, sin que ninguna de ellas sea estrictamente necesaria (ni suficiente) para lograr el objetivo. Aquí hay una forma de igualdad diferente a la del escenario anterior: no es que todos sean indispensables, sino que nadie es indispensable; es decir, cada uno depende de todos, pero no depende de nadie en particular.

Ni en (1) ni en (2) existe el tipo de cooperación al que alude LCS, porque ambos escenarios exhiben una desigualdad tal que el desempeño incorrecto de un participante en particular puede frustrar el esquema. En ambos escenarios hay un individuo determinado que es imprescindible. Además de la desigualdad de estatus (en el sentido de que uno es más importante que otros), estos esquemas son esencialmente inestables: cualquier razón por la cual el participante imprescindible no pueda o no desee cooperar hace colapsar el esquema. Por lo tanto, aplicados a la sociedad política, no podrían formar el ambiente apropiado para elaborar y llevar a cabo planes de vida.

(3) sí exhibe una forma de igualdad entre las personas: todos son imprescindibles. Sin embargo, no es el tipo de igualdad en la que LCS encuentra inspiración. Primero, aunque hay una igualdad de estatus (porque nadie es más importante que otros), ésta sólo es posible en micro situaciones particulares; no es trasladable a la sociedad política, donde es imposible lograr que todos sean imprescindibles. Segundo, aunque esta forma de igualdad pueda ser trasladada a la sociedad política, no podría constituir el entorno propicio para elaborar y llevar a cabo planes de vida, puesto que el esquema también sería inestable: cualquier razón por la cual un participante no pueda o no desee cooperar frustraría el esquema (este punto será explicado detalladamente en el apartado d)).

La forma de cooperación a la que refiere LCS es la que puede encontrarse en (4). Por un lado, es una forma de igualdad trasladable a la sociedad política: aunque es

imposible lograr que todos sean imprescindibles, es posible, con el diseño institucional adecuado, lograr que nadie sea imprescindible. Por otro lado, al no haber participantes imprescindibles, el esquema resiste comportamientos anti cooperativos particulares, por lo que es más estable y tiene, por ende, el potencial para formar el contexto en el que las personas puedan elaborar y realizar planes de vida.

En resumen, LCS descasa en una forma de dependencia entre las personas: todos dependen de todos para elaborar y llevar a cabo su plan de vida. Esta dependencia de la cooperación, más que ser ajena a la libertad, forma parte de ella, si por «cooperación» entendemos un esquema igualitario al que todos contribuyen, pero donde nadie, por sí solo, es imprescindible.

La idea de depender de todos sin depender de nadie en particular parece estar implícita en el diseño de varias estructuras sociales a lo largo de la historia. Consideremos, por ejemplo, las formas de organización social desarrolladas durante el Paleolítico; lo que Friedrich Engels (2017 [1885], p. 49) llamó «comunismo primitivo». Se trataba de tribus que, a través de la caza, la pesca y la recolección, trabajaban para satisfacer sus necesidades básicas inmediatas, distribuyendo igualitariamente todos los recursos obtenidos, sin que existieran jerarquías políticas que concentren el poder (Leonard, 1994, pp. 14-15). Estas pequeñas comunidades distribuían tanto el poder político como las responsabilidades, sin depositar en una sola persona el poder para hacer funcionar (o hacer fracasar) el esquema.

La evidencia también indica, por su parte, que los sumerios contaban con un sistema institucional que, en algunos aspectos, tendía a la desconcentración del poder y la consecuente independencia de personas particulares. Diseñaron una estructura gubernamental compleja que incluyó leyes formales y medidas promercado, como el establecimiento de medios de intercambio e instituciones de crédito. Y, lo más importante a estos efectos, estableció el primer congreso bicameral del que se tenga conocimiento, en 3000 a.C, en un lugar del mundo que en general no es asociado con prácticas que hoy identificaríamos como «republicanas» (Kramer, 1981, pp. 30-31).

Este principio también estuvo detrás de sistemas democráticos que florecieron varios siglos después en partes del mundo diferentes. En el siglo V a.C, por ejemplo, Atenas había comenzado a inclinarse hacia un sistema institucional cuyo funcionamiento no dependiera de personas particulares, abandonando esquemas de poder concentrado. Así, la elección por sorteo de los estrategas (encargados de la política exterior), los arcontes (encargados de presidir a los tribunales), los miembros del Consejo (encargado de elaborar las leyes) y de los tribunales (encargados de impartir justicia) estaba *dirigida a* formar un esquema de cooperación donde nadie tenga el potencial de hacer caer el sistema completo (Rodríguez Adrados, 1993, pp. 95-119).

Hoy, en las democracias modernas, parece claro que la forma en la que diseñamos y evaluamos nuestras instituciones se orienta a esa noción general. En las democracias liberales, tendemos a analizar las instituciones políticas y económicas en términos de si su funcionamiento está en manos de un solo miembro (o, lo que es similar, de un

grupo pequeño con capacidad de organizarse) o si, por el contrario, puede funcionar incluso cuando algún miembro (o grupo organizado) adopte comportamientos anti cooperativos. Dividir el poder en tres ramas (División de Poderes) y otorgarle a cada rama herramientas para controlar a la otra e impedir que violente el esquema de cooperación (Frenos y Contrapesos), el Federalismo (estados, provincias o comunidades con considerable autonomía política, fiscal y administrativa), el Sufragio (que la elección de funcionarios esté en manos de muchas personas a la vez pero de ninguna en particular), el Mercado (una planificación no centralizada de la economía, que no dependa del Estado, sino de millones de personas trabajando de forma dispersa) e incluso el sistema impositivo (donde las cargas de realizar los aportes para el funcionamiento del Estado son distribuidas entre millones de personas, aunque determinadas según criterios de equidad) son, entre muchas otras, instituciones orientadas a posibilitar un esquema que no dependa de personas particulares. En las democracias modernas, podemos elaborar y realizar nuestro plan de vida sin estar dependiendo de la cooperación de personas determinadas, porque el sistema está preparado para resistir comportamientos anti cooperativos.

De hecho, el clásico principio del Imperio de la Ley parece rescatar esa idea[11]. La demanda más importante de este principio es que quienes se encuentran en una posición de autoridad no ejerzan su poder de forma arbitraria o puramente discrecional, sino dentro de límites claros impuestos por reglas públicas y estables. Se trata de que la Ley se encuentre sobre las personas, y no al revés. Parece, entonces, que este principio da una directiva clara sobre cómo deben estar diseñada la Ley: de forma tal que siga funcionando incluso cuando alguna persona o grupo pretenda que no sea así.

LCS encuentra inspiración en aquellos juegos cooperativos que les han permitido a las personas elaborar y realizar su plan de vida sin que nadie tenga tanto poder como para hacer colapsar el esquema. Este es el ideal de igualdad que incorpora LCS.

En segundo lugar, LCS encierra una noción de dignidad humana. Por un lado, de acuerdo con LCS, todos dependen de todos para ser libres, porque ser libre es en sí mismo un tipo de práctica cooperativa. Por otro lado, aunque en tal esquema de cooperación todos *dependan* de todos, nadie está *a merced* de nadie, porque ningún participante es imprescindible para que el esquema siga funcionando. La consecuencia es que ningún participante puede intentar dirigir la vida del resto bajo amenaza de no cooperar. Aunque dependemos de todos, tenemos el poder de decirle «no» a cada persona en particular. El poder de decir «no» es, si no todo, buena parte de lo que constituye nuestra dignidad como personas independientes[12].

11. Este principio aparece en las obras de diversos pensadores en la historia, algunos de los cuales han dado forma al sistema de democracia liberal. Véase, por ejemplo, Locke, 2003 [1689], pp. 357-360; Montesquieu, 2015 [1748], pp. 72-74 y 154-186; Dicey, 1982 [1885], p. 114; y Fuller, 1958, pp. 636-637.
12. Tomo la expresión «poder de decir "no"» de Schmidtz, 2023, p. 126.

A diferencia de lo que ocurre en las democracias liberales, en los sistemas feudales de la Europa Medieval, si nacíamos como siervos, teníamos derecho a la protección de nuestro Señor Feudal, pero carecíamos de muchos derechos que ahora damos por sentados. Vivíamos donde nuestro Señor Feudal nos decía que viviéramos. Progresábamos hasta donde nuestro Señor Feudal nos decía que progresáramos. Vendíamos nuestra cosecha a nuestro Señor Feudal, a un precio de su elección. No podíamos negociar nada de eso. Si queríamos marcharnos, necesitábamos el permiso de nuestro Señor Feudal. Incluso nos inclinábamos para saludarlo. En estos sistemas, nuestra dignidad se encontraba profundamente socavada. Los esquemas de cooperación reemplazan la dependencia de la misericordia de un Señor Feudal por la interdependencia en una comunidad unida pero altamente funcional. La cooperación no se da entre un superior y un inferior que necesita rendirle pleitesía, sino entre personas independientes e iguales, que realizan sus propios planes de vida.

En un esquema de cooperación, entonces, la dignidad es patrimonio de cada uno, pues nadie puede exigirnos trabajar *tan solo* para satisfacer deseos de otros[13]. Se trata de que cada uno tenga la humildad de aceptar que los demás no están a su servicio. En un esquema de cooperación, las personas son libres contribuyendo a que los demás sean libres.

3.3. La neutralidad de LCS

En el apartado anterior, expliqué que LCS es una concepción normativa de la libertad. Sin embargo, no debe inferirse de ello que LCS presupone la validez de un determinado plan de vida. Por el contrario, a diferencia de algunas nociones de libertad positiva (véase, por ejemplo, la noción de Marx y Hegel, explicadas en el capítulo anterior), LCS es neutral respecto de diferentes concepciones de lo bueno. El único límite es la compatibilidad de la concepción del bien con la cooperación social. Aquellos planes de vida disruptivos que deterioran la atmósfera de cooperación (por ejemplo, el accionar de grupos racistas o aquellos que simplemente promueven el caos) serán desalentados y sancionados. LCS es una concepción normativa de la libertad, de modo que no considera que cualquier plan merezca ser catalogado como ejercicio de la *libertad*. Pero en tanto los planes de vida sean compatibles con la cooperación social, LCS los acoge y no se pronuncia sobre sus méritos. LCS sostiene que la libertad es una práctica cooperativa, pero no hace juicios de valor sobre las concepciones del bien que pueden tener lugar en el esquema de cooperación.

De hecho, LCS es neutral incluso respecto del propio valor de la autonomía, si por ella entendemos un valor metafísico que deba promoverse. En este sentido, resulta útil la distinción trazada por Rawls (1993, p. 199) entre «liberalismo comprehensivo»

13. Esta noción de «igual dignidad» es similar a la que encontramos en Smith, 2018 [1776], pp. 45-46.

y «liberalismo político». El liberalismo comprehensivo, que él adjudica a autores como Kant, sí es una visión metafísica, en tanto afirma la superioridad moral del valor de la *autonomía*, pero entendida no como la mera libertad de acción, sino como el desarrollo de ciertas capacidades, como la creatividad, el espíritu crítico, el pensamiento analítico, etcétera (Kant, 2016 [1797], pp. 311-313). En cambio, el liberalismo político es una concepción que no presupone la validez de ninguna concepción metafísica de lo bueno, ni siquiera del valor de la autonomía defendido por alguna forma de liberalismo comprehensivo (Rawls, 1987, p. 1; Rawls, 1993, p. 217).

Esta distinción de Rawls es útil para señalar hasta dónde llega la neutralidad de LCS. Resulta que esta concepción de la libertad no supone la superioridad de ningún plan de vida, ni siquiera de alguna forma de autonomía. La práctica cooperativa que constituye la libertad puede tener lugar, por ejemplo, entre personas que buscan desarrollar la forma kantiana de autonomía y grupos religiosos que, dedicando su vida a honrar los mandatos de una autoridad divina, no están interesados en cultivar las capacidades que Kant encontraba valiosas.

Desde el punto de vista de LCS, la neutralidad no es una característica contingente de la práctica cooperativa que constituye la libertad. Es, más bien, inherente a esta práctica. El esquema de cooperación que supone LCS no es un ente independiente de las personas: son las mismas personas cooperando. En LCS, la cooperación social es el contexto en el que las personas elaboran y realizan sus respectivos planes de vida. Por lo tanto, un esquema que intenta introducir nociones sobre la superioridad de ciertos planes sobre otros es incompatible con la cooperación social y por ende con LCS. Si, por ejemplo, alguien intentara obligar a los demás a que realicen un cierto rezo o que cumplan con un determinado ritual, ya no se podría hablar de un contexto cooperativo en el que las personas elaboran y realizan planes de vida *propios*. El esquema de cooperación es el entorno en el que las personas elaboran y realizan sus planes de vida, pero ello es diferente a utilizar el esquema para difundir alguno de estos planes. Así, LCS es una concepción de la libertad que no supone la superioridad de algunos planes de vida sobre otros (en tanto sean compatibles con la cooperación social).

3.4. Aislamiento y esquemas fallidos

Aislamiento

Para ser libres en el sentido de LCS, las personas dependen de la cooperación mutua. En LCS, la cooperación social no es sólo una condición de posibilidad de la libertad, sino que es *constitutiva* de ella: la libertad es una práctica cooperativa para la elaboración y realización de planes de vida. Una pregunta interesante, entonces, es cómo deberíamos interpretar, desde la perspectiva de LCS, el caso de la persona que vive alejada del mundo moderno y en completo aislamiento.

Ante todo, debe destacarse que vivir en aislamiento no es simplemente vivir lejos del resto. Hay personas que viven en campos alejados y producen para sí mismas, pero necesitan comerciar con alguien para poder obtener el dinero necesario para pagar sus impuestos. ¿Y qué beneficios obtienen por pagar impuestos? Pues bien, estas personas se reconocen como propietarias de esos campos, y ese derecho de propiedad se encuentra protegido por el Estado (si alguien fuera hasta allí a desalojarlos, los propietarios podrían denunciarlo ante las autoridades). De una u otra forma, los propietarios de estos campos forman parte del esquema de cooperación.

Lo que debemos imaginar, entonces, es un individuo viviendo fuera de cualquier jurisdicción, en un entorno natural, no cooperando con ninguna otra persona, ni directa ni indirectamente. Ciertamente, al no haber cooperación social, quien viva de esta forma no tendría libertad en el sentido de LCS. No habría un esquema de cooperación social a través del cual la persona pueda relacionarse con otras y formar una red de colaboración para elaborar y realizar un plan de vida propio.

Este tipo de vida solitaria podría ser idílica sólo en los cuentos. No es fácil sobrevivir estando aislado. Climas extremos durante el invierno o el verano, la falta de mano de obra calificada para construir espacios de descanso, la posible escasez de comida, desastres naturales como sequías y riadas, peligros relacionados con el ambiente en general, como insectos venenosos, enfermedades, parásitos y animales de rapiña, sumado a la falta de medicinas, entre muchas otras cosas, pueden hacer de la subsistencia en soledad una meta compleja. Pero incluso para quienes lograran sobrevivir, es claro que no les quedaría margen para elaborar y realizar sus planes de vida. Todos necesitamos ayuda. La cooperación social sostenida en el tiempo (acompañada por la especialización, la división del trabajo, el consecuente avance de la tecnología, etcétera) subsanó las deficiencias típicas de una vida en completo aislamiento.

Ciertamente, no sería apropiado decir que la persona aislada es esclava o está siendo oprimida. Tendría, en el mejor de los casos, lo que suele denominarse una «libertad natural» o «negativa», tal como la tendría cualquier otro animal que habite solo en un bosque. Quien desee podría llamarla libertad, pero en tal caso conviene distinguir entre dos tipos de libertad: una natural y una civil. Es la libertad civil, y no la natural, el tipo de fenómeno que pretende retratar LCS.

Esquemas fallidos

De acuerdo con LCS, la libertad es una práctica cooperativa para la elaboración y realización de planes de vida; como señalé anteriormente, se trata de una forma de cooperación determinada, cuyo funcionamiento no depende de la colaboración de nadie *en particular*. Si dependiera de alguien en particular (por ejemplo, si sólo una persona supiera cómo producir alimentos), no podríamos hablar de cooperación en

el sentido de LCS, porque se perdería el elemento de igualdad que la caracteriza. En consecuencia, siguiendo la lógica de LCS, tampoco podríamos hablar de plena libertad.

Podemos decir, entonces, que un esquema totalmente fallido, cuyo funcionamiento depende de la colaboración de un participante en particular (o, lo que sería similar, de una elite con capacidad de organizarse), no puede constituir el ámbito adecuado para elaborar y llevar a cabo planes de vida. Este ejercicio requiere de una cierta previsibilidad y estabilidad a lo largo del tiempo, lo que no existe cuando el esquema queda condicionado a la colaboración del «participante imprescindible». Cualquier razón que le impida o disuada a este participante de seguir colaborando frustraría el esquema entero, de modo que el esquema pende de un hilo muy fino.

Por otra parte, el mero condicionamiento obliga a las personas a adaptar sus planes de vida a la contingencia que representa depender del desempeño de uno de los participantes. Este desempeño puede no tener lugar por diversas razones: incapacidad (aunque el participante quiere, no puede colaborar por alguna incapacidad momentánea), extorsión (la persona intenta dirigir el comportamiento de otros bajo amenaza de no realizar la tarea relevante), preferencia (la persona prefiere dedicarse a otra actividad) o por cualquier otra contingencia, como su decisión de mudarse a otro esquema. El mero peligro de que el sistema colapse ya atenta contra la libertad de las personas, puesto que no elaborarán sus planes de vida *exclusivamente* en función de sus propias convicciones, sino que lo harán teniendo en cuenta que en cualquier momento el esquema fallido puede colapsar[14]. Permítaseme ilustrar este punto con un ejemplo.

Supongamos que vivimos en un territorio inseguro, con peligro de terremotos, huracanes, tormentas eléctricas y otros desastres naturales. Este contexto es poco idóneo para elaborar y llevar a cabo nuestro plan de vida, por ser alta la probabilidad de que el ambiente se vuelva invivible. Asimismo, necesitamos adaptar nuestros planes a la contingencia de que ocurra algunos de estos fenómenos naturales: debemos apurarnos por temor a que haya un tornado, tenemos que evitar actividades al aire libre por temor a que una tormenta eléctrica nos cause algún daño, necesitamos escondernos en un refugio cuando haya peligro de huracanes, etcétera. En definitiva, nos vemos obligados a alterar nuestros planes por la probabilidad de esos sucesos.

Algo parecido ocurre cuando el esquema de cooperación depende de personas particulares. Siguiendo con el ejemplo anterior, si una sola persona sabe producir alimentos, deberemos adaptar nuestros planes a la posibilidad de que, por alguna razón, la persona deje de realizar esa actividad: si somos capaces de hacerlo, necesitaremos invertir buena parte de nuestro tiempo en aprender a producir alimentos nosotros mismos (dejando de lado nuestros proyectos); de lo contrario, deberemos tomar otras

14. Nótese que mi visión es diferente a la de Pettit. Tal como expliqué, según Pettit (1997, p. 22), el mero peligro de interferencia arbitraria coarta la libertad del individuo, aunque esta interferencia nunca se concrete. En cambio, desde mi perspectiva, el peligro de que el sistema colapse es en sí mismo una forma de interferencia, dado que nos obliga a alterar nuestros planes sobre la base de esta probabilidad.

medidas, como guardar provisiones y comer lo mínimo e indispensable, no acostumbrarnos a realizar actividades que demanden esfuerzo físico (o incluso intelectual) que requieran ingerir ciertos nutrientes, dedicar tiempo a persuadir a la persona de que no deje de producir alimentos, etcétera. Es por ello que no puede decirse que, en tal escenario, seamos libres (o, al menos, que tengamos el grado de libertad que implica poder elaborar y concretar nuestros proyectos de vida exclusivamente en función de nuestras convicciones).

En cambio, los esquemas de cooperación en los que encuentra inspiración LCS sí constituyen un ambiente adecuado para elaborar y concretar nuestro proyecto de vida sin depender de nadie en particular. Dependemos de un sistema que funciona, pero no dependemos de ninguno de sus participantes: esa es la «magia» de estos esquemas de cooperación. Tendremos la previsibilidad y estabilidad que necesitamos para elaborar y llevar a cabo nuestro plan de vida, y no necesitaremos alterar nuestros planes en función de un eventual colapso del esquema.

3.5. La capacidad de ser libre vs. el hecho de ser libre

Para entender LCS, debemos distinguir entre la capacidad para ser libre y el hecho de ser libre. Por un lado, la persona tiene la capacidad para ser libre cuando tiene la posibilidad efectiva de integrarse a un esquema (no fallido) de cooperación. Por otro lado, el hecho de ser libre ocurre cuando la persona ya está integrada a un esquema (no fallido) de cooperación en el que elabora y lleva a cabo su plan de vida.

La capacidad de ser libre, entonces, es un estadio previo a la libertad. La persona decide si hacer uso de esta capacidad e integrarse a un esquema. Al ser una etapa previa a la libertad, la capacidad de ser libre no es libertad. La decisión de usar esta capacidad e integrarse a un esquema de cooperación tampoco es un ejercicio de la libertad, pues nadie puede ejercer lo que no tiene. La persona pasa a ser libre una vez integrada al esquema de cooperación y ya habiendo empezado a elaborar y realizar su plan de vida.

Este razonamiento no es tan extraño como parece a simple vista. También subyace a concepciones previas de la libertad. Tomando una concepción negativa de la libertad, el prisionero que puede romper los barrotes aún no es libre, sino que tiene la capacidad de serlo. El acto de romper los barrotes tampoco es un ejercicio de la libertad, porque no puede ejercerse lo que no se tiene. Más bien, romper los barrotes es la superación de una interferencia que le permitirá en el futuro vivir una vida sin interferencias, una vida libre en el sentido negativo. Tomando la noción positiva de la libertad (en alguna de sus variantes), la persona pobre que tiene la posibilidad de exigirle al Estado los recursos necesarios para concretar su proyecto de vida tiene la oportunidad de ser libre, pero aún no es libre. Y el acto de exigirle al Estado esas herramientas no es un ejercicio de la libertad (en el sentido positivo). En este sentido, LCS no ofrece novedades.

De acuerdo con LCS, entonces, ambos elementos son constitutivos de la libertad: una persona libre es aquella que (1) tiene la *capacidad* para ser libre y (2) es de *hecho* libre.

4. LCS VS. CONCEPCIONES PREVIAS

4.1. La dimensión negativa de LCS

LCS parte de la premisa de que dependemos de otros para ser libres. No obstante, LCS conserva el elemento de independencia que hace atractiva a la libertad negativa. Como la concepción negativa, LCS también rechaza cualquier injerencia orientada a imponernos una forma de vida. El elemento individualista que hace atractiva a la libertad negativa también es rescatado por LCS, porque esta concepción de libertad también incluye «restricciones laterales»:[15] límites claros que otras personas no pueden pasar sin afectar nuestra libertad.

No obstante, LCS es una concepción más robusta que la libertad negativa, lo que podría ser de interés para aquellos que sostienen que la libertad negativa es una noción demasiado estrecha que no captura todo lo que significa ser libre. De acuerdo con LCS, no interferir con otros es tan solo uno de todos los comportamientos cooperativos que las personas adoptan. Ser libre no requiere sólo que otros se abstengan de atentar contra nosotros; además, requiere que otros cooperen activamente con nosotros para ayudarnos a perseguir nuestro plan de vida (y que nosotros cooperemos con ellos a los mismos efectos). Una sola persona en una isla gozaría de libertad negativa (pues ningún ser humano interferiría con su curso de acción). Sin embargo, no podría gozar de LCS, pues no podría recibir la *cooperación* de otros. En LCS, las personas son libres en el sentido de que encaran proyectos conjuntos y cooperar para beneficiarse mutuamente. De esta forma, cada uno llega a vivir de acuerdo con su visión del mundo. Ahí radica la principal diferencia entre la noción de libertad negativa y LCS.

4.2. La dimensión positiva de LCS

LCS incluye algunos componentes que están presentes en la concepción positiva de la libertad. Por ejemplo, en LCS hay un fuerte elemento relacional: la libertad implica vivir en comunidad. En este sentido, LCS se asemeja a la concepción de libertad de Marx (que, en parte, también es compartida por Hegel y Green). Recuérdese que, según Marx, la libertad es la realización de nuestra naturaleza humana, lo que implica que trabajemos por el bien común, y que además nos percibamos como seres que trabajan

15. Esta expresión la tomé de Nozick, 1974, pp. 28-30.

por el bien común (Garnett, 2021, p. 22). Así, también Marx piensa que la libertad implica vivir en comunidad.

No obstante, hay una diferencia importante entre el componente relacional de LCS y el que podemos encontrar en la idea marxista de libertad. La concepción marxista es perfeccionista: define la libertad en términos de un fin al que se debe aspirar. LCS, en cambio, no es una concepción perfeccionista. La libertad no es definida en términos de un objetivo a alcanzar, como «trabajar por el bien común», sino de la realización de fines propios a través de la cooperación. Las personas cooperan entre sí, de modo que, en algún sentido, trabajan por el bien común, pero aquí «bien común» significa que todos podemos perseguir nuestros planes de vida. En otras palabras, tal como expliqué anteriormente, LCS es neutral en términos de su contenido.

La neutralidad de LCS con respecto a diferentes planes de vida es similar a la que exhiben nociones más modernas de libertad positiva, como la concepción de Christman, analizada anteriormente. No obstante, LCS tiene un componente relacional que parece estar ausente en estas nociones modernas de libertad positiva, aunque, como ya señalé, está presente en concepciones más tradicionales de la libertad positiva, como la de Marx. LCS renuncia a la idea perfeccionista de establecer un objetivo que las personas deban alcanzar para ser libres, pero, al igual que en la tradición marxista, la libertad no es un concepto que pueda aplicarse a un ser aislado. En LCS, es justamente el potencial que tienen las personas para beneficiarse mutuamente lo que les posibilita ser libres. Es decir, lo que hace libres a las personas es su capacidad de contribuir a la libertad de otros (estrictamente hablando, la utilización de esta capacidad a través de su participación en el esquema de cooperación). *Todos contribuimos a que todos seamos libres a través de un mismo esquema*.

En este sentido, es interesante que LCS también tiene un punto de contacto con la idea de libertad como autogobierno colectivo de Rousseau. Ambas concepciones de libertad son diferentes, en tanto la concepción de Rousseau se trata de libertad entendida como participación en decisiones colectivas, mientras que LCS define la libertad como la realización de planes de vida a través de la cooperación. Sin embargo, la lógica que subyace a ambas concepciones es similar: *si todos dependen de todos, entonces nadie está a merced de nadie*. Recuérdese que, en el contrato social que describe Rousseau, cada persona, junto con sus derechos, se entrega a la comunidad en su conjunto. Como todos se entregan a todos, entonces, a los efectos de la libertad de cada uno, es como si nadie se entregase a nadie (Rousseau, 2002 [1762], pp. 163-164). Similarmente, en LCS, la dependencia mutua en un esquema de cooperación exitoso es, a los efectos de la libertad, como si nadie dependiera de nadie.

Finalmente, debe señalarse que John Dewey ofrece una concepción de la libertad (o autonomía) que, como LCS, descansa en una forma de cooperación social. El autor sostiene que una noción plausible de libertad debe no sólo incluir la capacidad de dirigir los propios actos, sino también la apertura y receptibilidad hacia otros. La idea es que la libertad implica la capacidad de desarrollarse de forma variada y flexible, de cambiar de

disposición y carácter, surgiendo ello de una elección inteligente (Dewey, 1998 [1928], p. 313). Dewey piensa que ser libre requiere cambiar a lo largo del tiempo: experimentamos la libertad sólo cuando nos movemos de una concepción estática a una concepción dinámica del ser, cambiando por medio de la deliberación interna (Festenstein, 2022, p. 88). Este elemento de dinamismo requiere una apertura y receptividad hacia los demás. Por ejemplo, descubrir y desarrollar capacidades para disfrutar y tocar música requiere estar dispuesto a entablar relaciones con otros: personas con intereses parecidos, modelos a seguir, maestros, mentores, etcétera (Levine, 2020). A su vez, esta noción de libertad defendida por Dewey respalda su concepción de la democracia. En su visión, la democracia es un ideal social que alude a un entorno donde la gente se abre a visiones diferentes y se enriquece de la diversidad (Festenstein, 2022, p. 90).

Aunque tanto la concepción de Dewey como LCS consideran que la libertad implica cooperación social, se tratan de proyectos fundamentalmente diferentes. Por un lado, la visión de Dewey descansa, al decir de Rawls, en una doctrina comprehensiva con componentes perfeccionistas (Talisse, 2011). Su teoría de la libertad, que se enfoca en la capacidad de desarrollarse de forma variada y flexible, así como de cambiar de disposición y carácter, siempre guiado por una deliberación interna, supone una visión metafísica del desarrollo humano que en sí misma puede ser cuestionada por otras posiciones diferentes, pero igual de razonables. En esta teoría, la cooperación social estaría al servicio de esta forma de desarrollo.

En cambio, LCS pretende ser neutral sobre qué forma de desarrollo moral es superior. En LCS, la forma de cooperación social que es constitutiva de la libertad refiere a la colaboración mutua para formar instituciones políticas, jurídicas y económicas que formen un entorno en el que las personas elaboran y realizan sus planes de vida. Algunos de estos planes de vida pueden incluir el elemento de «desarrollo dinámico» al que refiere Dewey, pero otros pueden preferir formas de vida estáticas que no requieran cambiar de disposición ni de carácter. El esquema de cooperación al que alude LCS es neutral respecto de estos proyectos de vida.

4.3. La dimensión republicana de LCS

Al igual que la concepción republicana, LCS es una forma de libertad que depende de la existencia de un sistema institucional. La libertad republicana requiere que haya instituciones que impidan la dominación, es decir, que anulen la capacidad de interferir arbitrariamente en las elecciones de otros (aunque, como ya aclaré, el *tipo* de instituciones necesarias para ello no forma parte del concepto de libertad). De forma similar, LCS requiere la existencia de un esquema de cooperación. Quien vive solo en una isla (o incluso con otras personas, pero sin ningún sistema institucional que regule sus vidas) podría gozar de libertad negativa, pero no de libertad republicana ni de LCS.

Sin embargo, hay una diferencia esencial entre la libertad republicana y LCS. La libertad republicana consiste en la independencia estructural entre las personas: su ideal es el de un sistema institucional dirigido a que las personas sean independientes entre sí, donde la capacidad de interferir arbitrariamente con las elecciones del otro quede anulada. Así, en la libertad republicana, las instituciones están orientadas a alcanzar la independencia entre los ciudadanos. Ciertamente, Pettit (2012, p. 91) reconoce que la libertad republicana es una libertad social (en una isla, las personas pueden tener libertad negativa, pero la libertad republicana surge en el contexto de una comunidad con instituciones). Sin embargo, eso no quita que esta concepción haga foco en la idea de independencia. La libertad republicana presupone que hay «otros», pero su ideal es precisamente que no dependamos de esos «otros». Por ejemplo, Pettit reconoce la importancia de la redistribución de la riqueza y de la participación política a los efectos de promover la no dominación. Por un lado, sostiene que la redistribución contribuye a la libertad republicana porque la pobreza *sujeta* a las personas a un tipo de explotación o manipulación (Pettit, 2008, p. 406). Por otro lado, afirma que el control ciudadano de las decisiones estatales contribuye a la libertad republicana pues limita fuertemente el potencial de los gobernantes para ejercer dominación sobre los ciudadanos (Pettit, 1997, pp. 186-187).[16] Pero el objetivo es en ambos casos que el individuo gane independencia.

En cambio, LCS asume y reivindica la dependencia mutua. Ciertamente, en LCS hay un elemento de independencia: después de todo, esta noción de libertad implica que nadie puede dirigir nuestras vidas (salvo nosotros mismos). No obstante, el entorno en el que las personas elaboran y realizan planes de vida es por definición un esquema de cooperación social: cooperamos entre todos para ayudarnos a perseguir nuestros planes de vida. Mientras que el ideal republicano busca limitar el poder de otros sobre nosotros, LCS busca que nos acerquemos a otros para poder cooperar, porque, desde la perspectiva de LCS, la cooperación social es constitutiva de la libertad. Cooperación social, y no ausencia de dominación, es lo que está en el centro de la escena en LCS (más aún, es lo que define LCS). La libertad republicana se origina por la preocupación de que personas viviendo en comunidad se hagan daño a través del ejercicio de la dominación. En cambio, LCS nace a partir de la importancia de aprovechar el potencial que tienen las personas para trabajar juntas y ayudarse a concretar sus planes de vida.

16. En la concepción republicana, lo que es constitutivo de la libertad es *algún* sistema institucional que impida la dominación; el *tipo* de sistema institucional que mejor logra este objetivo es un tema empírico. Por eso afirmo que la libertad republicana incluye por definición ciertas instituciones, a la vez que sostengo que las instituciones democráticas son componentes necesarios, mas no constitutivos, de tal forma de libertad.

5. CONCLUSIÓN

En este trabajo, comencé a desarrollar una concepción de la libertad que le otorga a la noción de cooperación social un papel protagónico: «libertad entendida como cooperación social» (LCS). De acuerdo con esta concepción, la actividad de elaborar y realizar planes de vida no puede comprenderse en ausencia de un esquema de cooperación social (en el que cada uno depende de todos, pero de nadie en particular). Sostuve que la cooperación social no debiera entenderse como un medio para ser libre, sino como parte de lo que significa ser libre. En otras palabras, la cooperación social es *constitutiva* de la libertad. Asimismo, argumenté que LCS reúne elementos atractivos de concepciones previas de la libertad, pero sin dejar de ser una concepción autónoma que descansa en la cooperación social.

Ofrecer un desarrollo completo de esta noción de la libertad excede los límites de un solo artículo. En cualquier caso, mi objetivo fue proporcionar un desarrollo preliminar de una noción de libertad que, creo, vale la pena seguir explorando.

BIBLIOGRAFÍA

Anderson, J. y Honneth, A. (2005). «Autonomy, Vulnerability, Recognition and Justice», en *Autonomy and the Challenges to Liberalism*, John Christman y Joel Anderson (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 127-149.

Arendt, H. (1961). «What is Freedom?», en *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought,* New York, The Viking Press, 143-171.

Aristóteles (2015 [350 a. C]). *Política*, Trad. Gabriel Livov, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes.

Bader, R. (2018). «Moralized Conceptions of Liberty», en *The Oxford Handbook of Freedom*, David Schmidtz y Carmen Pabel (eds.), New York, Oxford University Press, 59-75.

Berlin, I. (2002 [1958]). «Two Concepts of Liberty», en *Liberty*, Henry Hardy (ed.), New York, Oxford University Press, 166-217.

Christman, J. (2009). *The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves*, Cambridge, Cambridge University Press.

Christman, J. (2013). «Can Positive Freedom Be Saved?», en *Political Philosophy in the Twenty-first Century. Essential Essays*, Steven Cahn y Ribert Talisse (eds.), Boulder Co., Westview Press, 155-168.

Christman, J. (2013b). «Freedom, Autonomy, and Social Selves», en *Isaiah Berlin and the Politics of Freedom: «Two Concepts of Liberty» 50 Years Later*, Bruce David Baum y Robert Nichols (eds.), New York, Routledge, 87-101.

Constant, B. (1819). «The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns», *Online Library of Liberty*, disponible en https://oll.libertyfund.org/titles/constant-the-liberty-of-ancients-compared-with-that-of-moderns-1819).

Costa, V. (2016). «Republican Liberty and Border Controls», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, (19), 400-415.

Crocker, L. (1980). *Positive Liberty: An Essay in Normative Political Philosophy* (Melbourne International Philosophy Series V 7), La Haya, Martinus Nijhoff.

Dagger, R. (1997). *Civic Virtues: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford, Oxford University Press.

Dewey, J. (1998 [1928]). «Philosophies of Freedom» en *The Essential Dewey. Volume 2: Ethics, Logic, Psychology*, Larry Hickman y Thomas Alexander (eds.), Bloomington / Indianapolis, Indiana University Press, 302-314.

Dicey, A. V. (1982 [1885]). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, Liberty Classics.

Engels, F. (2017 [1884]). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Akal.

Festenstein, M. (2022). «Pragmatism and Autonomy», en *The Routledge Handbook of Autonomy*, Ben Colburn (ed.), London, Routledge, 85-95.

Fuller, Lon (1958). «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Hart», *Harvard Law Review*, (71), 630-672.

Garnett, M. (2021). «Unity and Disunity in the Positive Tradition», en *Positive Freedom: Past, Present, and Future*, John Christman (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 8-27.

Green, T. G. (1986 [1879]). «On the Different Senses of "Freedom" as Applied to Will and to the Moral Progress of Man», en *Lectures on the Principles of Political Obligation and Other Writings*, Paul Harris y John Morrow (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 228-249.

Green, T. G. (1986 [1881]). «Lecture on "Liberal Legislation and Freedom of Contract"», en *Lectures on the Principles of Political Obligation and Other Writings*, Paul Harris y John Morrow (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 194-212.

Green, T. G. (2003 [1883]). *Prolegomena to Ethics*, David Brink (ed.), New York, Oxford University Press.

Green, T. G. (1986 [1895]). «Lectures on the Principles of Political Obligation», en *Lectures on the Principles of Political Obligation and Other Writings*, Paul Harris y John Morrow (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 13-193.

Hayek, F. (1960). *The Constitution of Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press.

Hegel, F. (1969 [1812]). *Science of Logic*, trad. A. V. Miller, London, George Allen & Unwin.

Hobbes, T. (1615). *Leviathan*, Impreso para Andrew Crooke, en el Green Dragon en St. Paul's Churchyard.

Horan, R., Bulte, E. y Shogren, J. (2005). «How Trade Saved Humanity From Biological Exclusion: An Economic Theory of Neanderthal Extinction», *Journal of Economic Behavior and Organization*, (58), 1-29.

Kant, I. (2016 [1797]). *La metafísica de las costumbres*, 4ta edición, trad. Adela Cortina Ortis y Jesús Conill Sancho, Madrid, Editorial Tecnos.

Kramer, S. (1981). *History Begins at Sumer*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Laborde, C. (2010). «Republicanism and Global Justice: A Sketch», *European Journal of Political Theory*, (9), 48-69.

Leonard, J. N. (1994). *Orígenes del hombre: La Revolución del Neolítico (I)*, Barcelona, Ediciones Folio.

Levine, S. (2020). «Identity of Self and Act: Chapter 15 of the 1932 Ethics», en *John Dewey's Ethical Theory: the 1932 Ethics*, Roberto Frega y Steven Levine (eds.), New York, Routledge, 134-155.

Locke, J. (2003 [1689]). *Two Treatises of Government*, 14ava reimpresión, Peter Laslett (ed.), Cambridge, Cambridge University Press.

Maccallum, G. (1967). «Negative and Positive Freedom», *Philosophical Review*, (76), 312-334.

Marx, K. (1975 [1844]). «On the Jewish Question», en *Early Writings*, Quintin Hare (ed.), London, Penguin Books, 211-242.

Marx, K. (2005 [1844]). *Economic and Philosophic Manuscripts of 1844*, en *The Communist Manifesto: A Road Map to History's Most Important Political Document,* Phil Gasper (ed.), Chicago, Haymarket Books, 149-155.

Maynor, J. (2003). *Republicanism in the Modern World*, Cambridge, Polity Press.

Mill, J. S. (2009 [1859]). *On Liberty*, Auckland, The Floating Press.

Montesquieu (2015 [1748]). *The Spirit of the Laws,* 20ava impresión, A. Cohler, C. Miller y H. Stone (eds.), Cambridge, Cambridge University Press.

Nozick, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books.

Nussbaum, M. (1997). «Capabilities and Human Rights», *Fordham Law Review*, (66), 273-300.

Nussbaum, M. (2000). *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge, Cambridge University Press.

Nussbaum, M. (2011). *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Patten, A. (1999). *Hegel's Idea of Freedom*, New York, Oxford University Press.

Pettit, P. (1997). *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press.

Pettit, P. (2008). «Republican Political Theory», en *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism: Essays from Harsanyi and Rawls*, Marc Fleurbaey, Maurice Salles y Joh Weymarc (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 389-410.

Pettit, P. (2012). *On the People's Terms*, Cambridge, Cambridge University Press.

Rawls, J. (1987). «The Idea of an Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies*, (7), 1-25.

Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.

Rodríguez Adrados, F. (1993). *La Democracia ateniense*, Madrid, Alianza Editorial.

Rousseau, J. (2002 [1762]). *The Social Contract and The First and Second Discourses*, Susan Dunn (ed.), New Haven y London, Yale University Press, 149-254.

Schmidtz, D. (2023). *Living Together: Inventing Moral Science*, New York, Oxford University Press.

Sen, A. (1979). «Equality of What?», Stanford University, Tanner Lectures on Human Values.

Sen, A. (1985). *Commodities and Capabilities*, Amsterdam, North-Holland.

Sen, A. (2005). «Human Rights and Capabilities», *Journal of Human Development*, (6), 151-166.

Sen, A. (2004). «Capabilities, Lists, and Public Reason: Continuing the Conversation», *Feminist Economics*, (10), 77-80.

Sen, A. (2006). *Inequality Re-examined*, New York, Oxford University Press.

Skinner, Q. (1991). «The Paradoxes of Political Liberty», en *Liberty*, David Miller (ed.), Oxford, Oxford University Press, 183-205.

Skinner, Q. (1998). *Liberty Before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press.

Skinner, Q. (2002). «A Third Concept of Liberty», *Proceedings of the British Academy*, (117), 237-268.

Smith, A. (2018 [1776]). *La riqueza de las naciones*, Santiago, Liberalia Ediciones Ltda.

Spector, H. (2015). «Los fundamentos filosóficos del derecho laboral», en *Enciclopedia de Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica*, vol. 3, Jorge Fabra y Ezequiel Spector (eds.), México, Unam, 2641-2680.

Spenser, H. (1960). *The Man Versus the State*, Caldwell, The Caxton Printers.

Spitz, J. (1993), «The Concept of Liberty in 'A Theory of Justice' and Its Republican Version», *Ratio Juris*, (7), 331-47.

Spitz, J. (1995). *La liberté politique: Essai de généalogie conceptuelle*, Paris: Presses universitaires de France.

Steiner, H. (1994). *An Essay on Rights*, Oxford, Blackwell.

Talisse, R. (2011). «A Farewell to Deweyan Democracy», *Political Studies*, (59), 509-526.

Taylor, C. (1979). «What's Wrong with Negative Liberty?», en *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Alan Ryan (ed.), Oxford, Oxford University Press, 175-193.

Taylor, R. (2017). *Exit Left: Markets and Mobility in Republican Thought*, Oxford, Oxford University Press.

Viroli, M. (2002). *Republicanism*, trad. Antony Shugaaar, New York, Hill and Wang.

Von Humboldt, W. (1993 [1852]). *The Limits of State Action*, Indianapolis, Liberty Fund.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 365-387
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.13

Justicia social como proceso de subjetivación: una indagación en el debate contemporáneo desde las teorías políticas críticas

Social Justice as a Process of Subjectivation: An Enquiry into the Contemporary Debate from Critical Political Theories

Emilse Toninello

Autora:
Emilse Toninello
Universidad de Bueno Aires, Argentina
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina
emilse_toninello@hotmail.com
https://orcid.org/0000-0003-4783-3440

Recibido: 25/05/2022
Aceptado: 07/03/2023

Citar como:
Toninello, Emilse (2024). Justicia social como proceso de subjetivación: una indagación en el debate contemporáneo desde las teorías políticas críticas *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 365-387. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.13

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

La autora declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Emilse Toninello

Resumen

El presente trabajo tiene por propósito sostener que la pregunta por la justicia social persiste en la actualidad porque su permanente aparición en el pensamiento político se encuentra conectada con la apertura característica de los procesos de subjetivación. De modo que la pregunta por la justicia social permanece abierta porque está enraizada en los procesos de subjetivación, también ellos siempre abiertos. A estos fines, se propone un recorrido tanto por las elaboraciones de la justicia como problema permanente como aquellas dedicadas a la imbricación entre la justicia de los ordenamientos sociales y los procesos de subjetivación. Finalmente, se intentará demostrar que tanto el carácter permanente de la justicia social como problema político y los procesos de subjetivación co-constituyen la formulación contemporánea de la justicia social.

Palabras clave: justicia social; subjetivación; teoría crítica.

Abstract:

The purpose of this paper is to argue that the question of social justice persists today because its permanent appearance in political thought is connected to the characteristic openness of the processes of subjectivation. Thus, the question of social justice remains open because it is rooted in the processes of subjectivation, which are also always open. To this end, we propose a journey through both the elaborations of justice as a permanent problem and those dedicated to the intertwining of the justice of social orders and the processes of subjectivation. Finally, an attempt

will be made to show that both the permanent character of social justice as a political problem and the processes of subjectivation co-constitute the contemporary formulation of social justice.

Keywords: social Justice; Subjectivation; Critical Theory.

INTRODUCCIÓN

Un ligero repaso por las teorías políticas contemporáneas deja ver que la pregunta por los ordenamientos justos brota ininterrumpidamente en sus reflexiones. Si bien la biblioteca en torno a este problema es sumamente extensa, no obstante, ante el interrogante sobre la actualidad de una reflexión sobre la justicia social se podrían identificar al menos dos aristas que mantienen su vigencia: por un lado, la justicia social como problema permanente y, por otro lado, la justicia social como un eje constitutivo de los procesos de subjetivación. Ahora bien, tras una lectura detenida en ambos abordajes se puede observar que no se trata de dos compartimentos estancos, sino de entramados conceptuales que se anudan y se tensionan entre sí en el incansable esfuerzo por dar cuenta de qué se trata la justicia social. Cabe mencionar que el carácter social de la justicia aquí es comprendido bajo el signo de la intersubjetividad que, como se verá, ha sustentado las elaboraciones sobre el problema de lo justo en las teorías críticas contemporáneas.

Ante las teorizaciones que comprenden la justicia como la reparación de los daños que producen las propias dinámicas sociales, este escrito, por el contrario, tiene por propósito sostener que la pregunta por la justicia social persiste en la actualidad porque se encuentra conectada con la apertura característica de los procesos de subjetivación. En otras palabras, la pregunta por la justicia social permanece abierta porque está enraizada en los procesos de subjetivación, también ellos siempre abiertos. Por tanto, el carácter permanente y los procesos de subjetivación co-constituyen a la justicia social en la contemporaneidad.

A estos fines, en el primer apartado se transita por aquellas teorías que han indicado la permanencia de la justicia social, de manera implícita o explícita. Se intenta poner de manifiesto que, incluso desde tradiciones reñidas entre sí, se advierte una preocupación común por la comprensión de la justicia. Por eso, desde Leo Strauss hasta Chantal Mouffe es posible rastrear, desde perspectivas muy diferentes, los modos en que la justicia persiste como una pregunta relevante para el pensamiento teórico-político, en la medida en que podría constituir una llave para cimentar modos más democráticos e igualitarios de convivencia.

Luego, el segundo apartado se dedicará al tratamiento de la pregunta contemporánea por la justicia social: ¿redistribución o reconocimiento? Allí, se restituyen las contribuciones más relevantes de este debate a efectos de señalar que dicha pregunta se ha ocupado de las condiciones institucionales, de las prácticas sociales, culturales y

políticas que se desarrollan en las sociedades y que afectan inmediatamente a las condiciones de vida de sus miembros.

Finalmente, en el tercer apartado se abordan los estudios de Axel Honneth y Judith Butler con el objetivo de iluminar las vinculaciones posibles entre las reflexiones sobre la justicia social y los procesos de subjetivación. En tal sentido, en ambos autores se observa la imbricación entre los procesos mediante los cuales un sujeto deviene tal y las condiciones en las cuales tiene lugar dicho proceso. Cabe señalar que la filiación hegeliana de ambos autores y su selección para este apartado no es casual. Si bien sus lecturas en torno al pensamiento político hegeliano difieren, ambos autores demuestran que a partir de Hegel se habilitan resquicios del pensamiento allí donde parecía haber clausura: reconocimiento recíproco, lucha social, libertad intersubjetiva, instituciones políticas y justicia, han sido coordenadas cruciales en el pensamiento político de Hegel. En suma, las reapropiaciones de su pensamiento no hacen más que exponer su potencialidad teórico-política.

Por último, se arribará a la conclusión de que la formulación actual de la justicia social se produce en los términos de los procesos de subjetivación, cuya característica es su constante apertura. La co-constitución de la justicia social compuesta tanto por su permanencia como problema político como por su imbricación con los procesos de subjetivación da cuenta de la exigencia de no abandonar las reflexiones en torno a los modos más justos de habitar la vida social.

LA PREGUNTA POR LA JUSTICIA: ¿UN PROBLEMA PERMANENTE?

Se ha dicho mucho sobre la justicia en la tradición teórico-política: que la justicia es una virtud, que es un procedimiento, que se trata de la distribución de ciertos bienes o, antes bien, se trata del reconocimiento de la igualdad de las personas, o de la diferencia entre las personas como también de la adecuada combinación entre redistribución y reconocimiento. Cada una de estas afirmaciones se inscribe en la incesante búsqueda de una respuesta a por qué seguir pensando la justicia como un problema en la actualidad. Los motivos para continuar las reflexiones en torno a este asunto se han justificado desde diversas perspectivas. Este apartado se centrará solo en algunas de ellas a efectos de evidenciar que la permanencia de la justicia como problema se mantiene con obstinación en el campo teórico-político.

Por caso, fue Leo Strauss quien se ha ocupado de demostrar que hay problemas que son permanentes en la tradición de pensamiento político[1]. Sin embargo, su permanencia no indica una respuesta unívoca y definitiva, antes bien, la multiplicidad de respuestas ofrecidas constituye un indicador de la persistencia del problema. Tal como afirma el autor: «No es posible comprenderlas como tales, ósea como cosas políticas, si no se

1. Strauss, L. ¿Qué es la filosofía política? Y otros ensayos. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

toma en serio su implícita o explícita exigencia de ser juzgadas en términos de bondad o maldad, de justicia o injusticia»[2]. En la medida en que la acción política se caracteriza por la intención, ya sea de conservar o de transformar un determinado orden, transporta en ella una idea de bien: es tarea de la filosofía política adquirir conocimiento sobre la vida buena y la buena sociedad. Esta tarea supone cierto juicio sobre el ordenamiento político, y de ello resulta que no hay pensamiento sobre los asuntos políticos que pueda eludir el problema de lo justo y lo injusto[3].

Desde un enfoque histórico-conceptual[4], Duso, reapropiándose de las elaboraciones de Reinhart Koselleck y Otto Brunner, ha sostenido que nuestra comprensión sobre el presente se encuentra condicionada por las estructuras conceptuales modernas, ya que los aparatos conceptuales no pueden ser universales, eternos o idénticos a sí mismos en el tiempo[5]. Por tanto, la tarea consiste en determinar históricamente los conceptos, esto es, insertarlos en el proceso histórico en el que se hayan generado y tener presente su horizonte conceptual global y su principio organizador. Así, mientras la política antigua se organizaba en función de la doctrina del gobierno en cuyo centro se encuentra la virtud; con la irrupción moderna se introduce el principio de la igualdad y la libertad, como ausencia de restricciones, abriendo de ese modo un horizonte signado por la dominación (*Herrschaft*), en el sentido del poder. Es así que, si el ámbito temático antiguo se centraba en el buen vivir, el buen gobierno y la virtud; en la modernidad se organiza a partir de la noción de derecho natural que impulsó la nueva ciencia política, desde Hobbes en adelante. Tal como sostiene Duso:

> *Igualdad y libertad* como independencia están en la base de la construcción de aquella sociedad civil que debe impedir la guerra recíproca y garantizar el orden y la paz: estas metas sustituyen a la antigua idea de justicia, que desde Platón estaba en el centro de la reflexión política[6].

No obstante, Duso aclara que, dado el vínculo entre historia conceptual y filosofía política, es posible mantener una comunicación entre diversos contextos de pensamiento, no porque estos sean omnicomprensivos u homogéneos, sino por la posibilidad de capturar el problema originario, y esto, no en tanto se lo considere eterno o universal, antes bien, es por su carácter de originario que puede ser pensado radicalmente en relación con el propio presente. Así, en el nexo entre historia conceptual y filosofía política, puede darse según Duso, una reapertura del problema de la justicia[7].

2. Strauss, L. 2014, *¿Qué es la filosofía política?… op. cit.*, p. 81
3. Sobre el proceder metodológico de la Historia de las ideas ver Castorina, F. y Wieczorek, T. Historia de las ideas. En Nosetto, L. y Wieczorek, T. Métodos de teoría política. Un manual. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Gino Germani. UBA, 2020.
4. Sobre el proceder metodológico de la Historia Conceptual ver Aguirre, G. y Morán, S. Historia Conceptual. En Nosetto, L. y Wieczorek, T. *Métodos… op. cit.*
5. Duso, G. Historia conceptual como filosofía política. *Res publica*, 1, 1998.
6. Duso, G. Historia conceptual…*op.cit.*
7. Duso, G. Historia conceptual…*op.cit.*

Asimismo, la crítica al carácter universal de los conceptos ha excedido el ámbito de las discusiones metodológicas y ha dado lugar a extensos debates. En efecto, el intenso intercambio entre Judith Butler, Ernesto Laclau y Slavoj Žižek, denota la relevancia que contiene el término universalidad en la teoría política contemporánea[8]. Por caso, siguiendo las enseñanzas hegelianas, Butler ha indicado que en las críticas que Hegel realizó al formalismo kantiano y su reformulación de la noción de universalidad se aloja una gran potencia para las luchas democráticas contemporáneas. En pocas palabras, según la lectura de Butler, la crítica hegeliana al formalismo radica en que la pretensión de mantenerse separado de un contenido concreto fracasa inevitablemente en la medida en que el formalismo como tal es producto de la abstracción misma, y ella no puede permanecer exenta de lo que debe excluir para presentarse como abstracción. Es, por tanto, una abstracción que está contaminada por lo concreto del cual busca distanciarse[9].

En oposición a las nociones procedimentalistas, Hegel ofrece una visión que se enfrenta a una concepción estática y, en contrapartida, postula la temporalización de la universalidad[10]. Butler puede afirmar esto porque ha identificado en el proceder hegeliano una estrategia peculiar: Hegel se mueve en sus textos a partir de la reiteración. Según Butler, en cada reiteración de una idea, Hegel revisa su concepción y comparece ante lo que «es» de un modo más esencial. Por tanto, la universalidad puede considerarse como el nombre de aquellas acumulaciones y revisiones de significado que, en estrecha relación con los rasgos culturales de una sociedad dada, no puede reducirse a ninguno de sus momentos constitutivos. De este modo, se podría afirmar que, en la reapropiación butleriana, no hay universal que no pueda ser resignificado: la igualdad, la libertad, la democracia y la propia universalidad, y podríamos agregar aquí a la justicia social, pueden estar sujetas a una revisión y reformulación que contribuya a la expansión democrática. Dice Butler:

> lo universal anuncia, por decirlo así, su «no lugar», su modalidad fundamentalmente temporal. Precisamente cuando emergen desafíos a su formulación existente de parte de aquellos que no están cubiertos por ella, que no están habilitados a ocupar el lugar del «quien», pero que a pesar de eso reclaman que lo universal como tal debería incluirlos[11].

En una senda similar, a partir de una teoría de la democracia radical y plural, Chantal Mouffe ha indicado que la interpretación de los principios de libertad e igualdad se encuentra permanentemente abierta en las democracias modernas, ya que la fijación de un cierto orden es siempre parcial y precario debido a la permanencia de las fuerzas

8. Butler, J., Laclau, E., Zizek, S. *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
9. Butler, J. Replantear el universal: la hegemonía y los límites del formalismo. *Contingencia, hegemonía, universalidad…op.cit.*
10. Sobre el núcleo temporal de la verdad y su determinación histórica puede consultarse Adorno, T. Lección 2. *Introducción a la dialéctica*. Buenos aires: Eterna Cadencia Editora, 2013.
11. Butler, J. Replantear el universal…*op. cit.*, p. 8.

antagónicas[12]. Desde la perspectiva de Mouffe, lo político en tanto antagonismo constitutivo de lo social es inerradicable, y esta caracterización lejos de poner en peligro la democracia moderna, se postula como algo valioso en sí mismo y que debe ser protegido. En todo caso, la tarea de la política democrática consiste en desactivar los antagonismos sociales y, mediante un conjunto de instituciones, lograr convertir el antagonismo en agonismo, es decir, transformar el enemigo en adversario. La tensión propia entre consenso y disenso en las democracias y la parcialidad de los ordenamientos políticos, permiten sostener que los acuerdos sobre los principios de justicia nunca son definitivos y que siempre se encuentran sometidos a una reinterpretación. Mouffe indica que la relevancia de la teoría de la justicia consiste en afianzar una hegemonía, trazar una frontera, pero con la profunda clarividencia de encontrarse operando en un campo atravesado por los antagonismos en el que encontrará oposiciones y definiciones en competencia[13]. En efecto, la pregunta por lo que es justo o injusto en una sociedad será parte de las disputas y las deliberaciones en el espacio común y, por tanto, estará siempre abierta la posibilidad de modificar su sentido.

En suma, de esta apertura permanente del problema de la justicia se colige la posibilidad de mantener la vitalidad de las sociedades democráticas, en la medida en que su carácter abierto hace posible la ampliación, intensificación, transformación y resignificación de los sentidos que dotan a la justicia social. Por lo dicho hasta aquí se puede afirmar que sustentar la concepción de la justicia social como un problema permanente favorece el dinamismo democrático que nuestras sociedades altamente desiguales requieren para reparar los daños que allí se producen, si lo que se busca es una sociedad más igualitaria.

LA PREGUNTA CONTEMPORÁNEA DE LA JUSTICIA SOCIAL: ¿REDISTRIBUCIÓN O RECONOCIMIENTO?

Incluso admitiendo que la pregunta por la justicia permanece dentro de los problemas recurrentes en el campo teórico-político, resulta ineludible reconocer que a partir de la publicación de la *Teoría de la justicia*[14] de John Rawls se produjo una revitalización en las reflexiones sobre la justicia social. Frente a las teorías dominantes de corte utilitarista, Rawls propone una teoría de la justicia como imparcialidad, y sostiene, bajo la guía de las doctrinas contractuales, que a partir de un acuerdo básico se establecerán los principios que van a ordenar el modo de asignar derechos y deberes. Este acuerdo inicial será el que regule todos los acuerdos posteriores y por ello debe realizarse en condiciones justas. La garantía de las condiciones justas a la hora de acordar esos principios que

12. Mouffe, C. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1999.
13. Mouffe, C. *El retorno de lo político…op.cit*.
14. Rawls, J. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2018.

regirán el ordenamiento social está dada por lo que Rawls ha denominado «posición original», es decir, aquel estado inicial en el cual los miembros de una comunidad pueden despojarse de sus posiciones sociales, culturales, simbólicas, materiales, etc. para deliberar libremente y decidir racionalmente los principios de justicia que distribuirán los derechos y obligaciones, sin obtener ventajas por la posición que se ocupe en la sociedad. De modo que, si el procedimiento es justo los resultados que se obtienen deben ser justos, y el procedimiento será justo solo si es imparcial.

Si no hay dudas de la revitalización que produjo la teoría rawlsiana en materia de justicia, tampoco hay dudas sobre los debates que ha provocado semejante empresa teórica. Tanto al interior del liberalismo como desde otras perspectivas, las críticas al modelo de la justicia como imparcialidad no se hicieron esperar[15]. Entre las más destacadas, se encuentra la corrección y extensión de la teoría de la justicia rawlsiana ofrecida por Martha Nussbaum en *Las fronteras de la justicia*[16]. Si bien, aquí no se restituirá exhaustivamente la propuesta de Nussbaum, interesa señalar que la autora ha identificado tres problemas que la perspectiva de Rawls no ha podido responder y que constituyen tres asuntos centrales para la justicia social contemporánea: las discapacidades mentales y físicas, los límites del Estado-nación y la justicia frente a los seres no humanos, como los animales. Estos tres problemas de justicia, que tanto el contractualismo clásico como el contemporáneo han sido incapaces de abordar, están vinculados con que en la tradición liberal persiste una confusión en torno a quién diseña los principios de justicia y para quién son diseñados. Nussbaum sostiene que las teorías fueron construidas sobre la idea de que quienes diseñan los principios de justicia serán

15. Algunos ejemplos de quienes han continuado con las enseñanzas de Rawls son Pogge, T. *Realizing Rawls*. Nueva York: Cornell University Press, 1989; Nagel, T. Equality and Partiality. Nueva York: Oxford University Press, 1991; para una concepción crítica dentro de la teoría liberal ver Nozick, R. *Anarchy, State and Utopia*. Gran Bretaña: Blackweel, Oxford UK & Cambridge USA, 1999. Para una corrección de la teoría de la justicia de Rawls desde una perspectiva feminista ver Nussbaum, M. *Las fronteras de la justicia.* Barcelona: Ediciones Paidós, 2007. En el ámbito nacional se puede consultar Seleme, H. *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, 2004. Ver también Gargarella, R. John Rawls, «Political Liberalism», y sus críticos, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 20, pp.391-410. España, 1997. Algunas de las críticas más resonantes a la teoría de la justicia rawlsiana se pueden encontrar en el comunitarismo de Sandel, M. *El liberalismo y los límites de la justicia.* Barcelona: Editorial Gedisa, 2013; Walzer, M. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2015; MacIntyre, A. *Tras la virtud.* Barcelona: Crítica, 1987. Para las críticas del marxismo analítico puede verse Cohen, G. *On the currency of egalitaarian justice, and other essays in political philosophy*. Princeton-Oxford: Princeton University Press-Oxford University Press, 2011. En la misma línea, pero en el ámbito nacional se puede ver Lizárraga, F. La estructura básica rawlsiana, la fraternidad y el principio aristotélico. *Tópicos. Revista de Filosofía*, 46, pp. 51-73. México, 2014. Desde la tradición crítica de Frankfurt puede consultarse Habermas, J. Reconciliación mediante el uso público de la razón. En Rawls, J. y Habermas, J. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998. Honneth, A. *Crítica del agravio moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009 y Honneth, A. *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*. Buenos Aires: Katz Editores, 2014.
16. Nussbaum, M. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2007.

también sobre quienes se los aplicará, dejando de lado una gran parte de la población que no participan del acuerdo inicial.

Reconociendo la potencialidad de la teoría elaborada por Rawls, la apuesta de Nussbaum se funda en rectificar las estructuras teóricas necesarias para que la teoría de la justicia pueda dar respuestas satisfactorias a estos problemas. Por ello, la autora ofrece el enfoque de las capacidades: dicho enfoque se trata de lo que las personas son capaces de hacer y ser, y esto se guía por la idea intuitiva de mantener una vida acorde con la dignidad humana. Dichas capacidades son la fuente de los principios políticos de una sociedad liberal y pluralista[17].

Cabe destacar aquí que, a diferencia de la teoría de Rawls, que parte del procedimiento, es decir, si el procedimiento es justo, el resultado también lo será; el enfoque de las capacidades parte de la evaluación de los resultados[18]. Al mismo tiempo, Nussbaum postula que una concepción política de la persona, en términos aristotélicos-marxistas, conlleva una mejor comprensión de la motivación de las personas en la cooperación social, que aquella fundada en la teoría kantiana. Es decir, no es por beneficio mutuo, tal como ha sostenido el contractualismo, sino por el contrario, es por el carácter social del ser humano que se entablan relaciones interpersonales con el fin de atender las necesidades y disminuir las experiencias de vulnerabilidad.

Aun así, pese a las correcciones internas, desde las teorías críticas feministas se han señalado los límites del paradigma distributivo[19]. Aquí interesa especialmente recuperar la contribución de Iris Marion Young quien formula una de las más robustas críticas a las teorías de la justicia herederas de Rawls[20]. En *La justicia y la política de la diferencia*[21], Young indica la extendida identificación entre justicia social y distribución que ha operado en la tradición del pensamiento político. Esta operación produce, a los ojos de la autora, un estrechamiento de los asuntos de justicia, desembocando en una subsunción de la justicia a la economía, en la medida en que se centra en las riquezas y los bienes materiales. En otras palabras, en la comprensión de la justicia como distribución se aloja

17. La lista de capacidades ofrecida por Nussbaum está compuesta por 1) Vida; 2) Salud física; 3) Integridad física; 4) Sentidos, imaginación y pensamiento; 5) Emociones; 6) Razón práctica; 7) Afiliación; 8) Otras especies; 9) Juego; 10) Control sobre el propio entorno. Ver Nussbaum, M. *Las fronteras de la justicia…op. cit.*, p. 88.
18. Nussbaum, M. *Las fronteras de la justicia…op. cit.*
19. Algunas de las críticas a la teoría de la justicia de Rawls desde una perspectiva feministas, puede verse en Mouffe, C. *El retorno de lo político.* Barcelona: Editorial Paidós, 1999 y Mouffe, C. *Agonística.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014; también Young, I. M. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra, 2000. Benhabib, S. *Los derechos de los otros*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2005.
20. Tal como ha señalado Nancy Fraser, la formulación de Young constituye uno de los esfuerzos más innovadores en el desarrollo de una compresión «bifocal» de la justicia social. Asimismo, ha señalado algunas de las limitaciones de este planteo en Fraser, N. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
21. Young, I. M. *La justicia… op. cit.*

una unilateralización de los asuntos de justicia que pierde de vista otras problemáticas relevantes de la justicia social, tales como la dominación y la opresión[22].

En definitiva, el paradigma distributivo oculta el contexto institucional en que tiene lugar la distribución: con foco en los procesos distributivos no atiende las estructuras y prácticas sociales, las reglas y normas que las guían ni el lenguaje y los símbolos que median todas las interacciones sociales. En suma, el paradigma distributivo no reconoce sus límites y extiende las lógicas de un modelo a todos los aspectos de la vida social. Por caso, los esfuerzos de las teóricas y los teóricos de la justicia distributiva por expandir la idea de distribución también a los bienes inmateriales −como el autorrespeto o la no humillación− resulta ilustrativa de aquella afirmación. Según Young, estos esfuerzos son insuficiente en la medida en que, por un lado, se cosifican las relaciones e instituciones sociales, es decir, se las trata como cosas poseídas por individuos susceptibles de ser distribuidas y, por otro lado, este paradigma de la distribución ampliada mantiene intacta la concepción atomista de los individuos y enfatiza el carácter posesivo de las personas en relación a sus bienes[23].

Asimismo, los señalamientos de Young sobre la imparcialidad constituyen un punto central en las teorías críticas sobre la justicia. Si bien las teorías distributivas anclan la justicia de sus resultados en la imparcialidad de sus procedimientos, la autora señala el modo en que la imparcialidad bajo el mandato de la independencia, el desapasionamiento y la universalidad de los juicios morales, en realidad, no hacen más que negar o reprimir la particularidad de las situaciones, la heterogeneidad de los sentimientos y la reducción de los sujetos morales a una subjetividad trascendental[24]. El ideal de imparcialidad emprende una totalización −por cierto, siempre fallida−, que busca la eliminación de las diferencias. En pocas palabras, se podría decir que, si el problema de la distribución consiste en su reduccionismo, el problema de la imparcialidad reside en la negación de las diferencias.

Ante esto, Young postula una concepción de la justicia comprendida como la eliminación de la dominación y la opresión institucionalizadas. Este objetivo se escapa de las lógicas distributivas y exige, en cambio, una atención crítica sobre las condiciones institucionales y las prácticas sociales involucradas en las tomas de decisiones colectivas[25]. De modo que, comprende la justicia

> como el conjunto de condiciones institucionales que hacen posible que todas las personas adquieran ciertas *capacidades* y las utilicen satisfactoriamente en ámbitos socialmente *reconocidos*, para *participar* en la toma de decisiones y para expresar sus sentimientos, experiencias y perspectiva sobre la vida social, en contextos en los que otras personas puedan escucharlas[26].

22. Young, I. M. *La justicia…op. cit.*
23. Young, I. M. *La justicia…op. cit.*
24. Young, I. M. *La justicia…op. cit.*, p.172.
25. Young, I. M. *La justicia…op. cit.*
26. Young, I. M. *La justicia…op. cit.*, p.156 [cursivas propias]

Por tanto, para Young la justicia se trata tanto de distribución como de reconocimiento, participación y capacidad. Resulta insoslayable subrayar el carácter anticipatorio de esta consideración sobre la justicia que contiene los elementos que signan en la actualidad la pregunta por lo justo.

Entonces, se puede afirmar que la pregunta «¿Redistribución o reconocimiento?» forja el debate contemporáneo en torno a la justicia social[27]. Un tratamiento paradigmático de esta pregunta se encuentra en el intercambio entablado por Nancy Fraser y Axel Honneth en 2003.

Nancy Fraser propuso en aquel intercambio una concepción bidimensional de la justicia que articule las exigencias de redistribución y de reconocimiento, ya que ninguna de ellas por separado resulta suficiente[28]. La autora establece una distinción analítica[29] entre dos tipos de injusticias que se presentan en las sociedades capitalistas modernas: por un lado, las injusticias vinculadas al ámbito económico[30] donde las soluciones ofrecidas se direccionan hacia una corrección de la distribución; y por otro lado, las injusticias relacionadas con la dimensión cultural, cuyas soluciones están imbricadas con el reconocimiento[31]. Aquí se debe señalar la insistencia de Fraser en aclarar que se trata de una separación analíticamente productiva para la comprensión de los conflictos sociales contemporáneas, aunque reconoce que ambas esferas no se manifiestan de ese modo en la vida social, antes bien, se interpenetran y producen patrones complejos de subordinación. El estudio de los modos en que interactúan y se articulan estas dos dimensiones, mutuamente irreductibles pero entrelazadas, es el propósito declarado por la autora[32].

En efecto, Fraser ha ofrecido la noción de paridad participativa, como núcleo normativo de su modelo, según el cual la justicia exige unos acuerdos sociales que les permita a todos los miembros de la sociedad interactuar en pie de igualdad. Dada la especificidad de cada dimensión resulta ineludible la necesidad de una medida común

27. Fraser, N. y Honneth, A. *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata, 2006.
28. La concepción bidimensional de la justicia fue desarrollada previamente en Fraser, N. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.
29. Cabe señalar que, en el debate entablado con Judith Butler, Fraser sostiene que la abstracción es la única manera de conocer, ver Butler, J. y Fraser, N. ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista». *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*. Madrid: Editorial Traficantes de sueños, 2000. Si bien no se menciona allí, son importantes los señalamientos de Butler desde una perspectiva hegeliana sobre el problema de la abstracción en Butler, J. Replantear el universal…*op. cit*.
30. Frente a las objeciones de Butler respecto de la distinción «material/cultural», Fraser ha aclarado que su postulación se refería a la distinción «económico/cultural», donde indica que las injusticias por falta de reconocimiento tienen tanta materialidad como las que se producen por una mala distribución. Ver Butler, J. y Fraser, N. ¿Reconocimiento o redistribución?…, *op. cit*.
31. Fraser, N. Una deformación que hace imposible el reconocimiento: réplica a Axel Honneth. ¿Redistribución o reconocimiento?… *op.cit*.
32. Los ejemplos que utiliza Fraser para demostrar el entrecruzamiento de ambas dimensiones son el género y la raza, o lo que denomina «comunidades bivalentes», ver Butler, J. y Fraser, N. ¿Reconocimiento o redistribución?… *op. cit*., p. 40.

que englobe todas las dimensiones involucradas en la justicia y las convierta en conmensurables: la paridad participativa cumple esta función[33]. En palabras de la autora:

> Desde la perspectiva de la justicia como paridad participativa, superar la injusticia significa desmantelar los obstáculos institucionalizados que impiden a algunos participar en un plano de igualdad con los demás, como socios de pleno derecho en la interacción social»[34]De modo que, este principio normativo sirve para investigar, descubrir, criticar y evaluar las reivindicaciones de justicia[35].

Si bien, queda restituido el grueso de la propuesta de Fraser, cabe señalar que posteriormente a los debates sostenidos tanto con Judith Butler como con Axel Honneth, la autora corrigió partes de su marco teórico en *Escalas de justicia*[36]. Allí advierte, entre otras cosas, que en la actualidad sobreviene una heterogeneidad radical de los discursos de justicia, donde no se consigue un acuerdo compartido sobre la sustancia de la justicia. Conforme a esta lectura renovada de Fraser, los debates en torno a la justicia giran alrededor tanto del qué de la justicia como del quién es sujeto de la justicia. Sin embargo, ninguna de las teorías logra dar respuestas adecuadas a las injusticias contemporáneas. Por ello, Fraser postula una tercera dimensión a ser tenida en cuenta: el cómo de la justicia[37]. Si previamente había conceptualizado la justicia a la luz de dos dimensiones, a saber, distribución y reconocimiento, ahora introduce la idea de la representación como tercera dimensión que debe ser tenida en cuenta en cualquier reflexión sobre lo justo[38]. Esta dimensión política de la justicia «nos dice no solo quién puede reivindicar redistribución y reconocimiento, sino también cómo han de plantearse y arbitrarse esas reivindicaciones»[39]. Al igual que en su primera elaboración, estas tres dimensiones mantienen un mutuo entrelazamiento e influencia recíproca. Asimismo, a la luz de la pregunta por el cómo de la justicia, Fraser señala que lo que ha sido puesto en cuestión es el marco en el cual se despliegan las estrategias de justicia: hasta el momento el marco supuesto e indiscutido era el Estado territorial moderno. En la actualidad este supuesto es difícil de sostener[40]. Por tanto, «¿Cuál es el marco adecuado para teorizar sobre la justicia?»[41] es la pregunta que guía los estudios de Fraser en esta última etapa. En este punto, la autora propone una teoría que sea dialógica e institucional, es decir, que las soluciones a las injusticias de marco emerjan de una discusión pública incluyente y libre y que logre institucionalizar las decisiones por medio de procedimientos imparciales y

33. Fraser, N. *Escalas de justicia*. España: Herder Editorial, 2008.
34. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*, p. 117.
35. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*
36. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*
37. Fraser, N. *Escalas … op. cit.* Aquí cabe señalar que, años después, en *Contrahegemonía ya!* Publicado en 2019 vuelve a sostener la bidimensionalidad de la justicia. Ver Fraser, N. *Contrahegemonía ya!* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2019.
38. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*
39. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*, p.42.
40. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*
41. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*, p.66.

representación democrática[42]. Finalmente, la incorporación de esta tercera dimensión no supone una clausura sino que exhibe que se trata de una teoría abierta a incorporar aquellas dimensiones que sean ganadas con la lucha social[43].

En cambio, Honneth ha sustentado sus estudios a partir de la reactualización teórica del concepto hegeliano de reconocimiento, lo cual le permite la comprensión de los conflictos sociales en su motivación ética y no solo material o simbólica. A diferencia de Fraser, que identifica a los nuevos movimientos sociales con las demandas por el reconocimiento y a este con el ámbito cultural de las sociedades, Honneth indica que el marco conceptual del reconocimiento es el más adecuado para desentrañar las experiencias de injusticia social en su conjunto, más allá de la especificidad epocal de los reclamos de los movimientos sociales[44]. La propuesta del autor consiste en comprender la sociedad burguesa capitalista como un orden institucionalizado de reconocimiento con tres esferas históricamente diferenciadas: amor-éxito-igualdad jurídica[45]. Dicho muy sucintamente, en la esfera del amor los sujetos se confirman entre sí como seres necesitados, es allí donde adquieren la más elemental confianza en sí mismos. Luego, en la esfera del éxito, los sujetos buscan reconocerse como poseedores de habilidades y facultades socialmente valiosas. Por último, en la esfera de la igualdad jurídica las personas encuentran reconocimiento en tanto comparten con los demás las facultades para participar de la construcción de la voluntad y la posibilidad de referirse a sí mismo de un modo positivo[46]. De este modo, Honneth indica que estas tres esferas de reconocimiento poseen principios normativos internos bajo los cuales es posible evaluar su aplicación e interpretación adecuadas; sin embargo, al mismo tiempo dichos principios detentan un exceso de validez que implica la posibilidad de revisión de las líneas de demarcación entre las esferas[47]. En la medida en que se amplían, se intensifican y se reinterpretan los principios de reconocimiento recíproco en cada esfera y entre ellas es que hay progreso moral[48]. De manera que, la evaluación sobre la justicia de un ordenamiento social recae en la calidad de las relaciones de reconocimiento en las que participan las personas.

Por lo tanto, la justicia social para Honneth se encuentra determinada por las tres esferas de reconocimiento recíproco, cuyo objetivo es garantizar las condiciones sociales e institucionales para la formación de la identidad personal o la autorrealización[49]. Si Fraser sostenía que la justicia está compuesta tanto por demandas de reconocimiento

42. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*
43. Fraser, N. *Escalas … op. cit.*
44. Honneth, A. Redistribución como reconocimiento. Respuesta a Nancy Fraser. Fraser, N. y Honneth, A. ¿Redistribución o reconocimiento? … *op. cit.*
45. Ver Honneth, A. *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica, 1997. Fraser, N. y Honneth, A. ¿Redistribución o reconocimiento? … *op. cit*. Honneth, A. *Crítica … op. cit*.
46. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*
47. Fraser, N. y Honneth, A. ¿Redistribución o reconocimiento? … *op. cit.*
48. Sobre la noción de progreso en el pensamiento de Honneth ver Honneth, A. *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la teoría crítica*. Buenos Aires: Katz Editores, 2009.
49. Fraser, N. y Honneth, A. ¿Redistribución o reconocimiento? … *op. cit.*

como de distribución; Honneth postula en contrapartida que, de hecho, las demandas de distribución están vinculadas a las interpretaciones vigentes sobre el valor que se le otorga a los logros y a las aportaciones sociales de los miembros a la comunidad. En definitiva, lo que Fraser engloba en las injusticias de distribución, son para Honneth luchas por la modificación de la interpretación del principio de reconocimiento en la esfera del éxito[50]. En otras palabras, los problemas distributivos se subsanan cuando se reconsidera la valoración que se tiene respecto de una actividad determinada. Se trata, pues, de un problema de reconocimiento.

En efecto, la teoría de la justicia social de Honneth postula que es en el amor, la igualdad jurídica y el éxito donde los sujetos entablan relaciones de reconocimiento recíproco que habilitan su autorrealización, y donde, a partir de la apelación al exceso de validez, emerge la posibilidad de un borramiento de los límites entre las esferas, cuya expansión permite el progreso moral de nuestras sociedades ofreciendo una mayor individualización y, al mismo tiempo, una mayor inclusión social. Por lo tanto, hay progreso moral solo cuando las relaciones de reconocimiento, al interior de las esferas y entre ellas, se incrementan y se intensifican. Es decir, es socialmente justo un orden en el cual la calidad de las relaciones de reconocimiento recíproco se incrementa continuamente.

En suma, guiados por la pregunta ¿redistribución o reconocimiento? gran parte de la reflexión teórica contemporánea sobre la justicia se ha detenido en las condiciones institucionales, en las prácticas sociales, culturales y políticas que se desarrollan al interior de una comunidad determinada y que afectan inmediatamente a las condiciones de vida de sus miembros.

JUSTICIA SOCIAL COMO PROCESO DE SUBJETIVACIÓN

Los estudios en torno a los procesos de subjetivación ocupan un sitio central en la teoría política contemporánea. En tal sentido, se ha definido como subjetivación a aquel proceso siempre inacabado por el cual se «llega a ser sujeto»[51]. Por ello, se ha prestado especial atención a las condiciones bajo las cuales tiene lugar este proceso: condiciones sociales, políticas y culturales que hacen posible que un sujeto desarrolle su vida. Desde Althusser hasta Rancière, pasando por Lacan y Foucault, como también por Kant y Heidegger[52], la centralidad de la formación subjetiva ha persistido en los análisis políticos. Sin embargo, el interés por las condiciones sociales, políticas y culturales

50. Resulta interesante el ejemplo sobre la valoración del trabajo de las mujeres: «La lucha feminista para valorizar socialmente a la "mujer" ama de casa es, hasta ahora, el ejemplo más claro de cómo, en el marco del principio capitalista del éxito, puede provocarse la redistribución social sobre todo mediante la deslegitimación de las evaluaciones prevalecientes del éxito». Honneth, A. Redistribución como reconocimiento… *op. cit.*, p. 122.
51. Tassin, E. De la subjetivación política. Althusser/Rancière/ Foucault/Arendt/ Deleuze. *Revista de Estudios Sociales*, 43, 2012, pp. 36-49.
52. Cassin, B. *Diccionario de los intraducibles*. México: Siglo XXI Editores, 2019.

en las cuales un sujeto deviene tal y desarrolla su vida también pueden ser localizadas en las reflexiones sobre la justicia social. Por caso, la articulación de los procesos de subjetivación con la pregunta por la justicia social ha sido elaborada recientemente tanto por Axel Honneth como por Judith Butler, en el marco de las teorías críticas del reconocimiento de corte hegeliano[53].

Cabe señalar, sin embargo, que la preocupación por el desarrollo pleno de la vida de las personas también está presente en la tradición liberal. No obstante, el punto de partida de las teorías liberales se enraíza en una comprensión individualista del sujeto que, probablemente, da lugar a la configuración de subjetividades muy diferentes de las que aborda este trabajo[54]. Aquí, en cambio, se atenderán a las teorías de corte intersubjetivistas porque se considera que son ellas las que iluminan de modo más cabal las alternativas para construir marcos de ampliación de la justicia social en las sociedades democráticas contemporáneas.

En el marco de su teoría del reconocimiento, Honneth indica que la libertad personal del individuo es fomentada y asegurada por las esferas de reconocimiento recíproco, a partir de las cuales el sujeto puede adquirir mayor poder de acción[55]. Por ello, los principios de justicia deben referirse, no a la fijación de los procedimientos adecuados para distribuir bienes sociales, tal como se ha sostenido de Rawls en adelante, sino al aseguramiento de dichas esferas de reconocimiento mutuo. Honneth identifica que el problema de las teorías de la justicia dominantes sustentadas en la tradición kantiana es el concepto individualista de la autonomía personal. En cambio, el autor propone recuperar la tradición hegeliana para sostener el carácter intersubjetivo de la libertad, de la cual se deriva una teoría de la justicia social[56]. De este modo, siguiendo a Hegel, afirma: «la dotación de los individuos con "derechos subjetivos" no es el resultado de una distribución justa, sino que resulta de la circunstancia de que los integrantes de la sociedad se reconocen mutuamente como libres e iguales»[57]. Y agrega: «…en este caso, los principios de la justicia tendrían que extenderse a unas libertades que no podrían ser repartidas bajo la forma de bienes sino solo garantizadas en forma de fomento de las relaciones sociales»[58]. Es decir, desde esta perspectiva, los principios de la justicia social son relacionales e intersubjetivos y, se orientan a la formación subjetiva de las personas.

En efecto, intentar prescindir de la interdependencia de las personas a la hora de fijar los principios de justicia, como lo hacen las teorías que parten de las doctrinas

53. Recientemente se ha publicado una conversación entre Honneth y Butler en torno a sus reapropiaciones del concepto hegeliano de reconocimiento, ver Ikäheimo, H., Lepold, K y Stahl, T. (Ed.). *Recognition and ambivalence*. Nueva York: Columbia University Press, 2021.
54. El estudio de los procesos de subjetivación desde una perspectiva liberal queda pendiente para futuras investigaciones.
55. Honneth, A. *Crítica … op. cit.*
56. Honneth, A. *Crítica … op. cit.*
57. Honneth, A. *Crítica … op. cit.*, p. 230.
58. Honneth, A. *Crítica … op. cit.*, p. 232.

contractualistas[59], pierde de vista que el reconocimiento recíproco es una necesidad social[60] que impacta directamente en la capacidad de las personas para realizar sus planes de vida. En tal sentido, Honneth apunta que la naturaleza de la intersubjetividad humana ha sido estudiada extensamente tanto en las investigaciones en torno a la experiencia de los totalitarismos, como en los feminismos, en la psicología social y el psicoanálisis y también en las investigaciones sociológicas en general, donde se ha observado que la sensación de injusticia se encuentra estrechamente vinculada a la experiencia de no ser socialmente reconocido en las capacidades y necesidades propias[61]. Sin embargo, Honneth advierte que el hecho de tratarse de relaciones de reconocimiento vinculantes no implica que posean un carácter restrictivo o prohibitivo, por el contrario, tal como ejemplifica Hegel con el caso de la amistad[62], en estas relaciones de mutualidad vinculante, las personas experimentan un reconocimiento que los dota de mayor poder de acción. Por tanto, el reconocimiento resulta imprescindible tanto para la formación de la identidad personal como para la integración social, ya que, dichos procesos de reconocimiento aumentan la individualidad de cada persona al mismo tiempo que se incrementa la conciencia respecto de la dependencia hacia otros[63].

En efecto, en *La lucha por el reconocimiento*, Honneth ha señalado exhaustivamente la implicación del desarrollo personal y las relaciones de reconocimiento. A partir de la recuperación de la obra temprana de Hegel en combinación con los estudios de psicología social de Georg Mead, Honneth postula que la formación de la identidad personal depende de la experiencia de reconocimiento intersubjetivo en la cual los sujetos acceden a una autorrelación práctica en la medida en que aprenden a concebirse desde la perspectiva normativa de sus compañeros de interacción[64]. Siguiendo la tripartición hegeliana, el autor indica que persisten tres formas de reconocimiento recíproco vinculadas con los lazos emocionales, el reconocimiento de derechos y la

59. Para ver la crítica de Hegel a la extensión de la noción de contrato para pensar el Estado ver Hegel, G.W.F. *La Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos, 2017, especialmente el §75.
60. La idea del reconocimiento recíproco como necesidad social se puede observar en el §192 de la *Filosofía del Derecho* de Hegel, donde afirma: «Las necesidades y los medios para su satisfacción, como algo realmente existente [*reelles Dasein*], se convierte en un *ser* para *otros*, cuyo trabajo y cuyas necesidades condicionan recíprocamente la satisfacción de aquellas. El carácter abstracto, que se convierte en una característica de las necesidades y de los medios, se convierte también en una característica de las relaciones recíprocas entre los individuos; esta característica general de *ser reconocido* es el momento que convierte su carácter abstracto y aislado en una necesidad, y sus maneras concretas de satisfacerla, en una necesidad *social*», ver Hegel, G.W.F. *La Filosofía del Derecho … op. cit.*
61. Honneth, A. *Crítica…op. cit*, p.236.
62. En este sentido, Hegel añade a su §7: «Esta libertad ya la tenemos nosotros, no obstante, en los sentimientos, por ejemplo, en la amistad y el amor. En estos casos no somos internamente unilaterales, sino que nos limitamos gustosamente a nosotros mismos en la relación con otros, pero en esta relación nos conocemos como nosotros mismos. En esta determinidad, el hombre no tiene que sentirse determinado, sino que al contemplar al otro como otro, es entonces cuando tiene su propio sentimiento de sí mismo», ver Hegel, G. W. F. *La Filosofía del Derecho … op. cit.*
63. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*
64. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*

común orientación de valores, susceptibles de ser encontradas empíricamente en la vida social. Ahora bien, cuando las personas experimentan una falta de reconocimiento o un reconocimiento fallido, surgen formas de menosprecio que afectan a la identidad en su conjunto, ya que, el menosprecio

> no solo representa una injusticia porque perjudica a los sujetos en su libertad de acción o les causa daño; más bien se designa el aspecto de un comportamiento, por el que las personas son lesionadas en el entendimiento positivo de sí mismas que deben ganar intersubjetivamente[65].

Por ello, tal como han sido diferenciadas las formas de reconocimiento, Honneth extiende aquella distinción también a las formas de menosprecio donde se ven dañadas las posibilidades del desarrollo personal. Siguiendo el orden expositivo de Honneth, se procederá a restituir las tres formas de reconocimiento y sus respectivas formas de menosprecio, esta vez, a los fines de observar la vinculación entre el reconocimiento y los procesos de subjetivación.

Por un lado, en la esfera del amor las personas se reconocen entre sí como necesitadas. Allí, al tiempo que adquieren autonomía se saben dependientes de la atención afectiva de otras personas. En la medida en que se cuenta con la seguridad del cuidado amoroso de las propias necesidades, los sujetos desarrollan una autorrelación en la que adquieren la confianza elemental en sí mismas que se requiere para emprender otro tipo de relaciones de reconocimiento. Por eso, para Honneth, la relación de reconocimiento que se experimenta en la esfera del amor

> precede, tanto lógica como genéticamente, a cualquier otra forma de reconocimiento recíproco; aquella fundamental seguridad emocional no solo en la experiencia, sino también en la exteriorización de las propias necesidades y sentimientos […] constituye el presupuesto psíquico del desarrollo de todas las demás avanzadas posiciones de autorrespeto[66].

Por tanto, se produce un doble proceso en el reconocimiento amoroso: por un lado, la entrega libre de la atención y el cuidado y, por otro lado, el establecimiento de un lazo emocional con otra persona. De modo que, no hay percepción de la propia autonomía sin la certeza de contar con alguien que nos cuide. Aquellos sujetos que acceden a la seguridad del cuidado amoroso logran una autoconfianza que los capacita para desenvolverse en diversos ámbitos de la vida social. Ahora bien, esta forma de reconocimiento puede sustraerse por medio de la violencia o la tortura, poniendo en riesgo la integridad física y sumergiendo a las personas en el sentimiento de indefensión frente a la voluntad de los otros. El resultado que se obtiene es la pérdida de aquella confianza que se construye en la esfera del amor[67].

65. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*, p. 160.
66. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*, p.131-132.
67. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*

Por otro lado, la especificidad de la esfera del derecho[68] radica en que allí las personas se reconocen como libres e iguales. Así es que ellas pueden realizar la experiencia de compartir con otros la capacidad de participar en la formación de la voluntad. En tal sentido, dice Honneth: «con la actividad facultativa de la reclamación de derechos al singular se le da un medio simbólico de expresión cuya efectividad social siempre le puede demostrar que encuentra reconocimiento general…»[69]. Es en esta esfera donde el sujeto adquiere el autorrespeto que se desprende de la posibilidad de participar en condiciones de igualdad en la vida pública de la comunidad a la que se pertenece. Sin embargo, son extendidas las formas en que esta posibilidad es negada a diversos grupos sociales: la desposesión de derechos y la exclusión social engendran el sentimiento de no ser considerados del mismo modo que los demás miembros de la sociedad, lo cual conduce a una pérdida del respeto a sí mismo[70].

Finalmente, una última esfera[71]referida al reconocimiento de las facultades y cualidades de las personas y la valoración social que se hace de ellas. Si en la esfera del derecho el reconocimiento se brindaba en tanto seres iguales, aquí se reconocen las diferencias y, esto solo puede realizarse en un marco social de objetivos y valores comunes, es decir, en un marco cultural compartido[72]. Luego, Honneth indica que este tipo de relaciones se encuentran signadas por la solidaridad, ya que, la realización de las propias metas –socialmente valiosas– depende de que otras personas con cualidades diferentes también logren llevar a cabo las suyas. Y, de ese modo, se realizan los objetivos que les son comunes. Por eso, «todo sujeto, sin escalonamientos, tiene la oportunidad de sentirse en sus propias operaciones y capacidades como valioso para la sociedad»[73]. Toda vez que se logra este reconocimiento, tiene lugar el desarrollo de la autoestima, ya que, allí se experimenta la valoración social de sus capacidades. No obstante, ante la negación o desvalorización de los modos de vida individuales o colectivas se produce una forma de menosprecio que genera la pérdida de la autoestima, dado que el sujeto o el grupo que lo sufre no logra atribuirse positivamente su modo de vida[74].

Es preciso señalar el fundamental papel de estos sentimientos negativos. Para Honneth, allí radica la posibilidad de dar comienzo a una lucha por el reconocimiento:

> Toda reacción negativa de sentimiento que penetra con la experiencia de un desprecio de las pretensiones de reconocimiento contiene en sí de nuevo la posibilidad que al sujeto

68. Honneth aclara que se referirá al derecho moderno, signado por la libertad y la igualdad entre las personas, ver Honneth, A. *La lucha … op. cit.*
69. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*, p. 147.
70. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*
71. Aunque el sentido conceptual se mantiene, Honneth ha variado en la nominación de esta última esfera en sus trabajos posteriores, pero no ha detallado las razones de esos cambios.
72. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*
73. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*, p. 159.
74. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*

> concernido se le manifieste la injusticia que se le hace y se convierta en motivo de resistencia política[75].

Así, Honneth concluye que la justicia social no se trata solo del otorgamiento equitativo de las libertades individuales, sino que se trata de una facilitación de la participación igualitaria en las relaciones de reconocimiento que, como se ha demostrado, son constitutivas de la identidad personal[76]. Es más, para el autor, esta es la razón por la cual la justicia social importa. En sus palabras:

> Interpreto que la razón por la que debemos interesarnos por establecer un orden social justo es que solo en estas condiciones los sujetos pueden alcanzar la relación menos dañada[77] posible consigo y, por tanto, la autonomía individual[78].

De esta manera, Honneth entrelaza los procesos de subjetivación con las relaciones de reconocimiento recíproco y la justicia social, dando lugar a una potente teoría social normativa, especialmente, para nuestras coordenadas latinoamericanas donde la justicia social como reconocimiento de las diversas esferas de la vida ha jugado un papel protagónico en los procesos de ampliación de derechos.

Es cierto que Honneth ha dedicado sus primeras reflexiones a los modos en que los sujetos buscan autorrealizarse y la base de sus motivaciones para luchar por ello[79], sin embargo, este último tiempo el autor se ha detenido en las condiciones institucionales que hacen posible aquella autorrealización[80]. Es que, solo en las condiciones adecuadas puede el sujeto realizarse como tal. A partir de lo dicho se podría afirmar la exigencia de atender ambos aspectos simultáneamente: las luchas que empujan los límites del reconocimiento, permitiendo una autorrealización cada vez más cabal de las personas y, al mismo tiempo, la institucionalización de los reconocimientos conquistados. Ninguna de ellas por separado logra dar cuenta de la realización de la justicia social: la realización de la justicia social requiere lucha e institucionalización[81].

Por otra parte, interesa aquí la propuesta de Judith Butler que, si bien no ha desarrollado una teoría de la justicia de forma explícita, se pueden encontrar referencias a la justicia social como una lucha por los derechos signada por el carácter interdependiente

75. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*, p. 169.
76. Honneth, A. *Crítica … op. cit.*
77. En este punto resulta difícil no remitir a Adorno, T. *Mínima Moralia. Reflexiones desde la vida dañada*. Madrid: Ediciones Akal, 2017; ya que Honneth ha dedicado buena parte de sus trabajos al pensamiento adorniano como se puede ver en Honneth, A. *Crítica del poder. Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*. Madrid: Mínimo Tránsito, 2009. Y también en Honneth, A. La justicia en ejecución. La «Introducción de Adorno a la *Dialéctica Negativa*. *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la teoría crítica*. Buenos Aires: Katz Editores, 2009.
78. Honneth, A. La cuestión del reconocimiento: réplica a la réplica. Fraser, N. y Honneth, A. ¿Redistribución o reconocimiento? … *op. cit.*, p. 192.
79. Honneth, A. *La lucha … op. cit.*
80. Honneth, A. *El derecho de la libertad … op. cit.*
81. Toninello, E. Lucha e institucionalización: dos dimensiones de la justicia social como reconocimiento en el pensamiento de Axel Honneth. *Nuevo Itinerario*, 17, (2), pp. 92-126, 2021.

de todo lazo social. Por caso, en *Cuerpos aliados y lucha política*[82] puede leerse que la lucha por la justicia social requiere de la alianza entre las poblaciones afectadas por la precariedad[83]. La apuesta de Butler por la acción aliada supone que los diversos colectivos pueden articularse a efectos de emprender una lucha generalizada contra la precariedad con el objetivo de exigir vidas más vivibles. El punto de partida de esta afirmación es la interdependencia entre las personas: para Butler, nadie puede desarrollarse sin el apoyo de otra persona, es decir, que toda acción es una acción apoyada[84]. El modo en que el carácter interdependiente de las personas afecta a la vida, puede encontrarse también en *Marcos de guerra*[85], donde indaga sobre el modo en que las normas existentes asignan reconocimiento de forma diferencial y afirma la necesidad de encontrar una manera más incluyente e igualitaria de reconocer la precariedad, inherente a toda vida humana.

Bajo la pregunta sobre la distribución diferencial de la precariedad y las condiciones en que una vida es considerada como vivible o no, podríamos descifrar en Butler una preocupación por el carácter justo o injusto del orden social existente. Se puede observar entonces el solapamiento entre la pregunta por la justicia de los ordenamientos políticos y los procesos de subjetivación, tema que la autora ha estudiado cuidadosamente[86].

La noción de abyección elaborada por Butler podría iluminar la vinculación antes señalada entre norma reguladora, constitución subjetiva y justicia social, ya que con ella la autora pone de relieve aquella matriz excluyente por medio de la cual se producen seres que no son considerados «sujetos», quienes habitan zonas «invivibles», «inhabitables» de la vida social y que, sin embargo, circunscriben la esfera de los «sujetos». En sus palabras: «el sujeto se constituye a través de la fuerza de la exclusión y la abyección, una fuerza que produce un exterior constitutivo del sujeto…»[87]. Es decir, para que un sujeto pueda ser considerado tal se precisa un límite que señale quienes caen dentro de esa definición y quienes están por fuera de ella. Uno de los principales objetivos de Butler ha sido problematizar el modo en que esa línea demarcatoria es dibujada y qué efectos produce ese trazado. Por esa razón, se postula como tarea la politización de la abyección que implica emprender un esfuerzo por reescribir la historia de aquellos

82. Butler, J. *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2017.
83. Vale aclarar que precariedad puede decirse de dos maneras en inglés: por un lado, *precariousness* hace referencia a aquella condición compartida por todos los seres humanos vinculada con la inevitable exposición a accidentes o enfermedades que pueden terminar con nuestra vida; si se quiere, se trata de una condición ontológica: toda vida humana es precaria por definición. En cambio, *precarity* se refiere a la condición políticamente inducida por la cual algunas poblaciones se encuentran más expuestas a los riesgos, las injusticias, la violencia y la muerte. Este tipo de precariedad, que es política, se encuentra desigualmente distribuida entre las poblaciones, y sobre ella se centra Butler en este texto.
84. Butler, J. *Cuerpos Aliados … op. cit*.
85. Butler, J. *Marcos de guerras. Las vidas lloradas*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2010.
86. Ver Butler, J. *Mecanismo psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*. Madrid: Ediciones Cátedra, 2016.
87. Butler, J. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del «sexo»*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 2010, p. 20.

términos que producen exclusiones y elaborar resignificaciones que subviertan sus sentidos, habilitando la creación de una comunidad «en la que no sea tan difícil sobrevivir»[88].

En tal sentido, Butler afirma que «los sujetos se constituyen mediante normas que, en su reiteración, producen y cambian los términos mediante los cuales se reconocen»[89]. Es así que, Butler sostiene la exigencia de cuestionar los marcos de reconocimiento bajo los cuales las vidas pueden ser reconocidas como tales y postula la necesidad de su revisión a efectos de producir una expansión democrática sobre lo que se considera una vida digna de ser vivida. Resulta ineludible señalar que aquí yace su punto de vista normativo, cuando sostiene: «debería haber una manera más incluyente e igualitaria de reconocer la precariedad»[90]. De la consideración acerca de que la precariedad es una condición que debe ser reconocida de una forma cada vez más amplia podría emerger un principio de justicia.

En su examen de las normas que hacen posible una vida y, más aún, las normas que vuelven inteligible aquello que se considera humano −preocupación permanente de la autora, al menos desde *El género en disputa*[91]− Butler postula como punto de partida la idea foucaultiana de un poder regulador que informa y excede a la ley. En tal sentido, en *Deshacer el género* afirma que

> La justicia no es solo o exclusivamente una cuestión de cómo se trata a las personas o de cómo se constituyen las sociedades. También atañe a las decisiones, y a sus consecuencias: qué es una persona y qué normas sociales debe respetar y expresar para que se le asigne tal cualidad, cómo reconocemos o no a los otros seres vivientes como personas dependiendo si reconocemos o no la manifestación de una cierta norma en y a través del cuerpo del otro[92].

Por tanto, la inteligibilidad humana depende estrechamente de lo que las normas permiten que sea reconocido. Por este motivo es que su revisión, resignificación y subversión resultan cruciales para cualquier proyecto democrático. De modo que, para Butler la justicia social se trataría de la evaluación permanente de las normas reguladoras que constituyen los marcos de inteligibilidad y que, de esa manera, configuran las condiciones en las cuales los sujetos pueden devenir y ser reconocidos como tales.

En estas dos aproximaciones al problema de lo justo a partir de una reflexión acerca de los procesos de subjetivación, Honneth y Butler ponen de manifiesto la importancia radical que la justicia social tiene en la vida en común: solo en condiciones justas puede un sujeto devenir libre. Tal como ha señalado Eduardo Assalone, «ambos filósofos comparten la idea hegeliana de que la constitución de la subjetividad demanda la satisfacción de ciertas condiciones entre las cuales la mediación de las normas sociales

88. Butler, J. *Cuerpos que importan … op. cit.*, p. 47.
89. Butler, J. *Marcos de guerra … op. cit.*, p. 17.
90. Butler, J. *Marcos de guerra … op. cit.*, p. 29. Sobre la normatividad de la propuesta butleriana, también se puede consultar Butler, J. *Cuerpos que importan … op. cit.*
91. Butler, J. *El género en disputa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós Editorial, 2018.
92. Butler, J. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós Editorial, 2017, p. 90.

es una de las más destacadas»[93]. En suma, si importa la libertad y la igualdad, entonces importa pensar los marcos institucionales, las normas y las prácticas políticas y sociales en las cuales los sujetos despliegan sus vidas: si importa la libertad y la igualdad, no puede dejar de importar la justicia social.

CONCLUSIÓN

A modo de cierre se podría sostener que, si bien las teorías de la justicia social hoy han formulado respuestas plurales sobre los mejores modos del ordenamiento social, que se extienden desde la distribución de los bienes a las formas más justas de reconocimiento social, o bien, desde los procedimientos bajo los cuales se organizan las instituciones sociales hasta las normas por las cuales una vida es vivible, sin embargo, se ha visto que las respuestas unívocas a esta problemática resultan siempre insuficientes. Por ello, este trabajo ha intentado atender dos respuestas tentativas que, por su carácter impuro, logran un abordaje tenso de la justicia social. Tanto la consideración de la justicia social como problema permanente como la idea de la justicia social como proceso de subjetivación han ofrecido aportes centrales para la reflexión teórico-política. Por ello es que este escrito se ha esforzado por su articulación.

En primer lugar se ha demostrado que, aún desde perspectivas heterogéneas, es posible sostener que la justicia social persiste como un problema político. Allí se deja ver que la permanencia de un problema no implica la fijación de sus respuestas, por el contrario, podría propiciar un movimiento que favorezca la expansión democrática en nuestras sociedades.

En segundo lugar, a partir de la identificación de la pregunta que ha signado las reflexiones sobre la justicia social en la actualidad, ¿redistribución o reconocimiento?, se ha puesto en evidencia el modo en que las condiciones y prácticas sociales y las instituciones políticas juegan un papel protagónico en los ordenamientos socialmente justos.

Por último, y como consecuencia del debate que le dio centralidad a las condiciones sociales y políticas en las que una sociedad realiza la justicia social, se ha demostrado que los procesos de subjetivación se encuentran estrechamente entrelazados a las experiencias de justicia o injusticia a las que los sujetos pueden estar expuestos. Por ello, atender los modos de subjetivación se ha vuelto crucial para la configuración de un orden social justo.

En suma, este recorrido permitiría sostener que en la actualidad, la justicia social se constituye como un problema permanente al ser inmanente a los procesos de subjetivación que son, por definición, siempre abiertos. En otras palabras, la permanencia del problema de la justicia refiere a la apertura de los procesos de subjetivación. En efecto,

93. Assalone, E. *La mediación ética. Estudio sobre la Filosofía del Derecho de Hegel.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Llanes Ediciones, 2021.

no se puede pensar la justicia social sin pensar el problema del sujeto y sus condiciones de existencia. Sin embargo, no se puede pensar el problema del sujeto sin pensar la justicia de las condiciones donde lleva adelante su vida. En definitiva, justicia social y subjetividad se anudan como un problema permanente que exige respuestas políticas.

BIBLIOGRAFÍA

Adorno, T. (2013). Lección 2. *Introducción a la dialéctica*. Buenos aires: Eterna Cadencia Editora.

Adorno, T. (2017). *Mínima Moralia. Reflexiones desde la vida dañada*. Madrid: Ediciones Akal.

Assalone, E. (2021). *La mediación ética. Estudio sobre la Filosofía del Derecho de Hegel.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Llanes Ediciones.

Benhabib, S. (2005). *Los derechos de los otros*. Barcelona: Editorial Gedisa.

Butler, J. (2018). *El género en disputa*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Paidós Editorial.

Butler, J. (2017). *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Butler, J. (2017). *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós Editorial.

Butler, J. (2016). *Mecanismo psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Butler, J. (2010). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del «sexo»*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Butler, J. (2010). *Marcos de guerras. Las vidas lloradas*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Butler, J. (2010). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del «sexo»*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Butler, J. y Fraser, N. (2000). ¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo. Madrid: Editorial Traficantes de sueños.

Butler, J., Laclau, E., Zizek, S. (2011). *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Cassin, B. (2019). *Diccionario de los intraducibles*. México: Siglo XXI Editores.

Cohen, G. (2011). *On the currency of egalitaarian justice, and other essays in political philosophy*. Princeton-Oxford: Princeton University Press-Oxford University Press.

Duso, G. (1998). «Historia conceptual como filosofía política». *Res publica*, 1.

Fraser, N. (2019). ¡*Contrahegemonía ya!* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina.

Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia*. España: Herder Editorial.

Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Fraser, N. y Honneth, A. (2006). *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata.

Gargarella, R. (1997). John Rawls, «Political Liberalism», y sus críticos, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 20, pp.391-410.

Habermas, J. (1998). «Reconciliación mediante el uso público de la razón. En Rawls, John y Habermas, Jürgen». *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Ediciones Paidós.

Hegel, G. (2017). *La Filosofía del Derecho*. Madrid: Editorial Tecnos.

Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*. Buenos Aires: Katz Editores.

Honneth, A. (2009). *Crítica del agravio moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Honneth, A. (2009). *Crítica del poder. Fases en la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*. Madrid: Mínimo Tránsito.

Honneth, A. (2009). *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la teoría crítica*. Buenos Aires: Katz Editores.

Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica.

Ikäheimo, H., Lepold, K. y Stahl, T. (ed.), (2021). *Recognition and ambivalence*. Nueva York: Columbia University Press.

Lizárraga, F. (2014). «La estructura básica rawlsiana, la fraternidad y el principio aristotélico». *Tópicos. Revista de Filosofía*, 46, pp. 51-73. México.

Macintyre, Adair. (1987). *Tras la virtud.* Barcelona: Crítica.

Mouffe, C. (2014). *Agonística.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Nagel, T. (1991). *Equality and Partiality*. Nueva York: Oxford University Press.

Nosetto, L. y Wieczorek, T. (2020). Métodos de teoría política. Un manual. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Gino Germani. UBA.

Nozick, R. (1999). *Anarchy, State and Utopia*. Gran Bretaña: Blackweel, Oxford UK & Cambridge USA.

Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia.* Barcelona: Ediciones Paidós.

Pogge, T. (1989). *Realizing Rawls*. Nueva York: Cornell University Press.

Rawls, J. (2018). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sandel, M. (2013). *El liberalismo y los límites de la justicia.* Barcelona: Editorial Gedisa.

Seleme, H. (2004). *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales.

Strauss, L. (2014). ¿Qué es la filosofía política? y otros ensayos. Madrid: Alianza Editorial.

Tassin, E. (2012). De la subjetivación política. Althusser/Rancière/ Foucault/Arendt/ Deleuze. *Revista de Estudios Sociales*, 43, pp. 36-49.

Toninello, E. (2021). «Lucha e institucionalización: dos dimensiones de la justicia social como reconocimiento en el pensamiento de Axel Honneth». *Nuevo Itinerario*, 17, (2), pp. 92-126.

Walzer, M. (2015). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica.

Young, I. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 389-414
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.14

La brecha salarial de género ante la razón crítica del liberalismo económico

The Gender Wage Gap in View of the Critical Reason of Economic Liberalism

Óscar Fernández Márquez

Autor:
Óscar Fernández Márquez
Universidad de Oviedo, España
marquez@uniovi.es
https://orcid.org/0000-0001-6442-1101

Recibido: 09/07/2022
Aceptado: 25/01/2023

Citar como:
Fernández Márquez, Óscar (2024). La brecha salarial de género ante la razón crítica del liberalismo económico *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 389-414. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.14

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Óscar Fernández Márquez

Resumen

Uno de los frentes activos candentes de la política social de las democracias capitalistas en los últimos años ha venido siendo sin duda la lucha contra la discriminación por motivos de género. En España, la llamada «brecha salarial» constituye acaso la expresión más pujante del referido compromiso de los poderes públicos con la protección de los derechos de las mujeres, a través de la intervención del mercado –y de la sociedad civil misma– con objeto de corregir sus naturales inclinaciones o distorsiones machistas y discriminatorias. En efecto, la propuesta *brechista* acerca de las remuneraciones laborales, a la que no falta sin duda fundamento real, pues no cabe negar que las mujeres cobran menos que sus congéneres masculinos al vender su energía profesional en el mercado de trabajo, ha irrumpido con gran fuerza en la sociedad española. De hecho, se ha expandido sin apenas resistencia en ciertos ámbitos de conocimiento históricamente caracterizados por el compromiso con la causa de los trabajadores más débiles y las personas necesitadas, orillando todo atisbo de argumento crítico o de simple contemplación del fenómeno de las diferencias salariales de una forma alternativa, desde una perspectiva menos directa –más de rodeo o largo alcance– y por ello no intuitiva o autoevidente, aunque no necesariamente falta de verdad ni insensata o descabellada. Este punto de vista alternativo –más distante, contraintutivo, decimos– es el que ofrece la crítica liberal-económica de la brecha salarial, en cuyo contexto –de razones de *libre mercado*– ésta termina quedando reducida a un «pseudo-problema» que no puede llegar a justificar la sobre-reacción que el Estado ha expresado en medidas de intervención del mercado y la sociedad tan intensas como las que se han venido practicando –y se proyecta practicar– efectivamente, sea en forma de acciones políticas, sea

en forma de cambios en el sistema regulatorio (cuotas, regulaciones salariales, permisos para atender cargas familiares, etc.).

Palabras clave: brecha salarial; discriminación; eficiencia económica; feminismo; género; igualdad retributiva; internalización de costes; libre mercado; preferencia económica; riesgo de agencia; teoría subjetiva del valor; teoría del valor trabajo; trabajo de igual valor.

Abstract

One of the active fronts of the social policy of democratic capitalist societies in recent times has been the fight against professional discrimination for reasons of gender. In Spain, the so-called «wage gap» is perhaps the most powerful manifestation of the aforementioned commitment of the public authorities to the protection of women's rights, through the intervention of the market –and of civil society itself– in order to correct their natural sexist and discriminatory inclinations or distortions. Indeed, the «*gapist*» proposal regarding labor remuneration, which is certainly not lacking in real foundation, since it cannot be denied that women earn less than their male counterparts when they sell their professional energy in the labor market, has penetrated with great strength in Spanish society. In fact, it has spread with hardly any resistance in certain fields of knowledge historically characterized by commitment to the cause of the weakest workers and those in need, leaving aside any hint of critical argument or simple contemplation of the phenomenon of wage differences in a alternative way, perhaps less intuitive but more rational, from a more roundabout or far-reaching perspective, in any case less direct and therefore much less clear or self-evident, but not necessarily untrue or preposterous. This more distant point of view –counterintuitive– is the one offered by the liberal-economic critique of the wage gap, in whose context –of *free market reasons*– it ends up being reduced to a «pseudo-problem» that cannot come to justify the over-reaction that the State powers expresses in market and society intervention measures as intense as those that have been practiced –and are planned to be practiced– effectively, either it in the form of political actions or in the form of changes in the legal system (quotas, salary regulations, permits to care for family responsibilities, etc.)

Keywords: agency risk; discrimination; economic efficiency; economic preference; equal pay; feminism; free market; gender; internalization of costs; labor theory of value; subjective theory of value; wage gap; work of equal value.

INTRODUCCIÓN

Ciertamente, el «fenómeno» es claro, mas no su «porqué»: las mujeres trabajadoras cobran sin duda menos que sus congéneres masculinos, pero no es tan evidente que ello obedezca a causas discriminatorias, como se defiende desde los postulados de la brecha de género. Esta es al menos la tesis que se propugna por los partidarios del –hoy pugnante– liberalismo, que ha venido a disputar la propuesta *brechista* entendiendo que la consideración de la más baja remuneración de las mujeres como pura expresión de discriminación es –como sucede en el mito de la caverna platónica– más «apariencia» que «verdad», es decir, un simple efecto de lo que acontece cuando el juicio se deja llevar por lo que se ve a simple vista, prescindiendo de lo que subyace o está por detrás o velado, como

también apuntara Bastiat (si no es que estamos ante un enmascaramiento ideológico de la realidad mediante la fabricación de un relato interesado con fines espurios: dividir la sociedad creando artificialmente conflictos, constituir pretextos para la intervención pública de los asuntos privados, mantener la razón de ser de determinadas estructuras de poder que extraen sus rentas a partir de unos impuestos que quedan justificados por la supuesta necesidad de estas actuaciones públicas, etc). Sea como fuere, no puede negarse que la crítica liberal de la brecha salarial aporta argumentos serios y de mucho peso, elaborados además en el seno de un sistema de pensamiento que no es ni mucho menos improvisado y que por otra parte ha demostrado una gran capacidad de penetración en el análisis de los problemas económicos, de modo que no pueden despreciarse o dejarse de lado sin más en este debate las objeciones que los liberales formulan contra la teoría de la brecha salarial.

Por ello, nos ocuparemos en este trabajo de dar cuenta de estas objeciones, que principalmente vienen a cifrarse, como veremos, en que, para empezar, no es verdadero –o no está demostrado– el *diagnóstico* que desde la brecha salarial se hace de que las diferencias de retribución entre mujeres y hombres sean discriminatorias (en el sentido de una menor retribución categórica o general de las mujeres sólo causada por la condición femenina de las trabajadoras y en contra de su voluntad), y en que, por consecuencia, no es acertada tampoco –por pura coherencia o efecto arrastre del mal diagnóstico de partida– la *terapia* que se propone a tales efectos, consistente en programas públicos de reeducación en perspectiva de género, introducción de acciones positivas, implementación de planes de igualdad, etc. Según el liberalismo, este tipo de soluciones, propuestas desde falsas –o al menos no acreditadas– premisas, no sólo dañarán efectivamente la libertad de los individuos (incluidas las mujeres) y el principio de igualdad ante la ley (la fundamental garantía de isonomía o igualdad formal), sino que tendrán costes en términos de distorsión de los mecanismos espontáneos de asignación y reasignación de recursos (tanto en el mercado, mediante la alteración de la formación de los precios, como incluso dentro de la familia, en la distribución de las cargas domésticas entre mujeres y hombres), provocando en todo caso también cargas sobreañadidas de gestión que no pueden subestimarse (públicas, pero también privadas, en el ámbito de las empresas, a las que no les sale gratis implementar las medidas antibrecha impuestas desde los poderes del Estado).

Para la crítica liberal sería por tanto mejor dejar este «pseudoproblema» sin arreglar –porque realmente no existe, o al menos no con la magnitud con la que se presenta desde los postulados de la brecha de género, precisamente para justificar las referidas medidas de intervención pública–, llegando incluso a afirmar que si de hecho no sucede así, esto es, si no se deja de postular que estamos ante una cuestión real y acuciante que reclama medidas de ajuste inmediatas y contundentes, acaso sea porque, como ya hemos dicho, haya intereses vivos de determinados colectivos o grupos a quienes convenga entender que los hombres y las mujeres constituyen clases o géneros enfrentados en un eterno conflicto del que habría derivado históricamente un resultado asimétrico de

sujeción de las mujeres al poder o dominación de los hombres, resultado anti-igualitario que habría que revertir con acciones públicas correctoras, pues el ajuste no podría producirse mediante una autoejecución automática o espontánea, en la sociedad o en el mercado, sino que reclamaría la intervención de un tercero, el Estado, y más concretamente del ejercicio del poder político. Y, como ya se ha dicho, en la implementación pública de estas medidas –afirma el liberalismo– estarían involucradas unas estructuras de poder (políticas, burocráticas, funcionariales) que en todo caso obtendrían soporte precisamente a partir de la gestión de las aludidas medidas públicas antidiscriminatorias. Estos intereses, en sinergia con los de ciertos lobbies o movimientos intelectuales o ilustrados con presencia pública o mediática que, por unas u otras razones, a veces puramente estéticas o sentimentales, habrían tomado partido por esta causa (divulgadores, periodistas, escritores, artistas), o en todo caso con ideologías o partidos que hacen bandera de este discurso por el gran rendimiento que tiene en el juego político-electoral de la lucha por el poder (feministas, nuevas izquierdas), es lo que para la crítica liberal explicaría la presencia de la pseudo-problemática de la brecha salarial en el horizonte de la actualidad inmediata.

1. ¿ES *PAREIDOLIA* LA DISCRIMINACIÓN SALARIAL DE GÉNERO POR EL DESEMPEÑO DEL MISMO TRABAJO?

Está fuera de cuestión que hombres y mujeres perciben en España remuneraciones distintas en el trabajo. Las estadísticas muestran de manera incontrovertible que la masa salarial de los trabajadores varones rebasa ampliamente a la de las mujeres con independencia del criterio de medición que se adopte. Así, si sumamos los salarios de los trabajadores españoles desagregados por sexos, resulta claramente que las cifras salariales de los hombres superan globalmente las de las mujeres, y si ajustamos *per capita* la distribución de ingresos, para evitar la distorsión que pudiera deberse a las diferentes cifras poblacionales de uno y otro colectivo, dividiendo la masa salarial de cada uno entre el número de sujetos o individuos activos que lo conforman, resulta igualmente que los hombres cobran de media más salario que las mujeres, situándose el diferencial más o menos en torno al 22% de la retribución bruta promedio. Análogo, aunque no tan abultado (15%), es el resultado si la diferencia se mide en términos de salario/hora, simplemente dividiendo la retribución de las mujeres y los hombres –el salario medio *per capita* de cada colectivo– entre el número medio de horas trabajadas también *per capita* por cada uno de ellos, con objeto de incorporar en el cálculo el factor, ni mucho menos despreciable, de que las mujeres dedican de hecho menos tiempo que los hombres a las ocupaciones profesionales, al consumir buena parte de sus energías en las tareas domésticas y en el cuidado de la familia (es lo que se conoce como «brecha cuantitativamente ajustada»).

La interpretación en perspectiva de género de estos resultados o cifras estadísticas, definitivamente implantada en el *mainstream* de la teoría canónica de las relaciones de trabajo, y también en las normas laborales y la ideología en la que este tipo de normas aparecen envueltas, sostiene que las diferencias remuneratorias que tales cifras arrojan carecen de justificación, y más precisamente, avanzando un paso más –de la ignorancia a la certeza, por vía presuntiva–, que constituyen verdadera discriminación por razón de género. En efecto, no es sólo que las diferencias remuneratorias de referencia carezcan *prima facie* de justificación, lo que simplemente supone que en principio ignoramos la circunstancia a la que obedecen las mismas, si es que tienen que obedecer a alguna relevante en términos de justicia, pues la diferencia podría, al menos teóricamente, obedecer simplemente al puro efecto de «artefacto estadístico» –*apofenismo*– que conlleva cualquier análisis *monovariable* de datos (*vgr*., si dividimos una población estadística en dos cohortes utilizando un criterio puramente aleatorio, las personas de ojos negros y las personas de ojos azules, es casi seguro que los salarios no serán los mismos en cada colectivo, y esta diferencia salarial *no justificada* materialmente, porque el criterio es puramente formal, no la convierte en *discriminatoria* o *injusta*); es que la interpretación de las diferencias salariales hombre/mujer en perspectiva de género dice saber cuál es exactamente la causa, puramente discriminatoria, a la que responden las mismas: y es que las mujeres cobrarían menos no sólo por trabajar (cuantitativamente) menos tiempo –o por desempeñar trabajos peor pagados, luego nos ocuparemos de este aspecto (cualitativo) de las diferencias salariales entre mujeres y hombres– sino, sobre todo, y es aquí donde radicaría la discriminación, por su simple condición de mujeres, aún realizando el mismo trabajo (en calidad y cantidad) que el que desempeñan los hombres. Las empresas, dicho de otro modo, y en general el mercado *sensu composito* o agregadamente, pagarían a las mujeres salarios más bajos que a los hombres en iguales condiciones de productividad y ello obedecería a razones discriminatorias al basarse en determinados sesgos o prejuicios injustificados, en todo caso también injustos y odiosos, de las empresas, que simplemente estarían por cierto incorporando en sus decisiones salariales la discriminación –transversal– de género social y culturalmente implantada (en la psicología y la estética personal, el lenguaje, las costumbres, en el arte, etc).

Son dos realmente las consideraciones de la discriminación en las que se se apoya la teoría de la brecha salarial, y que conviene distinguir, relacionada la primera con la afirmación de que las mujeres cobran menos por el mismo trabajo, y la segunda con que cobran menos porque desempeñan efectivamente trabajos distintos y peor remunerados en el mercado, o a veces ni siquiera remunerados –se dice–, como acontece en el t*rabajo autístico familiar* (según la expresión de Mises). En el primer caso la discriminación sería pura o directamente salarial, pues consistiría como hemos visto simplemente en cobrar menos por la realización del mismo trabajo, y con idéntico rendimiento, que realizan los trabajadores varones, de modo que la misma se expresaría derecha e inmediatamente a través del salario. En el segundo, la discriminación retributiva sería una suerte

de expresión indirecta –*epifenómeno*– de una subyacente y más radical discriminación laboral, entendida como distinta (menor) presencia injustificada de las mujeres en los sectores, profesiones o puestos de trabajo más cualificados y consiguientemente mejor remunerados. En este caso la discriminación salarial –refleja, mediata, derivada– no sería fruto ya de una decisión personal sesgada y odiosa del empleador, o quien corresponda, sino de la posición social de condena de la mujer al desempeño de las tareas domésticas y familiares –el llamado trabajo reproductivo–, que llevaría a la misma a tener que sacrificar sus expectativas profesionales optando por trabajo a tiempo parcial y por puestos o tareas profesionalmente menos comprometidas (y por tanto peor pagadas) debido a la necesidad de conciliar la carga de actividad doméstica que la cultura patriarcal le impone con sus obligaciones profesionales. Mientras que en el primer caso, el de la discriminación salarial inmediata, la fuente de la misma sería la decisión de alguien o algo ajeno a la mujer misma, en el segundo caso, el de la discriminación salarial refleja, la fuente sería más bien la propia idiosioncrasia cultural o social de la mujer, de modo que no procedería de una fuerza ajena o extraña a la trabajadora sino más bien de ella misma, en cuanto determinada por ciertas inercias socioculturales de carácter impersonal que la llevarían a asumir –alienada– el trabajo del hogar, renunciado –sin libertad genuina– a su verdadera voluntad de realizarse profesionalmente.

Frente a la primera definición de la brecha salarial –la que entiende el *gap* retributivo hombre/mujer como consecuencia de una decisión sesgada o caprichosa del empleador (y el mercado), que por un prejuicio sexista, o simplemente por gusto (*taste discrimination*), opta por pagar por el mismo trabajo un salario más bajo cuando no son hombres sino mujeres quienes lo realizan–, sostienen los partidarios del liberalismo económico que las empresas deben ser vistas principalmente como agentes económicos, y que en este contexto –de *homo economicus*– queda poco espacio para explicar las decisiones que toman en términos de prejuicios, gustos, caprichos o veleidades. Descontado por supuesto que los empresarios –y aquí el tamaño y el tipo de la organización, más o menos personal, ya podría empezar a marcar diferencias, como veremos– no viven ajenos a la cultura que los envuelve, que forzosamente prefigura su pensamiento, y que no pueden sustraerse tampoco desde luego a los sesgos cognitivos que siempre condicionan sus decisiones («disponibilidad», «halo», «anclaje», «*priming*», según revela la psicología cognitiva y conductual), la teoría liberal económica entiende que las empresas orientan su actividad y sus decisiones no exclusiva pero sí principalmente en virtud de criterios de mercado. Después de todo, la razón de ser de las mismas es la ganancia y el enriquecimiento, por lo que parece obvio que la clave explicativa fundamental de sus decisiones ha de ser necesariamente económica: minimizar los costes y maximizar los beneficios de sus actuaciones. Esta es de hecho la premisa básica de la ciencia económica, pues sólo si se parte de que las empresas –los individuos y agentes del mercado en general– deciden según criterios de coste/beneficio –definibles además en los términos objetivos y cuantificables que resultan del sistema de precios– es posible el cálculo económico y la previsión de las conductas de los individuos en sus transacciones. Admitir

de hecho que el cálculo económico no está en el centro de la explicación de las decisiones de mercado de los individuos y las empresas, y que estas obedecen ante todo a factores o sesgos cognitivos de difícil exploración, aparte de reducir la capacidad explicativa y predictiva del modelo de conocimiento, por la dificultad de generalizar los sucesos y hallar regularidades compatibles con leyes explicativas, produciría además de paso el deslizamiento desde la economía, como ciencia de la decisión eficiente, hacia el terreno de la psicología, y de este modo el desvanecimiento de aquella como explicación de las conductas humanas según criterios de cálculo de los costes y beneficios de las decisiones de cambio de recursos en el mercado, de acuerdo con las referencias cuantitativas que ofrecería el sistema de precios.

Quiere esto decir que si las empresas, como agentes esencialmente económicos que son, deciden al intercambiar recursos en el mercado de acuerdo sobre todo con criterios de lógica económica, buscando siempre maximizar las ganancias y minimizar las pérdidas potencialmente asociadas a cualquier transacción, no parece que tenga mucho sentido que opten por pagar más a un trabajador o conjunto de trabajadores –los hombres– por el mismo trabajo que desempeñarían las mujeres a costes más bajos. Ciertamente, no cabe descartar que esta situación pueda darse *eventual* o *episódicamente*, como consecuencia precisamente del juego de los sesgos cognitivos y prejuicios estereotípicos que siempre presionan y moldean, psicológica y sociológicamente, las determinaciones humanas, pero procede afirmar que, *típica* o *categóricamente*, al menos conforme a las premisas del liberalismo económico, lo más adecuado será pensar que la empresa –el mercado– tenderá a fijar el salario de los trabajadores de acuerdo con criterios (coste/beneficio) de racionalidad económica, y que por ello no tiene sentido pagar más a los hombres por el mismo trabajo que pueden hacer las mujeres a costes más bajos, como afirma la definición de la brecha salarial en esta primera acepción que ahora tratamos. Con los condicionantes cognitivos y culturales a los que hemos hecho referencia, dentro de los límites de la escala temporal, necesariamente finita (meses, años, quinquenios, generaciones), en la que siempre discurren las acciones y decisiones humanas, y descontando también que los agentes económicos –las empresas, en nuestro caso– actúan o toman decisiones económicas siempre con el apremio o urgencia que marca el ritmo de la competitividad del mercado, a la luz de la información siempre limitada e imperfecta de la que disponen, con un conocimiento parcial e inacabado de los factores relevantes para cada situación, parece en efecto inobjetable que en términos *praxeológicos* –de teoría *a priori* de las preferencias humanas– no tiene lógica pagar más por menos –pagar más a los hombres cuando podría pagarse menos a las mujeres por el mismo trabajo–, de la misma manera que, pongamos por caso, no tendría sentido hacer algo –acometer una operación, efectuar una transacción– cuando con ello no se esperase obtener más satisfacción que insatisfacción o perjuicio (en virtud de un cálculo proyectivo o propositivo realizado antes de emprender la acción), o que no lo tendría consumir o sacrificar medios o recursos escasos para la consecución de fines u objetivos menores, situados en segundo o tercer orden en escala de preferencias del

sujeto operatorio por debajo de otros fines u objetivos de orden superior que a resultas de tal opción quedan insatisfechos.

Es más, si la cuestión se contempla *sensu composito* o en términos de *dinámica de mercado*, no de la racionalidad (o irracionalidad) económica de la singular *preferencia subjetiva* (contra-praxeológica) que expresa la empresa al contratar hombres a costes más altos en vez de mujeres a costes más bajos, vuelve a quedar claro desde la teoría liberal económica que optar por pagar salarios más altos a los hombres que a las mujeres por el mismo trabajo no es en absoluto tampoco una solución económicamente racional. El motivo, dinámico ahora como apuntamos, no sería otro que la concurrencia en la que cabe suponer que estarán las empresas en un mercado competitivo, donde los errores –perdidas de eficiencia– no es sólo que perjudiquen la cuenta de resultados de cada empresa sino que merman su ubicación estratégica en el mercado, debilitando su posición relativa respecto de otras empresas que producen los mismos bienes o servicios u otros equivalentes que pueden sustituirlos. Dicho de manera más directa: una empresa empeñada en seguir contratando hombres, y por tanto en producir a costes más altos que lo haría contratando mujeres, suponiendo que estas hacen lo mismo por salarios más bajos, estaría condenada a perder competitividad en el mercado con las empresas intensivas en la contratación de mujeres, y por tanto tendencialmente a desaparecer, en tanto que estas producirían lo mismo a costes más bajos, desplazando consecuentemente a las empresas masculinizadas al ofrecer en el mercado –*ceteris paribus*– los mismos bienes y servicios a precios más bajos. De modo que, dice la interpretación liberal económica de la brecha salarial, si esta existiera realmente como pago a las mujeres de salarios más bajos por idéntica productividad que los hombres, las empresas con plantillas feminizadas habrían triunfado en el mercado y –más donde más hubieran triunfado– habría mayores índices de desempleo masculino que femenino. Como no ha sucedido así, cabe por tanto concluir *ex consequentiis* que no es verdad que por el mismo trabajo los empleadores paguen menos a las mujeres.

Tanto las *leyes de la praxeología* (la teoría de la acción humana) como las *leyes del mercado* (la teoría de la competencia) conducen en definitiva a pensar que no hay razón para que los empresarios paguen menos a las mujeres que a los hombres por el mismo trabajo en términos generales, y ello con independencia como ya hemos dicho que esto pueda acontecer eventual o episódicamente, sea por la falta de información y la urgencia de la decisión que haya de tomarse, sea en todo caso debido también a la presión de determinados sesgos cognitivos o a la fuerza de ciertas inercias culturales, que podrían llevar al empresario a valerse de heurísticas o atajos resolutivos conducentes en su caso a decisiones erróneas en términos de racionalidad económica. Esto último puede ciertamente suceder, y acontece de hecho, mas sólo de manera casual y excepcional, sin que pueda ser considerado como la razón fundamental de las decisiones empresariales, y menos una categoría, principio o ley explicativa general de las mismas, pues resulta obvio que a partir de lo casual, lo excepcional y lo episódico no pueden construirse regularidades en el curso de los fenómenos, conocimiento que sí

cabe obtener cuando tales fenómenos –ahora las transacciones o decisiones de intercambio de recursos de las empresas– se contemplan, como aconseja la teoría liberal económica, en términos de minimización de los costes y maximización de los beneficios de quien decide o actúa. Una empresa puede decidir de manera sesgada y errónea una vez –pagando por ejemplo un salario mayor a los hombres que a las mujeres con idéntica productividad–, y quizá alguna más, pero no podrá persistir de manera recurrente en su error contra los imperativos de la racionalidad económica. Sea por el aprendizaje inducido que conllevará la reiteración de las transacciones (que se irán perfeccionando tras los sucesivos fallos), sea por una elemental razón de supervivencia en un mercado competitivo donde sólo los más eficientes consiguen mantenerse vivos, la empresa terminará rectificando inexorablemente su decisión económica ineficiente, so pena de perecer como tal.

2. ¿PODRÍA DERIVAR LA BRECHA REMUNERATORIA DE LA FIJACIÓN BUROCRÁTICA DE LOS SALARIOS Y NO DEL SISTEMA DE PRECIOS DE LIBRE MERCADO?

La afirmación por tanto que en el marco de la teoría de la brecha salarial se hace de que las mujeres están discriminadas porque las empresas quieren pagarles –y les pagan de hecho– menos que a los hombres por los mismos trabajos y en idénticas condiciones de productividad carece totalmente de base económica. Esta es la conclusión que se obtiene al menos desde el análisis económico-liberal, que, sin embargo –todo hay que decirlo– no niega que la referida discriminación salarial pueda llegar a producirse efectivamente en las relaciones de trabajo sin salirse –quebrantar o violentar– las leyes o principios básicos de la racionalidad económica. Pero, ¿cómo podría suceder entonces que, dentro de estas premisas, las empresas terminaran pagando salarios más altos a los trabajadores que a las mujeres por el desempeño de los mismos trabajos? Pues en la medida obviamente en la que la determinación de las retribuciones que deben abonarse procediera de una instancia que no tuviera que sujetarse –al menos no de modo directo, estrictamente y en el corto plazo– a la disciplina económica del mercado, y que a su vez fuera capaz de imponer imperativamente sus decisiones salariales. Y, ¿quién podría operar de este modo? La respuesta parece evidente: los convenios colectivos, especialmente los sectoriales, en los que la voluntad o interés económico inmediato de la empresa no hace acto de presencia con tanta fuerza. En efecto, debe tenerse muy presente que los agentes de la negociación colectiva sectorial, a diferencia de las empresas, no están inmediata e inexorablemente condicionados por las circunstancias del mercado cuando acuerdan determinar las condiciones de trabajo, y entre ellas el salario –deciden de hecho sin jugarse el pellejo (*skin in the game*), es decir, sin comprometer sus propios recursos, sino los de otros, con el consiguiente *riesgo de agencia* que ello conlleva–, razón por la que tienen margen para fijar los salarios en virtud de criterios contra-productivos o

anti-económicos (supuestamente por razones de *justicia social*). Esto haría económicamente factible el fenómeno de la fijación de salarios más altos para hombres que para mujeres por el desempeño de los mismos trabajos, máxime teniendo en cuenta que el principal incentivo de los agentes de la negociación colectiva sería el de tutelar los intereses de sus representados (principalmente hombres), que son los que los designan (al menos en sectores con mano de obra masculinizada), aparte de que aquellos, como personas que son, no estarían tampoco libres de tomar sus decisiones en condiciones sub-óptimas, sujetos a sesgos cognitivos o prejuicios sexistas.

Por descontado, la negociación colectiva de sector no podría vehicular la discriminación salarial por razón de sexo de manera explícita y manifiesta, toda vez que ello contradiría los principios de unidad de clase, igualdad y justicia social en los que se basa –y con los que legitima– su acción. De producirse, algo que no tendría necesariamente que acontecer, ni acontece siempre, pero que es económicamente factible, como revela el análisis económico-liberal, la discriminación salarial por razón de sexo de origen convencional tendría que operar de manera oculta o subliminal: por ejemplo, mediante una definición de la estructura retributiva, y particularmente de los complementos salariales, tal que los mismos terminaran siendo de hecho principalmente disfrutados por los hombres (así acontece, pongamos por caso, con determinados incentivos por productividad, duración de la jornada o continuidad sin interrupciones o suspensiones de la relación de trabajo, que siempre terminan penalizando en la práctica el salario de las mujeres), o también, vía clasificación profesional, definiendo las condiciones que determinan el acceso a las categorías profesionales mejor pagadas conforme a criterios masculinizadores (fuerza física, estatura, plena disponibilidad), y viceversa, perfilando en femenino los puestos de peor condición profesional (asistencia personal, limpieza, etc), a los que aparecerían ligados salarios base –que es la partida salarial directamente conectada a la categoría o grupo profesional– más bajos. La discriminación salarial por razón de sexo, de implantarse por vía convencional, tendría que hacerlo en definitiva de un modo invisible, con base en criterios aparentemente neutros (pero que no lo son realmente), tal y como proclama precisamente la idea –fraguada en el entorno la lucha por la igualdad de trato real– de las *discriminaciones indirectas*. Y hemos de decir que así ha sucedido efectivamente cuando cuando los convenios colectivos han establecido criterios remuneratorios que inducen discriminación por razón de sexo. Bien podría decirse de hecho que una de las principales fuentes de la discriminación indirecta de las mujeres habría sido la negociación colectiva de sector, hasta el punto de que las normas internacionales y las leyes de los Estados en materia de igualdad de trato habrían tenido que combatir tales prácticas rectificando la regla original de *igual salario por igual trabajo* y sustituyéndola por la nueva regla de *igual salario por trabajo de igual valor*, buscando con ello evitar diferenciaciones salariales aparentemente justificadas –por tratarse de trabajos objetivamente distintos– pero que no lo son realmente por tratarse de trabajos distintos pero equivalentes –del mismo valor– y que por tanto deben ser retribuidos de la misma manera. En este sentido, cabría

afirmar que la aludida reformulación del principio de igualdad salarial en el trabajo tendría por objeto principalmente las prácticas discriminatorias convencionales –u otras de origen legal o normativo– y no las puras decisiones de las empresas, entre otras cosas porque (descontando que estas carecerían de incentivos económicos para discriminar salarialmente a las mujeres, como venimos diciendo) es en aquellas prácticas discriminatorias *elaboradas* donde sobre todo concurriría el entramado o aparato institucional y simulatorio estructuralmente necesario para *armar* la discriminación indirecta –preexistencia de criterios formalizados de fijación de los salarios, sistema de clasificación profesional, etc–, única situación en la que quedaría habilitada y tendría sentido la fraudulenta posibilidad de hacer pasar por buenos criterios de retribución aparentemente neutros pero que no lo serían.

Cuestión distinta, complejísima y en la que no podemos profundizar, es cómo haya de determinarse la identidad de valor de trabajos materialmente distintos pero que por su *equi-valencia* han de ser pagados con el mismo salario, básicamente porque ello supone que existe un parámetro previo de definición del valor del trabajo –un valor objetivo de cada trabajo– que no se alcanza a ver dónde esta desde el liberalismo económico, sobre todo porque esta doctrina no admite la teoría marxista del valor objetivo del trabajo –es el valor del trabajo lo que determina el valor de lo producido, y el que debería determinar por tanto la cuantía del salario–, entendiendo por el contrario que es –al revés– el valor de lo producido en el mercado –el precio, lo que los consumidores están dispuestos realmente a pagar– lo que determina el valor del trabajo, y por tanto los salarios que cabe abonar a cambio del mismo. Dicho de otro modo, para el liberalismo económico no es el valor del trabajo el que determina el salario, sino que sería este último –fijado a través del sistema de precios, según territorios, sectores, especialización profesional, cualificación técnica, etc– el que determinaría el valor del trabajo (*ie*., el valor del trabajo es el precio del mismo en el mercado), por lo que este no podría ser tenido en cuenta como un parámetro útil para forzar una efectiva igualdad salarial por razón de sexo. La regla de igual salario por trabajos distintos pero de igual valor requiere en definitiva que haya un modo distinto al mercado de asignación de valor al trabajo, modo que al decir de la crítica del liberalismo económico no existe salvo que se construya artificialmente –por decisión normativa, democráticamente, por ejemplo– y que, de admitirse, por su carácter necesariamente arbitrario, adulteraría el sistema de precios de mercado y por tanto las señales –incentivos– que el mismo emite para que los agentes económicos orienten sus decisiones y se coordinen eficientemente entre sí asignando los recursos a los fines más productivos. Según el análisis económico-liberal, este deseable efecto no puede alcanzarse estableciendo por decreto un precio justo –¿cuál?– para cada trabajo o tipo de trabajo concreto –algo que por otra parte fosilizaría tal precio impidiendo su necesaria adaptación a los requerimientos del mercado, salvo que por decreto se fijara, día a día, el nuevo valor del mismo, lo que resulta obviamente imposible–, sino sólo dejando que sea el mercado el que, momento a momento, sector por sector, trabajo por trabajo, de la manera flexible y dinámica

que exige la correcta asignación de recursos, determine el valor del salario. Claro que si el valor del trabajo sólo puede determinarse por el precio de mercado del mismo –el salario– parece evidente que aquel valor no puede funcionar como referencia para establecer el salario debido, de modo que la regla de igual salario por trabajo de igual valor queda desmontada y privada de utilidad.

Con todo, puede que no suceda siempre y exactamente así, de modo que esta regla sea factible y termine teniendo cierta utilidad y sentido práctico. Y es que lo que realmente sucede en las economías *sociales* de mercado –como la española– es que los salarios no son determinados de modo inmediato, directo o automático a partir de los precios de mercado de la mano de obra, sino que, fluctuando obviamente en torno a estos precios, resultan fijados normativamente, primero mediante leyes de salario mínimo y a continuación, sobre estas bases, a través de la negociación colectiva, que concreta para los distintos sectores los salarios profesionales y los complementos que corresponda abonar a los trabajadores. Esto produce como consecuencia que al final el salario de los trabajadores no venga definido en su totalidad económicamente por el mercado –los precios libres de la mano de obra según sectores, profesiones, especializaciones– sino por vía jurídica, regulatoria o normativa, a través en particular de la negociación colectiva, de acuerdo con los criterios de clasificación profesional y remuneración que la misma establezca. A sabiendas de que estos criterios pueden por las razones que hemos visto incorporar sesgos discriminatorios de género, las reglas de transparencia e igualdad retributiva que la legislación vigente establece, y particularmente la de igual remuneración por trabajos de igual valor, buscarían así corregir las acciones y efectos discriminatorios de aquellos criterios fijando referencias objetivas –construidas *deus ex machina* en atención a consideraciones como las tareas desempeñadas, la educación y formación requerida, las técnicas ejercitadas, las responsabilidades asumidas, etc– acerca del valor y la identidad de cada trabajo, y consecuentemente del salario que se considera justo, con objeto de evitar que la definición convencional –también normativa– de las retribuciones marque diferencias salariales injustificadas por razón de sexo. La identidad y el valor de cada trabajo y el salario –el *precio justo* del trabajo– debido quedaría en definitiva estipulativamente definido desde la ley, pero no para corregir la injusticia del mercado (que no tiene razón de ser como brecha salarial discriminatoria, decimos) sino para corregir los sesgos o desviaciones en que sí puede incurrir la negociación colectiva, sobre todo sectorial, al fijar la retribución de los trabajadores. Este sería realmente el sentido y la manera en la que funcionaría la regla de igual salario para trabajos de igual valor.

Aclaremos para finalizar que las reglas de transparencia salarial y la exigencia de remuneración no discriminatoria –a trabajo de igual valor igual salario de mujeres y hombres– no sólo operan combatiendo los sesgos de retribución discriminatoria que pueden aparecer en la negociación colectiva sectorial sino también los que se originan a veces como consecuencia de otra circunstancia que suele afectar también a muchas empresas, y que de nuevo vuelve a expresarse en la forma de alejamiento del *dominus*

negotii –es decir, quien compromete su patrimonio y asume realmente los riesgos de la inversión– de la toma efectiva de decisiones de fijación del salario de los trabajadores. Tal circunstancia no es otra que, a partir de cierto tamaño o nivel de especialización, la gestión empresarial no es asumida en primera persona por el empleador sino por administradores interpuestos que, en la medida en al que no participen en la propiedad de la compañía, pueden tener intereses no exactamente alineados con lo que exija la eficiencia en el largo plazo de las decisiones de gestión de la empresa. De nuevo el riesgo moral o de agencia –de que alguien, ahora el gestor, tome decisiones cuyos efectos económicos negativos no van a recaer sobre él, sino sobre su principal– hace que puedan deslizarse criterios sesgados o discriminatorios a la hora de retribuir el trabajo de las mujeres, de modo que los profesionales de la administración de la empresa, vencidos por inercias culturales de género socialmente implantadas, al no contar con el contrapeso de tener que asumir las consecuencias de su mala praxis, podrían, contra los intereses económicos de la empresa, terminar decidiendo pagar más a los hombres que a las mujeres por el mismo trabajo, lo que sin duda permitiría hablar de brecha salarial de género en estos casos (una situación *mutatis mutandis* similar puede darse también en el trabajo en el sector público).

Sea como fuere, lo que a la postre queda de manifiesto es que las discriminaciones salariales por razón de género, cuando existan, no procederán –o no tendrán por qué proceder– de las empresas como tales o del funcionamiento de la economía de libre mercado. Procederán por el contrario de aquellas situaciones en que tengan lugar sucesos de decisión normativizada o por agencia –negociación colectiva de sector, *alienum negotiorum gestio*– en los que quien fija los salarios –los representantes sectoriales de empresarios y trabajadores o los gestores empresariales– no vayan a quedar directa e inmediatamente afectados por las eventuales consecuencias negativas de una decisión claramente antieconómica como es la de pagar más por un recurso (el trabajo masculino) que por otro sustitutivo y del mismo valor y más barato (el trabajo femenino). De hecho, la teoría liberal nos recuerda que las leyes económicas nos dicen que la brecha salarial propendería a desaparecer en el marco de una economía de libre mercado en que las empresas actuaran estrictamente guiadas por criterios lucrativos (según ya hemos dicho), efecto que aparecería corroborado por la tendencia estadística de las cifras –decrecientes– de brecha salarial en las economías capitalistas y que habría sido incluso anticipado por alguno de sus teóricos originales, como es el caso de por ejemplo de G. Becker. Concediendo por tanto que la brecha salarial –más salario a los hombres que a las mujeres por trabajos de igual valor– pueda existir en los términos y con los matices que acaba de señalarse, la crítica liberal entendería que sería la misma liberalización del mercado la que llevaría a una tendencial equiparación de los salarios de hombres y mujeres por el mismo trabajo. La intervención estatal mediante la formulación de exigencias imperativas de igualdad salarial sería por tanto vista con escepticismo, asumiendo a lo sumo que –de intervenir– bastaría simplemente con promover la mejor representatividad de los agentes sociales (para que los

criterios convencionales de clasificación y retribución reflejaran adecuadamente los intereses de las mujeres) y una mejor alineación de los gestores o administradores con los intereses de las empresas a las que representan (con objeto de minimizar el efecto de agencia y los perjuicios que el mismo comporta para terceros, en este caso las mujeres).

3. ¿ES LA *BRECHA SALARIAL* EXPRESIÓN DE UNA INJUSTA Y MÁS HONDA *BRECHA CULTURAL* DE GÉNERO?

El enfoque en perspectiva de género de las diferencias retributivas entre hombres y mujeres define sin embargo también como ya hemos dicho la brecha salarial un unos términos distintos a los hasta ahora señalados: no es que la discriminación consista sólo en que las mujeres cobren menos por el mismo trabajo sino que consistirá asimismo en que por su condición natural de madres y por el imperativo de ciertas inercias culturales que las conducen a asumir las tareas domésticas y el cuidado de la familia las mujeres estarán en posición de desventaja frente a los hombres en el mercado de trabajo, viéndose privadas de oportunidades y obligadas a sacrificar sus expectativas profesionales en aras de la maternidad y de la realización del «trabajo reproductivo». Como hemos apuntado más arriba, la discriminación no sería ahora puramente *salarial*, toda vez que habría justificación para el abono a las mujeres de una retribución inferior –la menor productividad que supone asumir la maternidad y el trabajo del hogar–, sino más bien *laboral*, cifrándose por tanto la brecha en la circunstancia de la desventaja de las mujeres en el mercado de trabajo –de la falta real de igualdad de oportunidades–, que permitiría considerar discriminatorios unos salarios que aunque formalmente parecen justificados no lo estarían realmente al obedecer a una circunstancia no razonable, que sería precisamente la posición original de desventaja de las mujeres, determinada por su condena –natural y cultural, respectivamente– a la maternidad y a la realización del trabajo familiar, y por tanto a su falta de libertad real para optar por dedicar su vida a ocupaciones laborales o profesionales en detrimento de las tareas reproductivas. La discriminación por tanto sería ahora refleja o mediata, y no estaría en el salario sino en el carácter injustificado –o mejor injusto– de la realización por parte de las mujeres de trabajos con menor productividad, y por tanto peor remunerados que los desempeñados por hombres. Esta nueva versión de la brecha salarial presenta en todo caso dos formas. Vamos a verlas.

La brecha salarial como retribución inferior de las mujeres ligada a una injusta situación de menor productividad femenina puede presentarse en primer lugar –y se ha presentado de hecho– en términos del descuento en las retribuciones de las trabajadoras que los empleadores harían *a priori* al tomar en consideración la posibilidad hipotética –pero que no existe para los hombres– del embarazo y la desviación de energías a las tareas reproductivas. Aun tratándose del mismo trabajo, las empresas

estarían dispuestas a pagar más a los hombres que a las mujeres sencillamente porque en el cálculo estratégico del coste de los factores productivos estarían teniendo en cuenta que es posible que las mujeres dejen de trabajar durante ciertos periodos de tiempo por causa de maternidad, lactancia y cuidado de los hijos, o en todo caso que rebajen su compromiso profesional al destinar su dedicación también a las tareas domésticas y familiares. Aunque es evidente que ahora no nos encontraríamos ante una situación de pago de menos salario por idéntica productividad, ni por tanto ante una diferencia de remuneración injustificada, los partidarios de la brecha salarial entienden que seguiríamos estando ante una diferencia salarial discriminatoria, principalmente porque la empresa estaría juzgando prejuiciosamente a las mujeres –haciendo pagar a justas por pecadoras– al dar por supuesto estereotípicamente que todas van a tener hijos y a ocuparse de las tareas del hogar soslayando en consecuencia su dedicación profesional y su compromiso con la empresa, siendo el caso que podría haber mujeres que podrían optar por no tener hijos y dedicarse plenamente a trabajar y sin embargo no podrán hacerlo en condiciones de igualdad con los hombres, al suponer la empresa –con un prejuicio de clase o estadístico, tomando el todo por las partes– que por tratarse de una mujer su productividad será en el cómputo global de su relación de trabajo menor y que por tanto merece una retribución más baja que los hombres. De hecho, este es un argumento que el enfoque de género suele utilizar para defender que existe brecha salarial entre hombres y mujeres en el desempeño del mismo trabajo (aunque la productividad no sea igual), y que a su vez suele emplearse para dar cuenta del llamado porcentaje no explicado de diferencias salariales remanentes entre mujeres y hombres (que por tanto serían discriminatorias), que son las que persisten tras las sucesivas operaciones de corrección o depuración con las que se busca ajustar las medidas de las diferencias salariales que arrojan las estadísticas, tanto cuantitativamente (reflejando las retribuciones de hombres y mujeres en términos de salario hora *per capita*) como cualitativamente (incorporando el factor de que los trabajos que realizan los hombres y las mujeres no son exactamente los mismos), porcentaje o diferencia remanente de brecha salarial no explicada que suele situarse en torno al 6%.

Ahora bien, aun asumiendo que incluso *ponderada* o *ajustada* la brecha salarial continúa existiendo en el porcentaje resistente que acabamos de señalar, y concediendo que ello supusiera una diferencia discriminatoria que conviniera corregir de algún modo (trataremos este asunto más adelante), es muy importante precisar –así lo hace el análisis económico liberal de la cuestión– que los empleadores no serían los verdaderos artífices causantes de aquella. Por lo pronto, porque su decisión de pagar menos salario a las mujeres desde la consideración de que las mismas podrían quedar embarazadas y terminar dedicando buena parte de sus energías a las tareas del hogar, desviándolas de la empresa, siendo generalizadora, por aplicarse indistintamente a todas las mujeres, tanto las que van a actuar así como las que no, no carecería enteramente de fundamento –habría un fulcro de verdad en que apoyarla– pues es un hecho natural que son las mujeres quienes experimentan el embarazo y una evidencia sociológica que

son ellas quienes también asumen más carga en la crianza de los hijos y en las tareas del hogar, con lo que la decisión de la empresa de incorporar estas consideraciones a la hora de fijar el salario tendría lógica económica, no sería meramente prejuiciosa o sesgada ni merecedora de reproche moral: la empresa simplemente estaría ejercitando el conocimiento de que dispone –que no es perfecto ni infalible, pero es el único que tiene– para hacer las necesarias operaciones de cálculo económico (determinar el coste de los factores de producción), operando a tal efecto mediante consideraciones de clase –no hay otra manera de conocer *a priori* que mediante modelos, generalizaciones o clases– sin posibilidad de determinar empíricamente y *ex ante* para cada caso qué mujeres irán en el futuro a tomar la decisión de ser madres y/o encargarse de las tareas familiares o cuáles se dedicarán plenamente a la empresa. Por otra parte, puede suceder además que pagar menos a las mujeres por el mismo trabajo sea simplemente un efecto indirecto de la mayor dedicación en tiempo o intensidad con que desempeñan su trabajo los hombres, no porque ello determine mayores salarios, lo cual es obvio, sino por otra importante razón, y es que puede no haber una correspondencia estrictamente proporcional –existir una falta de linealidad– entre el tiempo y la intensidad con la que se desempeña un trabajo y el resultado productivo del mismo, en el sentido de que habría un punto en el que un incremento de aquellos podría determinar un aumento más que proporcional de la productividad, es decir una especie de «salto de productividad» que podría explicar que los hombres cobraran mejores retribuciones por esta razón, circunstancia contribuiría a aclarar la parte no explicada de la brecha salarial. Sea como fuere, lo que en todo caso queda de manifiesto a la luz de las referidas consideraciones es que, si existiera, la eventual discriminación no podría en estas situaciones atribuirse a la empresa, que simplemente estaría actuando y decidiendo –guiada por el mercado– conforme a criterios de pura productividad y racionalidad económica, sino en su caso a los factores últimos que *encadenan* a la mujer a la maternidad o en todo caso al trabajo doméstico y familiar, razón por la que no parece que tuvieran que ser las empresas quienes asumieran el coste o la carga de soportar las eventuales medidas antidiscriminatorias.

En todo caso, la brecha salarial, entendida como retribución inferior de las mujeres con base en una situación real, pero injusta, de menor contribución femenina a la productividad de las empresas, no se presenta sólo como ya hemos anticipado con el formato –subjetivo, o psicológico, si se quiere así– de una valoración o consideración negativa de las empresas acerca de la productividad de las mujeres, de un cálculo de coste/beneficio de lo que aquellas estiman –de modo necesariamente general, típico, *a priori*– que puede suponer para la empresa el trabajo de las mujeres en comparación con el de los hombres, juicio subjetivo del que podría derivarse una discriminación salarial contra las mujeres en los términos que hemos visto, sino también con el formato –objetivo, o sociológico– de que las mujeres ocupan *de facto* por propia voluntad empleos o profesiones con peores retribuciones en el mercado de trabajo (limpieza, cuidados personales, tareas domésticas, servicios, etc), precisamente –otra vez– porque

estas son las actividades que más fácilmente pueden compatibilizarse con las tareas reproductivas y domésticas que las mujeres asumen más que los hombres. La discriminación salarial no sería ahora –o al menos no solo– fruto de la decisión personal de un sujeto ajeno o externo a la trabajadora –el empleador– sino efecto también –natural o culturalmente– de la decisión interna de las propias mujeres, que optarían por estos trabajos por el menor grado de compromiso, sacrificio o exigencia profesional que comportan –en términos cuantitativos de tiempo de trabajo, y en términos cualitativos de disponibilidad e intensidad en su desempeño– y la mayor facilidad para hacerlos compatibles con la maternidad y las tareas domésticas y familiares. Por supuesto, la discriminación consistiría, según la perspectiva de género, en que las mujeres no serían realmente libres cuando optan por trabajo de peor calidad, básicamente porque tampoco serían libres para dejar de ser madres y para dejar de desempeñar el trabajo reproductivo, condiciones impuestas por ciertas fuerzas o inercias impersonales –y por tanto irracionales– de la naturaleza y de la cultura que las habrían sumido en una posición alienada y desventajosa frente a los hombres –en la familia y en el mercado–, y que consecuentemente, por injustas y discriminatorias, deberían ser combatidas mediante acciones y políticas públicas.

4. ¿PADECEN REALMENTE LAS MUJERES UNA SITUACIÓN DE DOMINACIÓN QUE LAS CONDENA SISTEMÁTICAMENTE A COBRAR PEORES SALARIOS Y DEBE SER ATAJADA MEDIANTE LA ACCIÓN DEL ESTADO?

La definición de la brecha salarial como efecto de la falta de igualdad de oportunidades de las mujeres debido a ciertas fuerzas sociales, culturales o incluso de la naturaleza consideradas irracionales e injustas y que por tanto convendría revertir por medio de la acción del Estado, que sin duda constituye la parte nuclear o medular de la teoría de la discriminación salarial construida en perspectiva de género, se basa en ciertas premisas o supuestos que no comparte el análisis de la cuestión desde las premisas del liberalismo económico, que no asume tampoco la urgencia de iniciar sin más demora, mediante la acción legislativa y las políticas públicas, en todo caso a través del Estado, un programa o plan explícito de reversión de la discriminación salarial femenina. Primero, porque, como casi siempre acontece con las medidas proactivas de igualdad material o efectiva, la crítica liberal advierte que buena parte de ellas adoptarán la forma de acciones positivas –reservas, cuotas, preferencias, ventajas, sea por vía regulatoria o de reconocimiento de derechos (privilegios legales) a las mujeres, sea utilizando incentivos económicos (bonificaciones y exenciones fiscales, subvenciones), sea a través de políticas formativas o educativas de enculturación o adoctrinamiento en perspectiva de género (que incluirían no sólo a los más jóvenes sino incluso a los mismos jueces)–, medidas o acciones positivas sobre cuya oportunidad y conveniencia no existe suficiente

consenso, y en las que va en todo caso siempre implícito el riesgo de efecto *boomerang* en cuanto no es difícil traspasar con ellas la línea de la igualdad de trato –igualdad formal, *isonomía*– a la que tienen en todo caso derecho todos los ciudadanos ante la ley. Segundo, porque muchas de las referidas medidas antidiscriminatorias no estarán configuradas –neutralmente– para facilitar la conciliación del trabajo con los compromisos domésticos o familiares, con independencia del sexo de quien pueda valerse de ellas (hombres o mujeres), sino diseñadas exclusivamente en beneficio de las mujeres, en el sentido de orientadas o perfiladas para comprometer sólo a los varones en las tareas de la casa, forzándoles en cierto modo a asumirlas y *liberando imperativamente* (sic) así a aquellas de tales tareas para que puedan acceder en mejores condiciones al mercado de trabajo. Y, tercero, porque quién terminará asumiendo la carga de financiar o pagar el coste de las referidas medidas no será principalmente la ciudadanía en general –vía impuestos– sino sobre todo las empresas.

La crítica liberal-económica de la brecha salarial no admite de principio el argumento de que la opción de las mujeres por dedicar sus energías a las tareas familiares y domésticas, con el inevitable sacrificio de su carrera profesional, sea hoy en todo caso realmente una opción forzada por las circunstancias sociales y culturales, ejercitada en condiciones de falta de libertad, necesariamente negativa, o peor que su alternativa, y por tanto radicalmente injusta. Por lo pronto, porque el principio de igualdad ante la ley –plenamente vigente en España– determina que las mujeres tengan exactamente los mismos derechos que los hombres para acceder a cualquier profesión o trabajo (esta libertad, de hecho, y como hemos dicho, es la que, según los partidarios del liberalismo económico, debería tener en consideración exclusivamente el Estado, con el mayor grado de compromiso que fuera posible). Pero sobre todo porque en el momento histórico presente, considerando las características del ambiente cultural y social que envuelve a los individuos, y particularmente a las mujeres, no parece que pueda presumirse sin más que cuando estas deciden dedicarse a las tareas domésticas y familiares, dejando a un lado la carrera profesional, operen determinadas por unas fuerzas o inercias impersonales –patriarcales– que de manera inexorable neutralizan sus opciones reales de preferir la vida profesional aniquilando su libertad genuina. Esta mayúscula afirmación de falta de alternativas no puede hacerse categóricamente, pues igual que habrá situaciones particulares que podrían corresponderse con esta hipótesis, hay también situaciones particulares de signo claramente contrario: de hecho, no es extraño comprobar cómo en muchas familias en las que las perspectivas de desarrollo profesional de la mujer aventajan claramente las del hombre, tras la pertinente negociación estratégica de la pareja, la mujer decide consagrarse plenamente a su carrera laboral, asumiendo el hombre el trabajo doméstico y por ende ocupaciones profesionales más flexibles, menos comprometidas y naturalmente peor pagadas.

Nadie discute, por otra parte, tampoco lo hace la crítica liberal-económica, que cuando las mujeres eligen entre actividad profesional y actividad doméstica siempre están presentes factores o circunstancias materiales que condicionan su decisión, y

que entre ellos –que son varios, y en absoluto suelen apuntar en el mismo sentido, pudiendo de hecho compensar su efecto entre sí– el rol femenino que la cultura y la tradición atribuye al trabajo familiar y doméstico representa una fuerza innegable. Sin embargo, una cosa es admitir que tales circunstancias *condicionan* la preferencia de la mujer, lo cual es innegable, como decimos, y otra muy distinta que la *determinan*, de modo que su decisión sea cautiva y no libre. Las circunstancias materiales de la existencia, en cuanto que condicionen y no determinen las decisiones de los individuos –y el simple hecho, apuntado, de que normalmente sean plurales y enfrentadas entre sí ya permite presumir que tenderán por compensación más bien a condicionar que a determinar–, son perfectamente compatibles con la libertad de la decisión que se adopte. Consecuentemente, no habría –categóricamente, en términos generales– razones para sostener, dice la crítica liberal económica frente al análisis en perspectiva de género, que cuando las mujeres manifiestan su preferencia por sacrificar la carrera profesional en pro del trabajo reproductivo y doméstico lo hacen privadas de libertad, sin que el hecho estadístico de que sean ellas y no los hombres quienes ejercitan mayoritariamente la referida opción pueda decir nada al respecto, de la misma manera que no cabe decir hoy en día que la suscripción de la relación laboral por los trabajadores asalariados, aun conminados por la necesidad de garantizar su subsistencia y la de sus familias, convierte tal relación en esclavitud, sin que el hecho estadístico de que quienes principalmente suscriben estos contratos sean personas necesitadas de renta por carecer de otras fuentes de riqueza invalide la libertad de su decisión.

La preferencia del trabajo doméstico frente al profesional, por otra parte, no tiene por qué ser necesariamente considerada una opción negativa –de desempeño de una actividad de menor valor–, como por cierto da por hecho el enfoque de género, asumiendo, curiosamente desde una perspectiva mercantilista, que el valor de un trabajo no es otro que el precio que pueda obtenerse en el mercado a cambio del mismo (definiendo por tanto su utilidad en términos de *valor cambio*, y no de *valor de uso*). Principalmente porque, como pone de manifiesto la definición subjetivista de las preferencias individuales, propia de la economía liberal, la decisión de la mujer (o quien corresponda) de sacrificar la carrera profesional por el desempeño de las tareas domésticas, con los costes de oportunidad que ello puede conllevar, estaría poniendo de manifiesto que la misma (o quien corresponda) valora en gran medida –tanto al menos como la alternativa profesional contrafáctica que se orilla– el trabajo doméstico por el que expresa su preferencia, trabajo que por otra parte, al margen de otras consideraciones, produce unos retornos (educación directa de los hijos, control de la nutrición, fomento de los vínculos afectivos y de los recuerdos comunes, etc) que no por no monetarios merecen la consideración ni mucho menos de despreciables, hecho que explica la resistencia a la contratación externa del mismo cuando puede optarse razonablemente por asumirlo directamente. De hecho, satisfechos razonablemente los requerimientos de patrimonio y de renta de una familia, la mujer (o el hombre) suele manifestar su preferencia por el cuidado de los hijos y las tareas domésticas aun

cuando con ello pierda ganancias profesionales que podrían ser muy abundantes pero que no necesita, lo que revela la alta valoración que se hace del referido trabajo. Dicho de otra manera, no porque tenga lugar al margen del mercado, dentro del circuito interno de las relaciones del *comunismo familiar natural*, como actividad de autoproducción para autoconsumo, queda ni mucho menos el trabajo reproductivo privado de todo valor. Pensar de hecho que no tiene valor porque carece de precio es tanto como conceder que sólo tienen valor las cosas que se cambian en el mercado –las mercancías–, lo que es verdad sólo parcial y no totalmente, salvo desde un reduccionismo mercantilista (por ejemplo, el que buscara desprestigiar el trabajo reproductivo para trasvasar fuerza de trabajo al mercado con objeto de alimentar mejor la maquinaria productiva capitalista).

Cuestión distinta es el valor del trabajo doméstico y del cuidado familiar cuando se prestan externamente a través del mercado, como actividad profesional a cambio de precio. Es verdad que este trabajo presenta un valor (objetivo) comparativamente rebajado si se compara con otras dedicaciones profesionales, pero ello no tiene principalmente que ver con la (supuestamente baja) valoración (subjetiva) que por ejemplo los padres pueden hacer del cuidado de sus hijos o de la atención de las tareas de su casa sino con otras circunstancias que inciden en el precio de mercado de este trabajo, lo que consecuentemente impide asignar sin más mayor valor al trabajo profesional que al trabajo interno autoproductivo de los miembros de la familia. Una cosa es comparar el trabajo de un dentista y el trabajo profesional de una empleada de hogar –lo que es posible a través de la conmensurabilidad de valor que permite el precio por ser ambos prestados en el mercado–, y concluir que el trabajo del dentista tiene objetivamente más valor que el de la empleada de hogar, y otra muy distinta que el trabajo de un dentista tiene más valor que el que un padre o una madre atribuyen al cuidado de sus propios hijos o a la atención de sus tareas domésticas, conclusión esta última imposible al no haber un *tertium comparationis* –el mercado o el sistema de precios– que permita conmensurar el valor objetivo (de cambio) del trabajo del dentista y el valor subjetivo (de uso) que una madre o un padre asigna a la atención de sus hijos o familiares. No puede por tanto pretenderse que el trabajo reproductivo, cuando se haga internamente dentro de la familia –para cuidar a los propios– tenga menor valor en general que el trabajo profesional de mercado –porque la comparación no es posible–, y análogamente tampoco que tal trabajo sea menos valioso porque el valor de mercado del trabajo doméstico sea objetivamente bajo cuando se presta a cambio de precio. El trabajo doméstico interno y el externo o prestado a través del mercado son realidades diferentes cuya valoración se mide con criterios distintos, y no está de más recordar que en el segundo no sólo inciden las preferencias subjetivas de los miembros de la familias concernidas (atender directamente las tareas domésticas) sino también otras circunstancias como la necesidad de procura de la renta o el sustento (realizando actividades profesionales en el mercado), el coste de oportunidad de la preferencia por asumir las tareas familiares (lo que se deja

de obtener en el mercado) o, por supuesto, el precio de la contratación de estas tareas en el mercado (el precio objetivo del trabajo doméstico).

Como era de esperar, tampoco admite la crítica liberal económica que el Estado, a través de políticas públicas (programación educativa, subvenciones, ayudas fiscales), y menos mediante una *acción legislativa orientada en perspectiva de género* –con la que se quebraría la verdadera garantía de igualdad que debe comportar el carácter abstracto y general de la ley, como norma necesariamente desvinculada de la tutela de intereses de grupos o clases sociales particulares–, tenga que intensificar su intervención en la sociedad y en el mercado con objeto de corregir, en el modo que propone el enfoque de género, la brecha salarial en todas sus causas y en todas sus consecuencias. Primero, porque no se reconoce que la brecha salarial constituya un problema social y de justicia tan acuciante y de urgente corrección como se quiere que parezca, pues ni está claro que haya realmente una menor retribución de las mujeres a idénticas condiciones de productividad que los hombres (un *gap salarial* injustificado de género), no al menos en los términos de problema irrefragable en que suele presentarse, ni tampoco es del todo cierto que la inclinación de las mujeres por el trabajo doméstico, soslayando en cierto modo la carrera profesional, sea una decisión no libre sino determinada por el juego de ciertas fuerzas o tradiciones sociales y culturales ineluctables. Segundo, porque la implementación de un programa de medidas legales y políticas de intervención pública anti-brecha, podría tener más costes sociales que beneficios, no sólo en términos de los gastos directos (financiación mediante subvenciones, ayudas fiscales, publicidad o divulgación, etc) y de gestión que siempre conllevan este tipo de medidas públicas correctoras (dotación de aparato administrativo, contratación de personal, formación en perspectiva de género, etc), sino en términos, y en mayor medida, dice la teoría liberal económica, de los enormes costes que podrían producirse por el eventual riesgo de vulneración de la igualdad de los hombres ante la ley (siempre presente como una suerte de «reverso tenebroso» de las acciones positivas) o simplemente por sus nefastas consecuencias en la correcta asignación de los recursos, algo que sucedería por ejemplo al imponer a las familias soluciones económicas –predeterminar quien debe quedarse en casa y quien ha de acudir al trabajo– que pueden no encajar con la valoración de intereses que libremente podrían y deberían hacer los miembros de la unidad familiar, a la luz en todo caso de una información y conocimiento que ellos tienen de su situación particular de los que en todo caso carecen los poderes públicos cuando diseñan las medidas correctoras de la brecha salarial.

Recuérdese que estas medidas no se presentan en muchos casos como acciones neutrales de ayuda a quien asuma las tareas domésticas y familiares, hombre o mujer, sino como medidas que obligan por ejemplo a los hombres a disfrutar ciertos derechos de conciliación, buscando forzar que sean estos y no las mujeres quienes asuman aquellas tareas con objeto de romper el enquistamiento de las mujeres en el trabajo familiar que podría darse si las medidas se concedieran indistintamente a mujeres y hombres, propósito muy loable pero en cuya ejecución –dice la crítica liberal– queda sacrificada

la libertad de los miembros de la unidad familiar para decidir por ellos mismos, libremente y en virtud de criterios económicos (maximizar las ganancias, minimizar las pérdidas), cómo han de repartirse las tareas domésticas y profesionales. Debe notarse además que muchas de las medidas de nivelación o igualación –siempre de sentido ascendente, por supuesto– propuestas por los partidarios del enfoque de género, por ejemplo la elevación del salario relativo de las mujeres respecto al de los hombres por el desempeño del mismo trabajo–, precisamente porque podría no tratarse de trabajo de igual productividad en términos reales, según ya hemos visto (descuento por el empresario de los costes esperados de maternidad, etc), podría tener un efecto negativo sobre el empleo femenino, pues en pura lógica económica constituiría un incentivo evidente para que los empresarios prefiriesen aún más a los hombres que a las mujeres, al resultar relativamente más caro –y así menos productivo– el trabajo de estas respecto al de aquellos. Por otra parte, la teoría liberal económica muestra también su oposición a las medidas públicas de corrección de la brecha salarial considerando que en no pocos casos el coste de estas medidas se traslada a las empresas –por ejemplo, vía permisos retribuidos o reducciones o reestructuraciones de la jornada– cuando no hay razón para pensar que, por muy deseable que sea facilitar la conciliación de la vida laboral y la familiar y muy conveniente que este objetivo resulte en términos de promover y/o facilitar la natalidad y el desarrollo y la educación de los niños, tengan que ser los empresarios quienes hayan de asumir este coste, pues se trata de un gasto que en primera persona tendría que ser sufragado por las familias, que han de ser quienes asuman las consecuencias gravosas de una decisión tomada por ellas, y no por las empresas, o en todo caso por la sociedad en su conjunto, teniendo en cuenta que si es verdad que toda la comunidad se beneficia de unas mejores condiciones de conciliación de las tareas familiares y laborales (más natalidad, mejor crecimiento y educación de los niños, etc) de justicia será que los costes sean objeto de mutualización o reparto, vía impuestos, entre todos los miembros que la componen.

En fin, no admite en todo caso la crítica liberal-económica de la brecha salarial que esta sea consustancialmente injusta y necesite inexorablemente de una corrección *deus ex machina* al ser resultado de ciertas fuerzas o inercias impersonales autoformantes –naturales, tradicionales, sociales, culturales– sin destino u horizonte predefinido y que por consiguiente resultan irracionales. Básicamente porque no es verdad que sólo exista una racionalidad consciente, la del diseñador, el planificador o el ingeniero –en nuestro caso el legislador o el político– que propositivamente proyecta unos fines determinados para su consecución en un tiempo futuro siguiendo un método o procedimiento pautado y organizando a tal fin unos medios, contexto este en el que la racionalidad significaría por ejemplo definir adecuadamente los fines, usar medios adecuados para conseguirlos, minimizar el tiempo necesario para alcanzarlos, no comprometer otros proyectos que cursan en paralelo, etc. No cabe duda de que esta racionalidad propositiva, consciente, instrumental, teleológica, que es la que siempre invoca el legislador y el gobernante –el planificador social–, es verdadera racionalidad, pero también es

cierto que no es la única racionalidad posible, de modo que no puede decirse que todo proceso o dinámica que no responda a aquellos criterios de racionalidad sea necesariamente irracional, y que exija por tanto ser ajustado o rectificado a la luz de aquella racionalidad propositiva, que no es necesariamente mejor ni infalible. La teoría liberal económica sostiene de hecho que existen órdenes espontáneos –sistemas no diseñados ni dirigidos– que no por ser anárquicos, en el sentido de no organizados en torno a un atractor de centro único, resultan por ello caóticos, como es el caso precisamente de la sociedad y el mercado, órdenes cuyos elementos se coordinan y se equilibran de modo tal que se hace posible tanto la replicación y recurrencia de los componentes como del sistema entero en el que tales componentes operan, de donde derivaría precisamente la racionalidad –no centralizada, no propositiva, no proyectada, inconsciente– que se revela en torno a los mismos.

La irracionalidad que los partidarios de la perspectiva de género ven en la brecha salarial y que intentan corregir con sus propuestas de intervención estatal de la sociedad y el mercado conforme a criterios de racionalidad planificada podría no serlo tanto según los economistas liberales, que no sólo entienden que las diferencias salariales entre hombres y mujeres pudieran tener razón de ser en términos de coordinación espontánea –libre y económicamente satisfactoria– de preferencias de los agentes económicos –mujeres, hombres, empresas– sino que entienden también que lo verdaderamente irracional es un plan de intervención sedicentemente justo y calculado, y seguramente bien intencionado, pero que a la larga, por basarse en falsas premisas, puede acarrear más perjuicios que beneficios a mujeres, hombres, empresas y a la sociedad en su conjunto. Mejor acaso no intervenir para corregir un problema que no está claramente determinado en su existencia, en sus términos o en su alcance, y para cuya solución se arbitran medidas costosas y de dudosa eficacia –que pueden terminar siendo más perjudiciales que beneficiosas– y dejar que la sociedad y el mercado lo resuelvan de modo espontáneo haciendo uso de su racionalidad inmanente. Esta es la solución que la teoría económica liberal propone –a falta de mejor solución conocida– a la cuestión de la brecha salarial, y ello concediendo que exista y que verdaderamente constituya un problema. En este sentido, es preciso advertir que la evolución de los datos estadísticos refleja que la brecha salarial ha ido reduciéndose prácticamente de modo inexorable en los últimos años, por la propia evolución de las preferencias de los consumidores, la tecnologías productivas y los modos de producción, que han determinado una terciarización económica en la que las exigencias de fuerza y el perfil masculino característicos del trabajo industrial han dejado de ser necesarios, y en que viene quedando de manifiesto que la única razón que explicará las diferencias de retribución entre hombres y mujeres será la condición natural de madre de las trabajadoras, que a la fuerza ha de provocar una desventaja de productividad de las mujeres (pero acaso también otras ventajas «no mercantiles» *a fortiori* inaccesibles para los hombres).

NOTA DE BIBLIOGRAFÍA CRÍTICA (LIBERAL Y FEMINISTA) CON LA BRECHA SALARIAL DE GÉNERO

Ayau Cordón, M. (2017). *El proceso económico: Descripción de los mecanismos espontáneos de la cooperación social*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala

Bastiat, F. (1850). *Lo que se ve y lo que no se ve* (http://download1072.mediafire.com/lj4f-2q4jrzkg/u8dbst3vu09echh/Lo+que+se+ve+y+lo+que+no+se+ve+de+Frederic+Bastiat.pdf)

Becker, G. (1971). *The economics of discrimination*, University of Chicago Press

Blanco González, M. (2017). *Afrodita desenmascarada. Una defensa del feminismo Liberal*, Deusto, Madrid

Blau, F.D., Brinton M.C. & Grusky, D.B. (eds) (2006). *The Declining Significance of Gender?* Russell Sage Foundation, New York

Bowles, S. & Gintis, H. (2011). *A Cooperative Species: Human Reciprocity and Its Evolution*, Princeton University Press, NJ

Brennan J. & Jaworski, P. (2016). *Markets Without Limits: Moral Virtues and Commercial Interests*, Routledge, New York

Calvo, S. (2019). «Desigualdad económica y discriminación positiva, Mitos y Realidades», *El feminismo ¿Es el feminismo dominante un movimiento liberador de la mujer?*, Instituto Juan de Mariana, Madrid

Campbell, A. (2002). *A Mind of Her Own*, Oxford University Press

Cain Miller, C. (2019). «Women Did Everything Right. Then Work Got 'Greedy.' How America's obsession with long hours has widened the gender gap», *The New York Times* (https://www.nytimes.com/2019/04/26/upshot/women-long-hours-greedy-professions.html)

Charles, M. & Grusky, D.B. (2004). *Occupational Ghettos: The Worldwide Segregation of Women and Men*, Stanford University Press

Cronin, H. (1993). *The Ant and the Peacock: Altruism and Sexual Selection from Darwin to Today*, Cambridge University Press

Dawkins, R. (1976). *The Selfish Gene,* Oxford University Press

Eastin, J. C. & Prakash, A. (2013). «Economic Development and Gender Equality: Is There a Gender Kuznets Curve? *World Politics*, vol. 65, 1

Escohotado, A. (2018). *Los enemigos del comercio*, Espasa, Madrid

Farrell, W. (2005). *Why Men Earn More: The startling truth behind the pay gap and what women can do about it*, Amacom

Fernández Kranz, D. y Rodríguez Planas, N. (2013). «Efectos perversos de la Ley para la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar en España», Nada es gratis (https://nadaesgratis.es/cabrales/efectos-perversos-de-la-ley-para-la-conciliacion-de-la-vida-laboral-y-familiar-en-espana-2)

Friedman, M. (2022). *Capitalismo y libertad*, Deusto

Furchtgott Roth, D. (2012). *Women's Figures: An Illustrated guide to the economic progress of women in America,* Aei Press, Mishawaka

Goldberg, S. (1999). *Why Men Rule. A Theory of Male Dominance*, Open Court Publishing Company, Chicago

Gray, J. (1992). *Men Are from Mars, Women Are from Venus*, Harper Collins, New York

Hakim, C. (2011). *Feminist myths and magic medicine: the flawed thinking behind calls for further equality legislation*, Centre for Policy Studies, London

Hakim, C. (2008). «Is gender equality legislation becoming counter-productive?», *Public Policy Research*, vol. 15, 3

Hayek, F. (2010). *La fatal arrogancia*, Unión Editorial, Madrid

Hazlitt, H. (2018). *La economía en una lección*, Unión Editorial, Madrid

Horwitz, S. (2015). *Hayek's Modern Family: Classical Liberalism and the Evolution of Social Institutions*, Palgrave Macmillan, New York

Iglesias Julios, M. (2017). «Why Feminists Must Understand Evolution», *Quillette* (2017) (https://quillette.com/2017/10/29/human-behaviour-feminism)

Iglesias Julios, M. (2018). «Comportamientos humanos regulados por la selección sexual», *Jot Down* (https://www.jotdown.es/2018/02/comportamientos-humanos-regulados-por-la-seleccion-sexual)

Kreimer, R. (2019). «Brecha salarial: la ausencia de control de variables como un encuadre equívoco de sexismo», *Academia Edu* (https://www.academia.edu/41605621/Brecha_salarial_la_ausencia_de_control_de_variables_como_un_encuadre_equ%C3%ADvoco_de_sexismo)

Malo, P. (2016). «Las mujeres no cobran menos que los hombres por el mismo trabajo», Evolución y Neurociencias (https://evolucionyneurociencias.blogspot.com/2016/12/las-mujeres-no-cobran-menos-que-los.html)

Menger, C. (2020). *Principios de Economía Política*, Unión Editorial, Madrid

Mises, L. (2021). *La acción humana*, Unión Editorial, Madrid

Noguez, J. (2022). «Brecha salarial entre hombres y mujeres: ¿mito o realidad? Cómo la verdadera brecha (entre madres y el resto de trabajadores) se está ignorando por las activistas feministas y el mainstream)», *El Baluarte* (https://elbaluartenoticias.es/opinion/brecha-salarial-entre-hombres-y-mujeres-mito-o-realidad/)

Peterson, J.B. (2018). *12 Rules for Life: An Antidote to Chaos*, Allen Lane, New York

Pinker, S. (2008). *The Sexual Paradox: Men, Women and the Real Gender Gap*, Scribner, New York

Rallo Julián, J.R. (2018). «Mito y realidad de la brecha salarial», *Expansión-Actualidad Económica* (https://www.expansion.com/actualidadeconomica/analisis/2018/03/28/5abb68e5268e3eb6458b456c.html)

Sanandaji, N. (2015). *The Nordic Gender Equality Paradox*, Timbro, Sweden, 2016; «The Nordic Glass Ceiling». *Cato Institute* (https://www.cato.org/publications/policy-analysis/nordic-glass-ceiling)

Sanchez, C. (2016). «¿Cobran menos las mujeres que los hombres? Desmontando un mito». *El Confidencial* (https://www.elconfidencial.com/economia/2016-03-08/cobran-menos-las-mujeres-que-los-hombres-desmontando-un-mito_1164816/)

Sánchez de La Cruz, D. (2019). «Por qué la "brecha salarial" es el gran mito del feminismo», *Libre Mercado* (https://www.libremercado.com/2019-03-05/por-que-la-brecha-salarial-es-el-gran-mito-del-feminismo-izquierdista-1276634170/)

Shackleton, J.R. (2008). *Should We Mind the Gap? Gender Pay Differentials and Public Policy*, Institute of Economic Affairs, London

Schmitt, D.P. (2017). «The Truth About Sex Differences», *Psychology Today*, 7 (https://www.psychologytoday.com/intl/articles/201711/the-truth-about-sex-differences)

Schneider, G. (2017). «Economic Freedom and Gender Equality Go Hand in Hand», Economics, 21 (https://economics21.org/html/economic-freedom-and-gender-equality-go-hand-hand-2607.html)

Seabright, P. (2012). *The War of the Sexes: How Conflict and Cooperation Have Shaped Men and Women from Prehistory to the Present*, Princeton University Press, Nj

Skwire, S. (2016). «How the State Became the American Woman's Real Enemy», *Learn Liberty* (https://www.learnliberty.org/blog/how-the-state-became-the-american-womans-real-enemy/)

Sommers, C.H. (1995). *Who Stole Feminism? How Women Have Betrayed Women*, Simon and Schuster, New York

Sommers, C.H. (2016). «6 Feminist Myths That Will Not Die», *Time*, (https://time.com/3222543/wage-pay-gap-myth-feminism/)

Soriano, D. (2015). ¿Cobran menos las mujeres por hacer «el mismo trabajo» que los hombres? *Libertad Digital* (https://www.libremercado.com/2015-03-02/cobran-menos-las-mujeres-por-hacer-el-mismo-trabajo-que-los-hombres-1276541978/)

Sowell, T. (2012). *La discriminación positiva en el mundo: estudio empírico*, Editorial Gota a Gota, Madrid

Su, R., Rounds. J. & Armstrong, P. I. (2009). «Men and Things, Women and People: A Meta-Analysis of Sex Differences in Interests». *Psychological Bulletin*, vol. 135, 6 (http://emilkirkegaard.dk/en/wp-content/uploads/Men-and-things-women-andpeople-A-meta-analysis-of-sex-differences-in-interests.pdf)

Vilar, E. (1973). *El varón domado*, Grijalbo, Madrid

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 415-436
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.15

El caleidoscopio de Sófocles: sobre Antígona y la filosofía del derecho

The kaleidoscope of Sophocles: on Antigone and the Philosophy of Law

José Enrique Sotomayor Trelles

Autor:
José Enrique Sotomayor Trelles
Centro de Investigación Interdisciplinar Ciencia y Sociedad (CIICS), Universidad de Ciencias y Humanidades, Lima, Perú
jesotomayor@uch.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-1155-0249

Recibido: 03/05/2023
Aceptado: 28/03/2024

Citar como:
Sotomayor Trelles, José Enrique (2024). El caleidoscopio de Sófocles: sobre Antígona y la filosofía del derecho *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 415-436. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.15

Agradecimientos:
Agradezco a Noemí Ancí, Betzabé Marciani y Félix Morales por la lectura y discusión de una versión preliminar del presente ensayo. Sus comentarios resultaron esclarecedores y sus críticas me ayudaron a fortalecer la estructura analítica y argumentativa. También agradezco los comentarios y sugerencias de los revisores anónimos del ensayo. Sus acotaciones y solicitudes de precisión me ayudaron a perfeccionar el contenido del manuscrito, así como corregir equívocos e imprecisiones. Desde luego, los errores remanentes son de mi responsabilidad.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 José Enrique Sotomayor Trelles

Resumen

El presente ensayo ofrece una lectura contemporánea de la posición de cinco personajes de la tragedia sofoclea *Antígona*: Creonte, Antígona, Ismene, Hemón y Tiresias. Sostengo que en sus planteamientos podemos encontrar los ejes centrales de diversas discusiones de la filosofía del derecho, encarnada en problemas tales como la obediencia al derecho, los ordenes de normatividad del derecho positivo y de la ética, la relación entre derecho y poder, y entre derecho y razón práctica, en la forma de la prudencia y de la modulación en la aplicación de la ley y de sus sanciones. En ese sentido, el análisis es una prueba de la tesis central, es decir, que *Antígona* es una suerte de caleidoscopio para pensar asuntos centrales de la filosofía del derecho contemporánea y que, en consecuencia, su valor no es meramente histórico.

Palabras clave: Antígona; derecho y literatura; obediencia al derecho; razón práctica; prudencia; razones estratégicas en el derecho.

Abstract

This paper offers a contemporary reading of the position of five characters of the Sophoclean tragedy *Antigone*: Creon, Antigone, Ismene, Haemon and Teiresias. I argue that in their approaches we can find the central axes of various discussions of the philosophy of law, embodied in problems such as obedience to the law, the orders of normativity of positive law and ethics, the relationship between law and power, and between law and practical reason, in the form of prudence and modulation in the application of the law and its sanctions. In this sense, the analysis is a proof of the central thesis, namely, that Antigone is a sort of kaleidoscope for thinking about central issues of contemporary philosophy of law and that, consequently, its value is not merely historical.

Keywords: Antigone; law and literature; obedience to law; practical reason; prudence; strategic reasons in law.

1. INTRODUCCIÓN

> «El alma platónica, en su pureza y simplicidad, se dirige a objetos éticos de una sola naturaleza y privados de toda mezcla. En cambio, el espíritu sofocleano se asemeja más a la *psyché* de Heráclito: una araña en el centro de su tela, capaz de sentir y reaccionar al estirón que se produzca desde cualquier parte de su compleja estructura».
>
> (Nussbaum, 2004, p. 114)

Distante de la antigua Grecia, tanto en términos espaciales como temporales, el Tribunal Constitucional peruano recurría a un somero análisis de la tragedia *Antígona* en una reciente sentencia referente a la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios (Tribunal Constitucional peruano, 2020, fundamentos jurídicos 74 y ss.). Los demandantes del proceso de inconstitucionalidad contra esta ley alegaban que la misma había sido «(…) emitida específicamente para destruir el nicho colectivo en el que se encontraban los cuerpos de ocho prisioneros fallecidos en la matanza de la isla del Frontón (…)» (ibid., fundamento jurídico 21)[1]. En aspectos tales como la acusación de que estábamos ante una ley con nombre propio y dirigida contra personas procesadas o sentenciadas por el delito de terrorismo se vislumbran debates que nos llevan de vuelta a tópicos abordados por Sófocles tantos siglos atrás: la discusión sobre la naturaleza *ad hoc* o general de las leyes, la sanción draconiana a los enemigos de la república, las leyes inmemoriales sobre el descanso de los muertos, entre otros. Por todo ello, aun cuando podamos considerar que los párrafos que el tribunal dedica a *Antígona* son un mero ejercicio retórico o incluso de vana erudición, no podemos dejar de notar que tal invocación muestra la omnipresencia de la tensión central de la obra en la cultura occidental.

1. La sentencia del Tribunal Constitucional peruano se da en el marco de una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 30868, que modificaba la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios. En concreto, dicha ley alteraba la redacción de un artículo de la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios, a la vez que incorpora un nuevo artículo, el 26-A, que dispone la posibilidad de exhumar restos humanos cuando el entierro se haya realizado en una ubicación sin autorización o cuando se infrinjan requisitos dispuestos por el cementerio u otras autoridades pertinentes. Los demandantes alegan que, a pesar de su apariencia de generalidad, dicha modificación supone una ley con nombre propio, dirigida a destruir un nicho colectivo en un cementerio del distrito de Comas, Lima, que no cumplía con el requisito de contar con todas las autorizaciones pertinentes por parte de la autoridad. En este nicho se encontraban los cuerpos de ocho personas que fallecieron en la matanza de la isla El Frontón, ocurrida en 1986. Estas personas fueron procesadas o sentenciadas por cometer el delito de terrorismo. Es a partir de este dato que los demandantes conjeturan que la verdadera razón detrás de la ley es un trato de «enemigos» a las personas enterradas en el nicho colectivo.

Y es que *Antígona*, acaso la más célebre de las tragedias de Sófocles, ha generado una poderosa influencia y evocación a lo largo de la historia. Parte de este poder de atracción se debe a que se trata de una tragedia sobre estados mentales, es decir, sobre creencias y emociones que predisponen hacia la acción. En *Antígona* hay una notable riqueza en el universo conceptual y mental de los personajes, y es ello lo que permite analizarlos desde un prisma teórico (*vid.* en esta línea Winnington-Ingram, 1980, pp. 122-123; Nussbaum, 2004, pp. 113 y ss.). Entre los pensadores que se han visto atraídos por la complejidad de la acción dramática de la obra se encuentran Aristóteles, Hegel, Kierkegaard y Heidegger, y, en tiempos más recientes, Steiner, Nussbaum, Butler, Shklar, Žižek, entre otros. Todos ellos han formulado lecturas originales, aún bajo el riesgo de unilateralizar –salvo en el caso de Nussbaum– la riqueza de la obra, enfatizando ciertos aspectos o momentos de su desarrollo por sobre otros.

Desde la filosofía del derecho se ha leído a *Antígona* como una formulación iniciática de la tensión a veces irreconciliable entre la ley de los dioses y la de los hombres, entre la necesidad versus la contingencia, entre la sociedad civil y el Estado o entre la razón y la voluntad (*vid.* Alegría, 1997; Sabine, 1961, pp. 29-30; Burns, 2002, quien criticará el planteamiento en términos de la contraposición entre derecho positivo y natural). En ese sentido, la obra constituye una aproximación primigenia de lo que siglos después se conocería como el debate entre positivismo jurídico y las teorías del derecho natural. Ferrajoli expresa esta tensión, cuyo telón de fondo se encuentra en *Antígona*, con meridiana claridad. Así, en el positivismo la autoridad garantiza la certeza del derecho y limita la arbitrariedad, mientras que en el iusnaturalismo es la racionalidad del contenido de las normas, esto es, su sustancia, aquello que garantiza la justicia del derecho (2022, p. 11)[2].

La tensión que recorre *Antígona* es resuelta en algunos casos por una síntesis superadora, como en el caso de la lectura de Hegel (*vid.*, al respecto, Landaeta & Arias, 2013, pp. 123 y ss.), mientras que en otros casos se reconoce una aporía irresoluble, como recientemente ha propuesto van den Berge (2017). En este ensayo sostendré que la obra posee tal dimensión dialéctica, pero que es mucho más que ello, y que en tal medida es una suerte de caleidoscopio desde el que podemos ver representadas las múltiples relaciones entre derecho, razón práctica y política, y entre autonomía versus heteronomía en el juicio. Ello me lleva, necesariamente, a hacer una lectura reactualizada del texto, aprovechando sus pliegues, vaguedades y ambigüedades para rastrear la génesis de varios problemas de la filosofía del derecho contemporánea. En ese sentido, no hay aquí pretensión de rigor histórico ni filológico, sino un ejercicio de pensar a la obra más allá de sí misma, trazando conexiones y aporías con debates actuales sobre

2. La tesis central de Ferrajoli (2022) será, sin embargo, que tanto los valores de autoridad como los de justicia se encuentran en crisis en el mundo contemporáneo. En el caso de los valores de certeza y autoridad ello ocurre por la creciente complejidad del sistema de fuentes, la crisis de la soberanía estatal y la inflación legislativa. Por su parte, la justicia habría entrado en crisis por un proceso de precarización de derechos sociales, del ascenso de la *lex mercatoria* por encima del derecho público y por imperativos de austeridad que se comienzan a imponer desde instancias supranacionales en Europa y el resto del mundo.

la temática. *Antígona* es, en suma, un desencadenante para la discusión de ideas, tesis y argumentos.

Una precisión final antes de pasar al análisis es que en este ensayo no exploro una serie de cuestiones de central importancia, pero que requieren ulteriores investigaciones. En la medida que toda investigación supone erigir ciertos linderos, espero que este anuncio funcione como un descargo por las omisiones aquí presentes. Por ejemplo, se excluye una reflexión explícita sobre la conexión entre tragedias y casos difíciles y trágicos. Tampoco he abordado de qué manera el ensayo se inserta dentro del panorama de corrientes y enfoques de derecho y literatura. Finalmente, soy consciente de que las posturas de Ismene y Antígona pueden ser exploradas de forma fructífera a partir de diversos enfoques de teoría jurídica feminista, pero considero que esto es algo que merecería una indagación más amplia que la que aquí puedo ofrecer.

2. LA TENSIÓN BÁSICA: ANTÍGONA DESAFÍA A CREONTE

La forma que ya se ha hecho tradicional de presentar la tensión central de la obra de Sófocles es contraponiendo las posiciones de Antígona –hija del desgraciado Edipo, y hermana de Ismene, Eteocles y Polínices, así como prometida de Hemón–y Creonte –tirano gobernante de Tebas luego de la guerra fratricida entre Eteocles y Polínices, y tío de Antígona–[3]. En ese sentido, Griffith (1999, p. 34) resume la tensión como la de una colisión entre dos individuos de carácter dogmático e inflexible. Frente a la muerte de los hermanos Eteocles y Polínices, uno a manos del otro, como rezaba la maldición de Edipo[4], la ciudad de Tebas queda acéfala, y es en ese vacío de poder que Creonte asume las riendas de la ciudad como tirano de la *polis*. Bajo su gobierno se proclama un edicto que dispone la muerte por lapidación de quien se atreva a enterrar a Polínices, por considerársele un traidor de la ciudad (Antígona, vv. 21-30, p. 78)[5].

Así, mientras que Antígona representa la ley de los dioses que son leyes no escritas (*ágrapta nómina*), pero que también remiten al concepto de orden o de *cosmos*[6],

3. En un comentario interesante, Griffith considera que más allá de las posiciones que cada personaje defiende, hay también una pugna entre estilos argumentativos: mientras que Creonte apela a generalizaciones y metáforas tomadas de la metalurgia y el mundo militar, Antígona emplea un lenguaje sobre lo concreto y particular, esto es, sobre una verdad experiencial no excenta de componentes de ironía (Griffith, 1999, pp. 36-37).
4. La maldición se reitera en el siguiente pasaje de Edipo en Colono: «Es imposible que destruyas esa ciudad [Tebas]; antes caeréis manchados con vuestra propia sangre tú y tu hermano.» (*Edipo en Colono*, v. 1375, p. 322).
5. En lo sucesivo se cita la edición de la Biblioteca Clásica Gredos (2000), cuya traducción estuvo a cargo de Assela Alamillo. Asimismo, para el contraste crítico y la verificación de los versos se ha empleado la excelente edición de Griffith (1999) para la Cambridge University Press. Esta edición contiene el texto original griego, así como un aparato crítico de notas y comentarios sobre cada verso.
6. Comentando la obra de Anaximandro, Jaeger señala lo siguiente con relación al concepto de *cosmos*: «Lo que Anaximandro formula en sus palabras es una norma universal más bien que una ley de la naturaleza

Creonte representará al poder de la ley positiva, del *nomos* (*vid.* Barceló y Hernández de la Fuente, 2014, pp. 213 y ss.). Mientras que la ley de los dioses establece el deber de enterrar a los muertos y la igualdad de los hombres frente a la muerte, la igualdad en faz del Hades; la ley positiva se orienta a honrar a los defensores de la patria y a evitar la anarquía y el cuestionamiento de la continuidad de la *polis*. Pero Antígona también representa el poder de la tradición, de la necesidad de prestar libaciones ante el cuerpo inerte del familiar muerto. Esta ley de los dioses es estable e inmemorial, mientras que la ley humana de Creonte es arbitraria y contingente. Ello puede dar lugar a dos interpretaciones de la posición de Antígona: como una defensora de la ley de los dioses en tanto instancia de normatividad superior, análoga a la justicia o la moralidad; o como una representante del valor de la tradición frente a la contingencia de la ley humana.

Antígona es, además, una desobediente confesa y consciente de la ley en un doble sentido: tanto comprende que su actuar es contrario a la formulación literal del edicto de Creonte –él mismo verifica que ella conoce y comprende lo ordenado (Antígona, vv. 445-446, p. 93)– como se opone al espíritu de dicho edicto[7]. De hecho, Fletcher (2008, pp. 82-83) llama la atención sobre cómo Antígona emplea la palabra griega *kêrugma* para referirse al edicto, al que no califica como *nomos*. A ello se suma que se referirá a Creonte como general, *strategos*, más que como gobernante o rey. La oposición de Antígona al espíritu o razón del edicto, además, es doblemente compleja, pues tanto se refiere a la injusticia de dejar insepulto a su hermano muerto, como parece oponerse a la idea de que el *nomos* es el eje articulador de la vida social y política de la polis. En ese sentido, pareciera implícitamente sostener que dicho rol de sedimentación de la vida en común corresponde a las costumbres.

Concretamente, Antígona hace explícito su punto de vista en algunos lugares emblemáticos de la obra. El primer lugar se encuentra en la respuesta inmediatamente posterior a reconocer con jactancia la comisión de la falta contra el edicto de Creonte. Descartando la hipótesis del desconocimiento sobre el contenido del mandato del tirano, la joven cuestiona el sentido y autoridad de dicha prescripción en los siguientes términos: «No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres.» (Antígona, v. 450, p. 93). Lo

en el sentido moderno. El conocimiento de esta norma del acaecer de la naturaleza tiene un sentido inmediatamente religioso. No es una simple descripción de hechos, sino la justificación de la naturaleza del mundo. El mundo se revela como un *cosmos*, o, dicho en castellano, como una comunidad de las cosas, sujetas a orden y a justicia.» (Jaeger, 2000, p. 159).

7. Guillermo Lariguet (2015) ha explorado la conexión entre la tensión de las posturas de personajes trágicos y la noción de disenso. Desde el punto de vista normativo, la pregunta es hasta qué punto el tirano y la *polis* en su conjunto pueden tolerar la desobediencia de Antígona. Acertadamente, el autor afirma que esta es una pregunta compleja, pues nos pone ante el escenario de identificar criterios o metacriterios para dirimir qué cuenta como un disenso razonable en la comunidad. Otro aspecto interesante del ensayo de Lariget es la idea de que podemos concebir al disenso como un espacio de lucidez moral frente a la intransigencia del mandato del tirano. En ese sentido, Antígona nos recordaría constantemente la importancia de alinear los preceptos del derecho positivo a una normatividad de orden superior.

que vemos aquí es un cuestionamiento que al parecer está asociado al rango de la norma transgredida: Antígona desliza la posibilidad de que el edicto de Creonte sea ley en un sentido deficiente o incompleto, pues su cumplimiento estaría supeditado a la concordancia (en este caso inexistente) con los mandatos de la justicia. Ello queda reforzado con la siguiente frase: «No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Estas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron.» (Antígona, vv. 451-454, p. 93). En Antígona, entonces, el conflicto se configura entre dos órdenes normativos, el del derecho positivo y el de la normatividad ética, compuesta por preceptos que nadie sabe dónde ni cuando surgieron, pero cuya normatividad es más fundamental y establecida (*vid.* en la misma línea Staehler, 2007). En ese sentido, Antígona llega a retar el poder del orden positivo enfatizando en el poder de las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Puesta a decidir entre el cumplimiento de uno y otro, Antígona se decanta sin hesitar por las costumbres inmemoriales. Lo que no deja de ser interesante, y le brinda una dignidad hierática, es que Antígona no apela a la inaplicación de la sanción o al perdón de la falta, una vez identificado el conflicto de acción, sino que acepta con arrogancia la sanción impuesta («Sabía que iba a morir, ¿cómo no?, aun cuando tú no lo hubieras hecho pregonar [refiriéndose a Creonte].», Antígona, v. 460, p. 93), pero sin dejar de cuestionar la inconsistencia del edicto desde la perspectiva de las leyes de los dioses.

Finalmente, en Antígona se avizora una forma fascinante de comprender la igualdad ante la muerte. Cuestionada por Creonte por equiparar, mediante las exequias a Polínices, al hermano invasor con el defensor de Tebas (Eteocles), la joven replica señalando que esas diferencias (entre invasor y defensor) no son relevantes:

> «Antígona: Hades (…) desea leyes iguales.
> Creonte: Pero no que el bueno obtenga lo mismo que el malvado.
> A: ¿Quién sabe si allá abajo estas cosas son las piadosas?
> C: El enemigo nunca es amigo, ni cuando muera.
> A: Mi persona no está hecha para compartir el odio, sino el amor.» (Antígona, vv. 519-524, p. 96)[8].

En su alegato sobre la igualdad ante la muerte (todos, sin distinción, merecen ser enterrados apropiadamente, mediante libaciones), Antígona establece una comunidad humana en la que el justo y el malvado terminan por igual, dependiendo de la *polis* para que su cuerpo no sea corrompido después de la muerte. Lo que hace iguales a todos los seres

8. En su comentario sobre este pasaje, a partir del texto original en griego, Griffith (1999, pp. 211-212) trae a colación la interpretación escolástica, en el sentido de que la naturaleza de Antígona es de tales características que ella no se puede unir en el odio que profesaban uno por el otro sus hermanos muertos, sino que se une en el amor que le tenía cada uno de ellos por separado. Ello explicaría el no compartir el odio, pero sí el amor. Esta interpretación es la más cercana al decir literal de Antígona, pero aquí nos apartaremos de tal lectura y propondremos que Antígona desliza un fundamento distinto para la igualdad: una igualdad ante la muerte fundada en la compasión y el amor.

humanos es esa vulnerabilidad y dependencia, y la garantía de su cumplimiento parte de desechar el odio profesado en vida: ser una persona hecha para compartir el amor.

El argumento de Antígona en este pasaje parece deslizar un fundamento distinto para la igualdad y, en consecuencia, el cauce para una genealogía alternativa para nociones tales como la de derechos humanos. Mientras que la historia canónica rastrea el surgimiento y auge de la noción de autonomía moral como fundamento de la dignidad y de los derechos humanos, con la figura central de Immanuel Kant, la historia que parte de Antígona nos lleva por el romanticismo hasta autores tan disímiles como Richard Rorty. No deja de ser una coincidencia que el ejemplo con el que Rorty inicia su conocido ensayo *Human rights, rationality, and sentimentality* (Rorty, 1998) sea también uno en el que los cuerpos humanos se ven vulnerables y dependientes de sentimientos emparentados con el amor (como la compasión): se trata de la deshumanización y violación de prisioneros musulmanes por parte de los guardias serbios durante el conflicto bosnio de mediados de la década de los noventa del siglo XX. La operación básica que hace posibles horrores como la limpieza étnica, conjetura Rorty, no es tanto la monstruosidad y sadismo que seres humanos profesan contra quienes consideran sus pares, sino la previa deshumanización que traza linderos entre seres humanos y pseudo-humanos (Rorty, 1998, p. 167)[9]. Recalando en la obra del filósofo argentino Eduardo Rabossi, Rorty emprenderá un proyecto antifundacionalista en el que no es tan relevante saber cuál es la naturaleza auténticamente humana que nos une sino, más bien, la generación de una cultura de los derechos humanos que se concentra en el esfuerzo de generar sentimientos que permitan la expansión del círculo de «personas como nosotros» (ibid., p. 176). Volviendo a Antígona, lo que la operación del amor por sobre el odio permite es ver en el hermano invasor muerto no tanto un enemigo que merece desprecio sino, por ejemplo, a un hermano que murió sintiéndose traicionado por Eteocles a pesar de que ambos tenían un acuerdo para el gobierno cíclico de Tebas[10]. Hombres falibles dan lugar a vidas falibles, y, en consecuencia, merecen los mismos

9. En *La invención de los derechos humanos*, Lynn Hunt (2009, en especial cap. 1) desarrolla también una historia sobre el surgimiento de una cultura de los derechos humanos a partir de la lectura compartida de novelas epistolares como *Julia*, de Rousseau, y los sentimientos de empatía y subjetividad que ello generaba. Tal escenario permitió, de acuerdo con el argumento de Hunt, la humanización de personas con quienes, en principio, los lectores no se hubiesen sentido identificados. Así, «*Julia* presentó a sus lectores con una nueva forma de empatía. Aunque Rousseau pusiera en circulación la expresión «derechos del hombre», los derechos humanos no son el tema principal de su novela, que gira en torno a la pasión, el amor y la virtud. No obstante, alentó una identificación altamente emotiva con los personajes, de modo que los lectores sintieran empatía por ellos más allá de las barreras de clase, sexo y nacionalidad.» (pp. 36-37).

10. Por contraste, Creonte deshumaniza a Antígona en algunos pasajes, como aquel en el que, ante la pregunta de Ismene, sobre si será capaz de dar muerte a la prometida de su hijo Hemón, Creonte responde con la siguiente frase «También los campos de otras se pueden arar.» (Antígona, v. 569, p. 98). De esta forma Antígona pasa a adquirir una condición de cosa con una función, más de que persona con agencia propia.

tratos ante la muerte. Esta es, en todo caso, una línea de comentario que permitiría rastrear un antifundacionalismo sobre los derechos humanos en la obra de Sófocles.

Creonte, por oposición a Antígona, es la figura que representa el orden del *nomos* o de la ley positiva. Ante la muerte de Eteocles y Polínices en batalla ha mandado a publicar un edicto que dispone que no se dé sepultura al hermano traidor de la *polis*, «(…) como grato tesoro para las aves rapaces que avizoran por la satisfacción de cebarse.» (Antígona, vv. 29-31, p. 78). Ocurre, sin embargo, algo interesante con la naturaleza del edicto creontiano. Este no parece tener la forma de una ley, con sus características canónicas de generalidad y abstracción. El edicto, al menos eso es lo que se desprende de los pocos pasajes en los que se hace referencia a su contenido, es más bien un acto individual que dispone algo como lo siguiente: «Se prohíbe dar sepultura al cuerpo de Polínices, bajo sanción de lapidación pública», en lugar de «Se prohíbe dar sepultura a los traidores de Tebas, bajo sanción de lapidación pública». Esta formulación particular podría parecer un detalle menor, pero está atada a toda una serie de sutiles referencias a la naturaleza tiránica del mandato de Creonte. En un pasaje que muestra la insolencia de la joven Antígona, esta cuestiona la autoridad creontiana como encarnación de la tiranía, afirmando que «(…) a la tiranía le va bien en otras muchas cosas, y sobre todo le es posible obrar y decir lo que quiere.» (Antígona, vv. 506-507, p. 95)[11]. El obrar y decir lo que se quiere incluye emitir preceptos dirigidos a personas individuales, más que legislación orientada hacia el bien común y, por ende, expresada en mandatos que emplean clases o predicados antes que nombres propios. El decir lo que quiere también incluye una obediencia temerosa, que es un fino hilo que une a personajes como Ismene y al pueblo tebano. Antígona conjetura que todo el pueblo acepta su desobediencia y que sus acciones le complacen «(…) si el temor no les tuviera paralizada la lengua.» (Antígona, v. 505, p. 95).

El origen del edicto en una sola voluntad, la del tirano, es de hecho una de las razones de la tensión dramática que recorre la obra y que se encarna en la opinión del pueblo –expresada en el corifeo– y la obstinación del tirano. Tal vez una ley de origen democrático ejercería un poder y autoridad mucho más fuerte sobre el potencial desobediente[12]. Este es un elemento que, por ejemplo, aparece en la interpretación hegeliana de la tragedia, pero es también uno de los ejes centrales de la interpretación que desarrolla Fletcher (2008, pp. 83-84), para quien el origen no democrático del

11. Hay otros fragmentos en los que se revela la naturaleza tiránica y desbocada del régimen de Creonte. En una discusión con Hemón, el tirano se pregunta retóricamente si la ciudad va a (osar) decirle lo que tiene que hacer y, ante la insistencia de Hemón, quien le recuerda que no hay ciudad que sea de un solo hombre, es el propio Creonte quien replica con una pregunta retórica: «¿No se considera que la ciudad es de quien gobierna?» (Antígona, v. 738, p. 104). Evidentemente Creonte cree que la respuesta es afirmativa.
12. En esta línea de análisis *vid.* Fletcher, 2008, quien cita a Froma Zeitlin para comentar sobre la relación entre tiranía y democracia en la formulación de las leyes. Desde el punto de vista de esta última autora, la Tebas de *Antígona* es una suerte de «anti-Atenas», en el sentido de que proyecta los horrores tiránicos de un pasado distante (Fletcher, 2008, pp. 80-81). Aún con ello, la autora sostiene que la voz del pueblo se hace conocer a través de un discurso informal que interpela a Creonte.

edicto supone una crítica velada de Sófocles a un pasado en el que las leyes no eran el producto del acuerdo de la comunidad. En la reconstrucción propuesta por Steiner, la acción del auténtico representante del Estado es la de aquel que hace suya la realidad sustantiva de este, pues en caso contrario tenemos una ley *solamente* suya, que termina por hacer de la obstinación un mandato (Steiner, 2013, pp. 44-46).

De hecho, la cuestión del origen unilateral o democrático de las leyes es el tema de una segunda obra de la antigüedad griega. La prosopopeya imaginada por Platón en el diálogo *Critón* pone en voz de «las leyes» toda una serie de argumentos sobre el deber de obediencia al derecho que conjetura Sócrates ante un desbocado Critón, que busca convencerle de escapar de su condena a muerte. En un pasaje especialmente interesante estas leyes sostienen lo siguiente:

> «El que de vosotros se quede aquí viendo de qué modo celebramos los juicios y administramos la ciudad en los demás aspectos, afirmamos que este, de hecho, ya está de acuerdo con nosotras en que va a hacer lo que nosotras ordenamos, y decimos que el que no obedezca es tres veces culpable, porque le hemos dado la vida, y no nos obedece, porque lo hemos criado y se ha comprometido a obedecernos, y no nos obedece *ni procura persuadirnos si no hacemos bien alguna cosa*. Nosotras proponemos hacer lo que ordenamos y no lo imponemos violentamente, *sino que permitimos una opción entre dos, persuadirnos* u obedecernos; y el que no obedece no cumple ninguna de las dos.» (Critón, 51e-52a, p. 211, cursivas añadidas).

En este pasaje lo más interesante es la alusión a la idea de persuasión sobre el juicio de las leyes, que se plasma ya sea en la participación en la elaboración de dichas leyes, como un producto colectivo de la *polis*, o a través de su aplicación en un juicio mediante la defensa. En suma, la posición de una Antígona ateniense sería más difícil de sostener que la de Antígona en Tebas, dada la naturaleza, origen y extensión de la ley incumplida.

Ahora bien, independientemente del origen tiránico del edicto, Creonte desarrolla algunos argumentos para defender su postura. Estos argumentos se despliegan en dos frentes: una defensa del edicto concreto y una justificación sobre la obediencia a los mandatos del gobernante, y tienen lugar en una discusión con Antígona, el primero, y con Hemón, el segundo.

El primero de estos argumentos, según lo señalado, se relaciona con la idea de liderazgo y orden. Así, Creonte sostiene (en una frase que Ismene aprobaría, aunque por razones distintas) que a quien la ciudad designa como su gobernante, se le debe obediencia en lo pequeño, lo justo y lo injusto (lo contrario) (Antígona, vv. 666-667, p. 101). Pero el fundamento de la extensión de dicho deber de obediencia yace en el peligro que acarrearía seguir el propio juicio ante las leyes: el riesgo de la anarquía y sus consecuencias destructivas y desoladoras. Por cierto, la amenaza anárquica no es para Creonte solo una figura retórica: su argumento sobre la autoridad no es planteado en una sociedad contemporánea tendencialmente justa, con fuerzas del orden eficientes y pequeños y concretos actos de desobediencia (la sociedad bien ordenada en la que Rawls imagina su teoría sobre la desobediencia civil en Rawls, 1999, pp. 319 y ss.), sino en una sociedad que acaba de pasar por una guerra de hermanos y una invasión

extranjera que le pudieron costar la destrucción. Van den Berge (2017, pp. 210 y ss.) agrega algunos datos más de contexto en su análisis: Creonte ha asumido el mando de Tebas después de la muerte y exilio de reyes, de plagas y de una guerra entre hermanos. Solo de esta forma podemos apreciar el valor de la preservación de la comunidad política y los efectos destructivos que podría acarrear una actitud de desobediencia generalizada. De hecho, planteado en esos términos abstractos, el argumento de Creonte gana el asentimiento del corifeo, a quien le parece que en ese discurso sobre el orden Creonte habla con sensatez (Antígona, vv. 681-682, p. 102). Quiero sostener que esta es una razón de segundo orden para la obediencia del edicto que propone Creonte. Así, para hacer más explícito el razonamiento podemos estipular para nuestros fines que mientras que una razón de primer orden para la obediencia se refiere a la aquiescencia del agente con la razón subyacente que fundamenta a la regla, una razón de segundo orden sería aquella en la que el comportamiento es conforme a la regla porque se valora a la obediencia generalizada al derecho. Así, mientras que el primer orden sería particular siempre, pues su referencia es una ley específica, el segundo orden es general, pues se refiere a la obediencia a un sistema jurídico.

Pero hay más: en su lid con Antígona, Creonte desarrolla de forma fragmentaria la que podríamos llamar razón subyacente del edicto concreto, que consiste en honrar a los patriotas y no equiparar a los traidores de la *polis* con aquellos, en suma, evitar que el bueno obtenga lo mismo que el malvado (Antígona, v. 520, p. 96). Tenemos, entonces, en la posición de Creonte una razón para la obediencia del edicto, o razón de primer orden, consistente en celebrar a los patriotas y mantener en el oprobio a los traidores; y una razón de segundo orden, consistente en el valor de la obediencia al gobernante para evitar la anarquía. Todo ello configura una compleja, aunque en gran medida implícita teoría sobre el valor del *nomos* y de la obediencia a las leyes de los hombres.

Un detalle que no puede pasar desapercibido es que, en su defensa del valor de la ley y el derecho positivo, Creonte también recibe perjuicios. Por ejemplo, la prometida de su hijo es la rebelde que debe ser sancionada. Pero la joven Antígona es también miembro de su familia, es su propia sobrina. El argumento de Creonte para la inclemencia se hace bastante claro en una discusión con Hemón: «[refiriéndose a Antígona y su condena] ¡Que invoque por ello a Zeus protector de la familia! Pues si voy a tolerar que los que por su nacimiento son mis parientes alteren el orden, ¡cuánto más lo haré con los que no son de mi familia! Quien con los asuntos de la casa es persona intachable también se mostrará justo en la ciudad.» (Antígona, vv. 659-663, p. 101). En este pasaje Creonte esboza una actitud de cumplimiento imparcial de la ley, con independencia de si el infractor es parte de su familia o no, y más aún, la tolerancia con las infracciones de los parientes solo generaría una obligación para hacer lo propio con cualquier otro ciudadano, consecuencia que Creonte no puede aceptar por las razones sobre el valor de la ley y la evitación de la anarquía ya esbozadas. En ese sentido, Creonte es rigorista en el cumplimiento de un edicto que en buena medida también le perjudica.

Una última cuestión que amerita comentario es, sin embargo, la inconsistencia en el rigor del cumplimiento de la ley por parte de Creonte. Si suya es una defensa rigurosa sobre el valor de la ley como factor de cohesión social, no queda del todo claro por qué la sanción inicial ante el incumplimiento del edicto –muerte por lapidación– es luego variada por una sanción distinta, que consiste en llevar a la desobediente Antígona a un lugar donde la huella de los hombres esté ausente, una caverna, donde se le llevará alimento justo (Antígona, vv. 774-776, p. 106). Si se acepta una morigeración de la sanción por el incumplimiento del edicto, ¿por qué no se extiende dicha flexibilización en función de la justificación de la falta?, ¿si la flexibilización en la aplicación de la pena supone la incorporación de consideraciones propias de la razón práctica, como la prudencia o incluso la clemencia, por qué estas variables no ingresan en la revisión de la naturaleza de la falta en sí misma? Estas son preguntas que Creonte no aborda en momento alguno, pero que muestran que incluso en una actitud de tendencial autonomía semántica y atrincheramiento de la regla, existen momentos conversacionales[13] en los que los efectos de la misma son matizados[14].

3. LA PLURALIDAD DE VOCES: LA APARICIÓN DE ISMENE, HEMÓN Y TIRESIAS

Hasta aquí, sin embargo, habríamos solo privilegiado la perspectiva central de protagonista y antagonista, sobre los cuáles existe un encendido debate sobre cuál ocupa qué rol (*vid.* Calder III, 1971). No obstante, en Antígona existen otros personajes en cierta medida oscurecidos por los reflectores puestos sobre Antígona y Creonte. Considero que rescatar sus perspectivas es fundamental para percibir el carácter caleidoscópido de la obra.

13. Sobre el modelo conversacional de aplicación de las reglas, señala Schauer lo siguiente: «[en el modelo conversacional] (…) quien ha tomar la decisión trata la generalización preexistente de una regla como si surgiera en una conversación, modificándola toda vez que no resulte fiel a su justificación subyacente.» (2004, p. 110)
14. Una respuesta distinta podría provenir de la arquitectura de la ley esbozada por Santo Tomás de Aquino en la *Suma teológica*, formulada varios siglos después de la obra de Sófocles, y desde el iusnaturalismo. En el artículo 2 de la cuestión 95 del *Tratado de las leyes*, el Doctor Angélico sostiene que la ley humana puede derivarse de los principios del derecho natural por dos vías: la de la deducción directa, a la que llama «conclusión» a partir de principios –al modo que se haría habitual en el iusnaturalismo racionalista– o a través de la determinación (*determinatio*), modalidad en la cual el legislador añade algo al precepto de la ley natural, y con ello preserva un grado importante de discrecionalidad. La consecuencia de ello es que aquí no se preserva la fuerza de la ley natural. Un típico caso de derivación por determinación se da en las penas adheridas a prohibiciones (Santo Tomás de Aquino, 1989, c. 95 a. 2, p. 742). La distinción de Santo Tomás permitiría sostener que el incumplimiento de una prescripción y la flexibilización de su sanción son dos tipos de incumplimiento cualitativamente distinto. Lo que no puede ocurrir es dejar de sancionar la falta, pero la determinación de la pena podría formar parte de un escenario más flexible, en el que la prudencia puede hacer su aparición como factor modulador. En todo caso, un argumento de tales características no está presente en el razonamiento de Creonte.

En primer término, tenemos a Ismene, hermana de Antígona, Eteocles y Polínices, y sobrina de Creonte. Desde una primera mirada, poco caritativa, Ismene representaría una actitud hesitante o hasta cobarde ante el tirano tebano, (Judith Shklar, en 2021, p. 99, la llama incluso «oportunista») una forma de indecisión exasperante para personajes de gran resolución y vehemencia como su hermana. No obstante, bajo una mirada más serena y concesiva Ismene también representa una suerte de actitud de «realismo desencantado» ante la naturaleza desmesurada del poder y la ley positiva. Dos observaciones son fundamentales para entender la actitud propia de la «razón observante» de Ismene. Estas se encuentran en la conversación inicial con su hermana, por la madrugada en que se inicia la acción y fuera del palacio de ambas. Luego de recapitular los infortunios que se han cernido sobre el clan de los labdácidas, Ismene trae a colación que la debilidad femenina frente al poder masculino, y, más interesante aún, la naturaleza atada al poder del derecho, aconsejan la prudencia, por lo que «(…) tenemos que obedecer en este y en cosas aún más dolorosas que estas.» (Antígona, v. 64, p. 79). La obediencia a la ley de Ismene es de un género emparentado al hombre malo (*bad man*) de Holmes (*vid.* Perry, 2000). Este obedece el derecho en la justa medida que le evite la sanción, aquella obedece al derecho en la medida necesaria que le evite la imposición poderosa de la ley. Ismene, como reconoce inmediatamente después de la cita precedente, obedecerá al edicto del tirano Creonte porque se siente coaccionada a ello. Todo lo anterior porque «(…) obrar por encima de nuestras posibilidades [de mujeres y personas no poderosas] no tiene ningún sentido.» (Antígona, v. 67, p. 79). No es, entonces, el temor y la duda sino el cálculo racional y el desencanto ante el indómito poder los lineamientos rectores de esta forma de interpretar la agencia de Ismene.

En Critón también encontramos un cálculo estratégico como mediación para la obediencia al derecho. Pero a diferencia de Ismene, que tiene una posición de carencia de recursos para la resistencia o el incumplimiento de la ley, Critón celebra su posibilidad fáctica de sortear sus efectos inclementes. El joven discípulo de Sócrates cuenta con dinero y amistades para arreglar el escape de su maestro, y esta es una de las razones centrales por las cuáles teme que su prestigio social decaiga cuando el pueblo ateniense piense que pudiendo salvar al maestro, no lo hizo (*vid*. Critón, 44c y 45a-c, pp. 199-201). Si Ismene obedece al derecho porque no es suficientemente poderosa como para resistir, Critón se plantea la desobediencia porque cuenta con recursos para hacerlo. En ninguno de estos personajes la ley tiene un valor intrínseco sino solo instrumental, es una circunstancia insalvable en un caso y evitable en el otro, pero que se interpone por sobre los planes personales, un escollo que se debe sortear de algún modo o ante el que solo cabe la obediencia resignada.

Algo de esta tensión está asociada con la distinción entre el punto de vista interno y externo postulada por Herbert Hart. Tal distinción es usualmente asociada a la dicotomía entre perspectiva del participante versus perspectiva del observador con relación al derecho, aunque esta reconstrucción no está exenta de problemas. En su original análisis sobre esta cuestión, Hart trataba de superar las aproximaciones centradas en la

sanción, con referencia a las normas y al derecho. Tal como reseña Shapiro (2006) «visto desde el punto de vista interno, el derecho no es simplemente sancionatorio, directivo o predictivo, sino más bien impone obligaciones.» (p. 1157, traducción propia). Una discusión interesante es aquella sobre si el punto de vista interno hace referencia al aspecto de comportamiento como seguimiento de reglas, o si también incluye el razonamiento sobre las sanciones. Hart parece decantarse por lo primero (en el mismo sentido va la lectura de Shapiro, 2006), y en ese sentido apuntaba que en un momento dado del tiempo pueden existir miembros del grupo social que adoptan una actitud externa frente al cumplimiento del derecho. Para estos individuos las reglas y las obligaciones que estas generan no son lo más importante, sino las consecuencias desagradables asociadas a su incumplimiento. Por ende, «(…) en cualquier momento la vida de una sociedad que vive gobernada por reglas, sean jurídicas o no, es probable que consista en una tensión entre aquellos que, de un lado, aceptan y cooperan de forma voluntaria en el cumplimiento de las reglas, y que ven su comportamiento y el de otras personas en términos de reglas, y aquellos que, de otro lado, rechazan las reglas y las toman en consideración solo desde el punto de vista externo de un posible castigo.» (Hart, 1994, pp. 90-91, traducción propia).[15] Agregaríamos que estos dos puntos de vista, si bien coexisten en un momento dado, son solo posibles si hay una actitud normativa interna mayoritaria, porque en caso contrario, en una sociedad plagada de Ismenes y Critones, llega un punto de no retorno en que el cálculo racional de un derecho que no se obedece por el valor interno de su normatividad, lleva a una suerte de castillo de naipes en que la anomia generalizada es la actitud estratégicamente más redituable frente a las reglas. La coexistencia de puntos de vista y la ubicuidad de una actitud de «anomia boba» tendencialmente externa es uno de los ejes que, por ejemplo, recorre a *Un país al márgen de la ley* de Carlos Nino (Nino, 2011).

Por otro lado, tenemos a las interesantes figuras de Hemón y Tiresias. El primero de estos es el hijo de Creonte a la vez que prometido de Antígona. El segundo, el anciano y adivino ciego que ha prefigurado con precisión todos los infortunios caídos sobre el clan de los labdácidas.

En su alocución ante su decidido padre, Hemón reivindicará el valor de la prudencia. Podemos interpretar su intervención como una defensa de la tesis de que la aplicación de la ley humana requiere de la apertura constante a la razón práctica, que

15. Hay, sin embargo, un problema de ambigüedad con el punto de vista externo, y ello posibilita la existencia de enfoques para los cuales el punto de vista externo es aquel del observador distante, no involucrado en la actitud práctica de aceptación de reglas ni en el temor a las sanciones. Para esta caracterización el temor a la sanción propia del hombre malo de Holmes también formaría parte de un punto de vista interno. Ello ocurre cuando el punto de vista interno es solo definido como el del participante. Después de todo, razona Shapiro, el hombre malo de Holmes es un participante que está preocupado por las sanciones (Shapiro, 2006, pp. 1159). Nino (2020, p. 48) probablemente diría que el observador distante al que nos venimos refiriendo es aquel que adopta una perspectiva ultraexterna. Hart también se refiere en algunos pasajes a un punto de vista externo extremo (1994, p. 89).

algo así como un atrincheramiento completo de las reglas (*vid.* Schauer, 2004) es desaconsejable. Ello implica proporcionalidad en la sanción, pero también la posibilidad de apelar a la derrotabilidad de las reglas[16]. De hecho, componentes de esta idea aparecen prefigurados en la *Retórica* de Aristóteles. Pensando en los argumentos sobre las leyes, el Estagirita sostendrá que actuar «con el mejor criterio» supone «no utilizar a toda costa las leyes escritas», en cuyo caso es mejor recalar en la equidad, en lo razonable y en el seguimiento de la ley común de la naturaleza, y a continuación cita a Antígona (Aristóteles, 2014, Ret. I, 1375a-b, pp. 143-145).

Un representante contemporáneo de tal apertura del espacio de las razones, desde el positivismo jurídico, es José Juan Moreso. En un interesante ensayo sobre la obra de Luigi Ferrajoli, Moreso concluye en un intento de síntesis entre Creonte y Antígona, y lo hace en líneas que me parecen claramente hemonianas (además de expresamente tiresianas):

> «(…) necesitamos reglas públicas, claras y precisas en la ciudad de Creonte. Pero, si no queremos caer en la crítica que le dirige Tiresias hacia el final de la tragedia de Sófocles, dichas reglas deben tener maneras de desactivar su aplicación cuando hacerlo conlleva una clara ausencia de buen juicio, de *eubulía*. En la república constitucional de Creonte ha de haber lugar para considerar justificado el comportamiento de Antígona de enterrar a su hermano Polínices.» (Moreso, 2011, pp. 198-199).

En concreto, Hemón critica en su padre la unilateralización del razonamiento y las consecuencias perjudiciales que de ello se derivan. En su planteamiento de la cuestión como una sobre el desafío abierto y público de la ley, Creonte olvida que hay una segunda perspectiva o punto de vista que muestra a una hermana que sufre al ver insepulto y corrompido por aves y perros al cuerpo de su hermano, y que considera que tal condición es contraria a las leyes de los dioses. La parcialización del razonamiento es una forma de irracionalidad que Hemón cuestiona con sutileza en la siguiente recomendación que dirige a su padre: «No mantengas en ti mismo solo un punto de vista: el de que lo que tú dices y nada más es lo que está bien. Pues los que creen que únicamente ellos son sensatos o que poseen una lengua o una inteligencia cual ningún otro, éstos, cuando quedan al descubierno, se muestran vacíos.» (Antígona, vv. 705-709, p. 103). Pero a continuación Hemón propone un indicio interesante del posible error de juicio de su padre. La sanción prescrita por su edicto ha dejado al pueblo tebano en contra del castigo y a favor del accionar de Antígona. Podemos plantear ello en términos de una actitud proveniente de la moral social: los tebanos del pueblo aprueban las acciones de Antígona, las consideran debidas, y desaprueban veladamente la sanción del tirano, y esta actitud popular debería funcionar como un gatillador de reflexión, o al menos así lo propone el hijo a su padre, y ello porque «no existe ciudad que sea de un solo

16. En el caso concreto de la obra, tal vez podríamos incluso hablar de causas de excepción para el cumplimiento de una disposición sancionatoria. En concreto, la causa de exclusión estaría asociada al cumplimiento de un deber familiar.

hombre» (Antígona, v. 737, p. 104). Al llamado a la apertura de la razón como un proceso de evaluación de múltiples perspectivas le acompaña una nueva crítica velada a la naturaleza tiránica del mandato de Creonte.

La vía argumentativa es distinta en el caso del adivino Tiresias, quien informa a Creonte sobre los efectos que el cuerpo en descomposición de Polínices está produciendo en la ciudad de Tebas. Los altares –prosigue Tiresias– están infectados por el pasto obtenido por las bestias que devoran el cuerpo muerto de Polínices (Antígona, vv. 1015-1019, p. 115). Podemos leer en clave metafórica este mensaje del adivino: los efectos de la aplicación inmisericorde de la ley, cuando esta lleva a una sanción que la generalidad del pueblo considera desproporcionada, son de contaminación del ambiente social[17]. Los lazos que unen a la ciudad y el respeto a la ley que es la marca distintiva del punto de vista interno son contaminados y erosionados por un temor estratégico acompañado de desaprobación. Esa miasma de desconfianza y recelo se cierne sobre la ciudad enrareciendo los vinculos conciudadanos. Esta es la razón del pedido de Tiresias para que Creonte recapacite sobre su castigo: «La obstinación, ciertamente, incurre en insensatez. Así que haz una concesión al muerto y no fustigues a quien nada es ya. ¿Qué prueba de fuerza es matar de nuevo al que está muerto?» (Antígona, v. 1030, p. 115). El ensañamiento o desmesura con el derrotado o con el cuerpo muerto no es un motivo aislado en la literatura griega. De hecho, es uno de los motivos centrales de la ira y desmesura de Aquiles con el cuerpo muerto de Héctor en el Canto XXII de la *Ilíada*. Giusti (2008) relata la furia aquileana, consecuencia de la venganza por la muerte de Patroclo, en los siguientes términos: «Sediento aún de venganza, ata su cadáver a un carro y lo arrastra repetidas veces alrededor de la ciudad amurallada en presencia de sus conciudadanos y sus familiares, y se lleva consigo luego el cadaver con la intención de entregarlo a los perros.» (pp. 17-18). El relato del propio Homero es tremendamente vívido: «Así [después de ser arrastrado] quedó cubierta su cabeza entera de polvo. Su madre se mesó los cabellos, arrojó el nítido velo lejos y prorrumpió en muy elevados llantos al ver a su hijo. También su padre emitió un lastimero gemido, y las gentes en la ciudad eran presas de llantos y lamentos.» (*Ilíada*, Canto XXII, p. 563). Pero es esta desmesura en la sanción o con el cuerpo muerto del vencido la que genera un imperativo que se formula como un «¡basta ya!». Es este imperativo el que se oye tanto en los espectadores de la venganza de Aquiles como en Tiresias y los tebanos que piden el fin de la desmesura sancionatoria. En este caso el ensañamiento se ubica al nivel del edicto que debe ser cumplido con rigor más que en un exceso de violencia en la aplicación del mismo. Pero este llamado a la contención es precisamente, sostiene Giusti, el imperativo de la ética, una conciencia sobre los límites que no deben sobrepasarse incluso en

17. Un argumento interesante que retoma la idea de un «ambiente social» no enfermo es el que Jeremy Waldron desarrolla con relación a los daños ambientales (sobre un ambiente de tolerancia y respeto democrático) que produce el discurso de odio. Este argumento está desarrollado en *The Harm in Hate Speech* (Waldron, 2012).

episodios de desmesura emocional (2008, p. 18). La prudencia es un rasgo, entonces, que debe estar presente en la elaboración de las leyes, pero cuando esta no se encuentra ahí, debe aparecer en la aplicación, pues en caso contrario la desmesura hace su aparición en la forma de una sanción que envenena la legitimidad del derecho en su conjunto. Esta es una reconstrucción de la postura de Tiresias en clave de la incorporación de la razón práctica como prudencia en la aplicación de la ley, y es a donde apunta, como hemos visto, el pasaje citado de Moreso.

Para finalizar, podemos hacer referencia a una interpretación con ricos matices de las posiciones de Hemón y Tiresias, que es la que ofrece Martha Nussbaum en *La fragilidad del bien*. Con referencia a Tiresias, Nussbaum sostiene que este cumpliría una función terapéutica, emprendiendo la tarea de lograr que Creonte sane de su enfermedad de la razón, consistente en la carencia de prudencia en su juicio, así como en la unilateralización de su punto de vista (2004, pp. 124-125). Precisamente la curación del mal, sin caer en la parálisis que congela la acción (recordemos que Creonte es finalmente un gobernante, un hombre de acción) es mediante la flexibilidad y la capacidad de aprender de otros puntos de vista. En ello se unen las posiciones tanto de Tiresias como de Hemón. De esta forma «(…) tanto Hemón como Tiresias establecen una conexión entre el aprendizaje y las concesiones, entre la *phrónesis* y la flexibilidad.» (ibid., p. 125). Un indicador de que se hace necesaria una concesión a la prudencia es en aquellos casos en los que el *nomos* entra en un conflicto patente con las tradiciones arraigadas de la comunidad, y entonces esa relación tirante lleva a una contraposición que se exacerba. No se trata de un indicador infalible, pero precisamente por ello el buen gobernante posee también un juicio sagaz y un arte para la política. Esta forma de comprender la razón práctica aplicada al derecho posee un fuerte componente conversacional, es decir, supone la posibilidad de modular las experiencias recalcitrantes de los mandatos jurídicos mediante una apertura constante del espacio de las razones, o incluso mediante la identificación de escenarios de conflictos entre sistemas normativos diversos, por ejemplo, aquellos que derivan de la autoridad del derecho versus aquellos que provienen de los mandatos de la ética o de la costumbre. Pero esta apertura no puede dejar de considerar que el derecho (así como el gobernante de la *polis*) tienen fines institucionales que no pueden dejar de lado, y en ese sentido flexibilidad no implica completa impredictibilidad y desorden.

4. SÍNTESIS DE LAS POSICIONES

Luego del análisis emprendido en las secciones precedentes, a continuación se ofrece un cuadro que, a riesgo de sobresimplificar el análisis, propone una síntesis de las posiciones ocupadas por los personajes analizados en el ensayo:

Tabla 1: posiciones y tesis de personajes con relacion a la filosofía del derecho en Antígona

Personaje	**Tesis centrales**	**Vinculación con orientaciones teóricas de filosofía del derecho**
Antígona	Las leyes humanas no deben entrar en conflicto con las leyes de los dioses. Cuando ello ocurra, las leyes de los dioses merecen un cumplimiento prioritario. El amor funda una forma de igualdad frente a la muerte, que, a la vez, elimina distinciones entre las características no esenciales de las personas (como su condición de ser patriotas o no).	Iusnaturalismo: el orden de la justicia está por encima del de la autoridad[18].
Creonte	Las leyes de los hombres deben ser cumplidas de forma rigurosa. Ello para evitar el caos y permitir la conducción ordenada de la comunidad. La aplicación de la ley debe ser imparcial.	Positivismo jurídico: la obediencia a la autoridad posee una función de coordinación de conductas y de evitación de la anarquía[19].
Ismene	El derecho es un fenómeno de poder. La obediencia al derecho está supeditada a la desproporción de fuerzas y a tener una posición desventajosa en la sociedad (como ser mujer).	Instrumentalismo / funcionalismo jurídico Realismo desencantado: el derecho es un fenómeno de poder que debe ser obedecido por consideraciones estratégicas y de cálculo racional.
Hemón y Tiresias	La aplicación del derecho requiere de prudencia y de la consideración de varios puntos de vista. Es posible hacer excepciones a los mandatos del derecho, cuando las circunstancias trágicas de un caso así lo ameritan.	Positivismo incluyente, teorías discursivas del derecho, enfoque argumentativo, neoconstitucionalismo(s): el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general[20].

Fuente: elaboración propia.

18. Es importante precisar que Antígona no deja entrever un argumento por el cual el edicto de Creonte pierde la condición de ser derecho válido en la medida que es contrario a la las leyes de los dioses. Más bien, su argumento trata sobre la ineficacia del edicto para el caso, dado su conflicto con preceptos de orden superior. Es importante precisar que esta distinción no es la misma que la que Massimo La Torre (2013) ha trazado entre iusnaturalismo incluyente y excluyente. En la propuesta de La Torre, el criterio que permite distinguir entre ambas variantes de iusnaturalismo es el carácter monológico (excluyentes) o dialógico (incluyentes) de la reflexión involucrada para obtener los principios morales supremos.
19. Por la forma en que se ha sintetizado la postura de Creonte en la tabla, su afinidad más directa se daría respecto a lo que Norberto Bobbio (véase 2015, cap. 5) llamaba «positivismo jurídico como ideología». La idea es que la sola existencia del derecho posee un valor positivo, en la medida en que evita la anarquía, trae paz y seguridad. Por otra parte, existe un deber de conciencia (interno) de obedecer las leyes, que son la emanación del gobernante de la *polis*. Esta aproximación explicaría la frustración de Creonte ante quienes buscan razones de justicia externa a sus preceptos, o apelan a consideraciones de prudencia para morigerar las consecuencias de la aplicación del edicto.
20. La asociación tendencial de Hemón y Tiresias con una «tercera vía» entre positivismo y iusnaturalismo se explica en el hecho de que en la postura de estos personajes, la razón práctica constituye una unidad compleja, más que una interacción entre dos compartimentos estancos. La respuesta correcta

Vemos en este cuadro cómo las diversas posiciones de los personajes de *Antígona* permiten prefigurar una visión caleidoscópica de las relaciones entre derecho y razón práctica, de un lado; y derecho y política, del otro. A las posiciones de Antígona y Creonte, sobre quienes se ha centrado el análisis tradicional, y que ocuparían los lugares del iusnaturalismo y positivismo respectivamente, se suman ahora personajes como Ismene, Tiresias y Hemón. Llegados a este punto es importante precisar que las asociaciones entre ideas y personajes se refieren a que estos exhiben actitudes propias de orientaciones teóricas, más que teorías acabadas y sistemáticamente defendidas. Exigir lo segundo no tendría demasiado sentido, tomando en cuenta la naturaleza de la obra[21]. De esta forma podríamos adelantarnos a una crítica como la siguiente, con referencia a la relación entre Creonte y el positivismo jurídico: autores como Scarpelli (1965/2021, cap. 9; con comentarios en Morales Luna, 2013, pp. 151 y ss. y Morales Luna, 2023, pp. 328 y ss.) conceptualizan al positivismo jurídico como una teoría del derecho del Estado moderno. En este se produce una concentración del poder en la figura del soberano, la que da lugar a la centralización de la producción del derecho alrededor de un tipo de fuente –la ley– que posee los caracteres de generalidad y abstracción (Scarpelli, 2021, pp. 196-197). Si adoptamos esta caracterización tendremos problemas para, por ejemplo, sostener que el edicto de Creonte cumple con los postulados de tal visión del positivismo jurídico. Como vimos, se trata de un edicto cuya formulación parece haber sido expresamente dirigida a una persona (Polínices) antes que una clase de individuos (los traidores de la patria). Pero estas dificultades se pueden superar cuando no buscamos una teoría acabada en los personajes, sino que más bien trabajamos con la noción más fructífera aunque imprecisa de «actitudes». La importancia que Creonte atribuye a su autoridad, a la idea de obediencia del derecho y a la imparcialidad en la aplicación de la ley son ideas tradionalmente relacionadas a la tradición de pensamiento del positivismo jurídico. Un razonamiento análogo aplica para los demás personajes, en quienes no deberíamos buscar teorías acabadas sino actitudes iusnaturalistas, positivistas, no positivistas, entre otros. De esta forma, además, logramos sortear los problemas de extrapolación temporal que podrían preocupar a los historiadores de las ideas.

Bajo las advertencias del párrafo previo, podemos proseguir con nuestro análisis. En Ismene se identifica una posición instrumentalista y de cálculo racional sobre el cumplimiento del derecho, al que se reconoce principalmente como un fenómeno de

al dilema de Creonte exige, entonces, ya sea una ponderación o un compromiso entre dos ordenes normativos (el positivo y el de la ley de los dioses) llamados a interactuar a raiz del conflicto. Es por ello que empleo de forma bastante libre la expresión alexyana del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general.

21. Esta es una idea que Ronald Dworkin enfatiza en lo que llama «hipótesis estética» sobre las obras de arte (Dworkin, 2017, pp. 194 y ss.). El autor recala en la noción de «identidad» de la obra para sostener que una buena interpretación es aquella que convierte a la obra de arte en la mejor posible, sin desvirtuar su carácter ni mutilarla para sobre-enfatizar alguna dimensión de esta. En ese sentido, Antígona no deja de ser principalmente una tragedia y no se convierte en un tratado de filosofía del derecho, aunque pueda evocar algunas ideas sobre el tema.

poder. Dentro de esta aproximación podemos encontrar diversas variantes de funcionalismo pero también orientaciones críticas contemporáneas, como la que ofrecen Menke (2020) y Ferreira da Silva (2009) con relación a la violencia y el derecho. En el caso de Ferreira da Silva, la pregunta gira con relación a la violencia estatal-jurídica empleada como táctica de regulación y las consecuencias que ello acarrea sobre los destinatarios, ciudadanos pobres de barrios marginales de Rio de Janeiro.

Por su parte, en Hemón y Tiresias aparecen consideraciones prudenciales en la aplicación del derecho. De esta forma, sus posturas –salvando las distancias temporales y las extrapolaciones involucradas– guardan similitudes con las tesis contemporáneas de orientación argumentativa y discursiva, como la de Robert Alexy, mediante la cual el discurso jurídico aparece como un caso especial del discurso práctico general (*vid.*, en detalle Alexy, 1999. *Vid.* también Seino Wiviurka, 2018, pp. 94-96). Pero también aquí pueden aparecer variantes de positivismo que reconocen el impacto que los principios y valores morales incorporados en el derecho han producido sobre los ordenamientos jurídicos. Este sería el caso del ya citado José Juan Moreso y de varios otros incorporacionistas. Una pregunta distinta y harto más compleja es aquella sobre si las posiciones de este tipo suponen una superación de las unilateralizaciones del positivismo y el iusnaturalismo. Esta es una pregunta que ameritaría por sí sola un análisis pormenorizado que aquí no puedo realizar. No obstante, es interesante notar que la introducción de excepciones a las reglas puede basarse tanto en consideraciones sobre una normatividad de orden superior (la ley natural, el orden moral o de justicia) que entra en colisión con el derecho positivo, como en consideraciones prudenciales que buscan neutralizar la *hubris*. En este segundo caso, las excepciones a las reglas se fundamentan en cierto agnosticismo de los valores, y más bien toman en consideración las probables consecuencias de deslegitimación que acarrea un cumplimiento irrestricto del derecho positivo. En ese sentido, incluso podríamos avanzar una conjetura adicional: mientras que la ponderación prudencial en función de las consecuencias parece más dirigida a la figura del legislador, la introducción de excepciones a las reglas en función de consideraciones de justicia parece formar parte de una teoría sobre las decisiones jurídicas y, en especial, judiciales.

5. CONCLUSIÓN

El presente ensayo ha sostenido la tesis principal de que *Antígona* supone un caleidoscopio para observar desde una posición privilegiada las complejas relaciones entre derecho, política y moral. Ello se debe, principalmente, al carácter de ser una tragedia sobre creencias, emociones y, en general, estados mentales. Ello otorga hondura reflexiva a varios de los personajes y permite conectar sus posiciones con debates contemporáneos que incluso hoy ocupan la reflexión en terrenos como la ética y la filosofía del derecho.

Así, a la clásica tensión entre Antígona y Creonte, como representantes del derecho natural y de una forma iniciática de positivismo jurídico, se suman las figuras de Ismene, Hemón y Tiresias. Mientras que la primera parece operar bajo una teoría del cálculo racional para el cumplimiento del derecho –que se muestra, además, como un fenómeno de poder y violencia– en Hemón y Tiresias encontramos una serie de consideraciones sobre la prudencia y razonabilidad en el cumplimiento de las reglas. Ello supone la apertura hacia la racionalidad práctica en el derecho, ya sea en la forma de la introducción de consideraciones valorativas o de consideración sobre las posibles consecuencias frente a los gobernados.

BIBLIOGRAFÍA

Alegría, C. (1997). La inversión trágica del sentido de la acción. Edipo rey y Antígona en la Fenomenología del espíritu de Hegel. *Areté. Revista de filosofía*, *9*(1): 35-72. https://doi.org/10.18800/arete.199701.002

Alexy, R. (1999). La tesis del caso especial. *Isegoría*, 21: 23-35. https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.75

Aristóteles (2014). *Retórica* (2da. ed.). Madrid: Alianza Editorial.

Barceló, P. & Hernández de La Fuente, D. (2014). *Historia del pensamiento político griego. Teoría y praxis*. Madrid: Trotta.

Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta.

Burns, T. (2002). Sophocles' Antigone and the history of the concept of Natural Law. *Political Studies*, *50*(3): 454-557. https://doi.org/10.1111/1467-9248.00384

Calder III, William (1971). The protagonist of Sophocles «Antigone». *Arethusa*, *4*(1): 49-52.

Dworkin, R. (2017). ¿En qué se parece el derecho a la literatura? En: *Una cuestión de principios* (2da. ed.) (pp. 191-216). Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Ferrajoli, L. (2022). Antígona y Creonte, ambos derrotados por la crisis de la legalidad. *Revista Cubana de Derecho*, *2*(2): 9-29. https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/140

Ferreira Da Silva, D. (2009). No-bodies. Law, raciality and violence. *Griffith Law Review*, *18*(2): 212-236. https://doi.org/10.1080/10383441.2009.10854638

Fletcher, J. (2008). Citing the law in Sophocle's «Antigone». *Mosaic: An Interdisciplinary Critical Journal*, *41*(3): 79-96. https://www.jstor.org/stable/44029640

Giusti, M. (2008). *El soñado bien, el mal presente. Rumores de la ética*. Lima: Fondo Editorial de la Pucp.

Griffith, M. (1999). «Introduction» y «Commentary». En: *Sophocles Antigone* (pp. 1-70, 119-355). Cambridge: Cambridge University Press.

Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law* (2da. ed.). Oxford: Clarendon Press.

Homero (2019). *Ilíada*. Madrid: Gredos.

Hunt, L. (2009). *La invención de los derechos humanos*. Barcelona: Tusquets.

Jaeger, W. (2000). *Paideia: los ideales de la cultura griega*. México: Fondo de Cultura Económica.

La Torre, M. (2013). Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: «excluyente» versus «incluyente». *Revista Derecho del Estado*, 30: 7-30. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3517.

Landaeta, P. & Arias, J. (2013). La interpretación política de la tragedia griega de Hegel. *Revista Co-herencia*, *10*(19): 113-133.

Lariguet, G. (2015). Tragedia y política. Desde la Antígona de Sófocles a la Antígona Furiosa de Gambaro. *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y Filosofía Política Clásica y Moderna*, *5*(8): 297-315. https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/anacronismo/article/view/1098

Menke, C. (2020). *Por qué el derecho es violento (y debería reconocerlo)*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Morales Luna, F. (2023). ¿Qué tan irrelevantes son las tesis definitorias del positivismo jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 46: 321-334. https://doxa.ua.es/article/view/25087

Morales Luna, F. (2013). *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli*. Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J. J. (2011). Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34: 183-199. http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2011.34.12

Nino, C. (2020). *Derecho, moral y política* (2da. ed.). Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Nino, C. (2011). *Un país al margen de la ley* (4ta. ed.). Buenos Aires: Ariel.

Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega* (2da. ed. en español). Madrid: La balsa de Medusa.

Perry, S. (2000). Holmes versus Hart: The Bad Man in Legal Theory. En: Burton, S. (ed.), *The Path of the Law and its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr* (Cambridge Studies in Philosophy and Law) (pp. 158-196). Cambridge: Cambridge University Press.

Platón (2019). Critón. En: *Diálogos I* (pp. 197-215). Madrid: Gredos.

Rawls, J. (1999). *A theory of justice* (ed. revisada). Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.

Rorty, R. (1998). «Human Rights, Rationality, and Sentimentality». En: *Truth and Progress: Philosophical Papers* (pp. 167-185). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9780511625404.010

Sabine, G. (1961). *A history of political theory* (3ra. ed.). Nueva York: Holt, Rinehart and Winston.

Scarpelli, U. (2021). *¿Qué es el positivismo jurídico?* Puno: Zela.

Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.

Seino Wiviurka, E. (2018). Antígona de Sófocles e a questão jurídica fundamental: a eterna tensão entre segurança jurídica e correção. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, *4*(1): 77-104. doi: 10.21119/anamps.41.77-104

Shapiro, S. (2006). What is the internal point of view? *Fordham Law Review*, *75*(3): 1157-1170.

Sófocles (2000). Antígona. En: *Tragedias* (pp. 76-127). Madrid: Gredos.

Staehler, T. (2007). *Antigone* and the Nature of Law. En: Freeman, M. & Harrison, R. (eds), *Law and Philosophy*, Current Legal Issues (pp. 137-156). Oxford: Oxford University Press.

Steiner, G. (2013). *Antígonas*. Barcelona: Gedisa.

Tomás de Aquino, S. (1989). *Suma de teología II, parte I-II* (2da. ed.). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Tribunal Constitucional Peruano (2020). *Pleno. Sentencia 286/2020, correspondiente al Expediente N.º 0002-2019-PI/TC*, Caso de la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2019-AI.pdf

Van Den Berge, L. (2017). Sophocles' Antigone and the promise of ethical life: tragic ambiguity and the pathologies of reason. *Law and Humanities*, *11*(2): 205-227. DOI: 10.1080/17521483.2017.1362180

Waldron, J. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, MA; Londres: Harvard University Press.

Winnington-Ingram, R. P. (1980). *Sophocles: an interpretation*. Cambridge: Cambridge University Press.

SOBRE LA DECISIÓN JUDICIAL

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 439-465
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.16

Legalidad y casos difíciles: casos difíciles del derecho, por el derecho y para el derecho

Legality and Hard Cases: Hard Cases of the Law, by the Law and for the Law

Antonio Manuel Peña Freire

Autor:
Antonio Manuel Peña Freire
Universidad de Granada
apena@ugr.es
https://orcid.org/0000-0001-9432-6690

Recibido: 11/12/2023
Aceptado: 28/03/2024

Citar como:
Peña Freire, Antonio Manuel (2024). Legalidad y casos difíciles: casos difíciles del derecho, por el derecho y para el derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 439-465. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.16

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Antonio Manuel Peña Freire

Resumen

En este trabajo se aborda el problema de los casos difíciles presuponiendo una concepción relacional del derecho, según la cual este es el orden que se da en un grupo cuando se gobierna y administra la coacción en condiciones que permiten el establecimiento de relaciones de legalidad entre sus miembros. Después de presentar el modo en que normalmente se han estudiado los casos difíciles del derecho causados por su indeterminación y los casos moralmente difíciles provocados por la inmoralidad de las decisiones que se siguen de sus normas, se adopta la perspectiva relacional y se aborda el impacto que estos casos o el modo en que se ha propuesto resolverlos tienen sobre la integridad del orden jurídico, es decir, sobre su grado de legalidad. Aparece así un nuevo tipo de caso difícil, el caso difícil para la legalidad, que es el que se da cuando el modo en que están formuladas las normas o el modo en que se resuelven los casos afectan negativamente a la integridad del orden jurídico. Después de señalar que el mejor modo de garantizar la integridad del derecho es gobernando y decidiendo mediante reglas, se concluye analizando otro tipo de caso, el caso trágico para la legalidad, en el que se plantea un conflicto entre reglas y legalidad, cuya solución autorizaría a la derrota de las reglas incluso desde una perspectiva legalista.

Palabras clave: casos difíciles; reglas; principios; legalismo; principalismo.

Abstract

This work addresses the problem of hard cases presupposing a relational conception of law, according to which law is the order that occurs in a group when coercion is governed and administered in conditions that allow the

establishment of relations of legality among its members. After presenting the way in which hard cases of law caused by its indeterminacy and morally hard cases caused by the immorality of decisions that follow from its norms have normally been studied, the relational perspective is adopted and assessed the impact that these cases or the way they should be resolved have on the integrity of the legal order, that is, on its degree of legality. Thus, a new type of hard case appears –hard cases for legality–, which is the one that occurs when the way in which the rules are formulated or the way in which cases are resolved negatively affect the integrity of the legal order. After pointing out that the best way to guarantee the integrity of the law is by governing and deciding through rules, we conclude by analyzing another type of case, the tragic case for legality, in which a conflict arises between rules and legality, whose solution would authorize the defeat of the rules even from a legalistic perspective.

Keywords: hard cases; rules; principles; legalism; principialism.

1. LEGALIDAD Y CASOS DIFÍCILES

Además de a los casos difíciles causados por la indeterminación del derecho y a los causados por su inmoralidad, en este artículo me referiré a los casos difíciles para el derecho o para la legalidad. Esta noción, la de *casos difíciles para la legalidad*, presupone una idea de derecho singular, según la cual este no es solo un sistema jurídico, sino también un orden jurídico, es decir, el orden que se da cuando la relación que existe entre quienes integran un grupo social, entre sí y con quienes gobiernan, es una relación de legalidad.

La *relación de legalidad* da la clave de esta manera de concebir al derecho. Estamos ante una relación de legalidad cuando las partes que la componen se guían por unos patrones de comportamiento que establecen lo que les está permitido hacer y lo que no y cuando es el cumplimiento o incumplimiento de esos patrones lo que condiciona las reacciones de aprobación o reproche que se formulen las partes. La relación de legalidad presupone, por tanto, la existencia de un tipo de patrón de comportamiento singular, porque permite distinguir con cierta claridad entre las acciones que son compatibles con lo dispuesto y las que no, haciendo posible así anticipar también en qué supuestos se producirá una reacción favorable o desfavorable de las otras partes de la relación[1]. Además para que la relación de legalidad sea practicable es necesario satisfacer algunas condiciones adicionales que buscan garantizar que las partes puedan saber cómo habría que comportarse para hacerlo en función de lo dispuesto (principios de publicidad,

1. He explorado esta relación en Peña (2018). Un planteamiento también interesante el de Somek (2017, pp. 7 y ss.), que, al respecto, señala que en una relación jurídica (*legal relation*) uno cede a las pretensiones de otros o ve cómo los otros ceden a las propias no porque se consideren respaldadas por razones válidas, sino porque se actúa en función de un conocimiento que permite poner entre paréntesis esas razones y avenirse a esas pretensiones sin entrar a valorar su validez. La relación jurídica, por tanto, nos exige que respetemos elecciones y acciones que consideramos insuficientemente respaldadas por genuinas razones para la acción.

estabilidad e inteligibilidad), que puedan comportarse efectivamente conforme a lo establecido (principios de posibilidad, coherencia y prospectividad) y que los juicios de aprobación o reproche relativos a sus acciones estén condicionados por lo establecido (principio de congruencia)[2].

En cuanto al *orden jurídico*, es el tipo de orden que se da en un grupo humano cuando se logra que la relación de legalidad sea preponderante en aquellas cuestiones que provocan reacciones coactivas de respaldo o reproche por parte de instituciones de gobierno y agentes oficiales. El orden jurídico existe cuando el modo en que deben comportarse los individuos en todas esas cuestiones está establecido en unos patrones de comportamiento que hacen posible distinguir con una cierta seguridad qué acciones son compatibles con ellos y cuáles no y cuando esta compatibilidad o incompatibilidad condiciona las reacciones de las autoridades, que respaldarán por la fuerza, si es preciso, a quien pretenda actuar en un sentido compatible con lo establecido frente a quien intente impedírselo coactivamente y sancionarán a quienes se hayan comportado de modo incompatible con lo dispuesto.

En esta *concepción relacional* del derecho, la relación de legalidad juega un papel similar al de las normas jurídicas en las concepciones del derecho que podríamos considerar normativistas, es decir, en las que lo conciben como un sistema jurídico[3]: igual que un sistema jurídico es un conjunto de normas jurídicas, un orden jurídico podría decirse un conjunto de relaciones de legalidad. Cuanto mayor sea el porcentaje de reacciones coactivas de las autoridades que están condicionadas exclusivamente por el cumplimiento o incumplimiento de los patrones de comportamiento dispuestos, mayor orden jurídico tendríamos[4]. Del mismo modo, desde un punto de vista cualitativo, hay más orden jurídico cuanto más se satisfagan los principios de legalidad, es decir, en la medida en que se realicen las condiciones que permiten afirmar que las acciones relevantes de los individuos están efectivamente gobernadas en forma jurídica, porque, por ejemplo, existen unos patrones de comportamiento dados que son suficientemente claros y conocidos, porque no contienen antinomias, porque las autoridades facilitan su cumplimiento y deciden normalmente de un modo congruente con ellos, etcétera. Desde este punto de vista, la integridad del orden jurídico depende tanto de la existencia de unos patrones de comportamiento suficientemente determinados como del respeto a los principios de legalidad que garantizan que los individuos pueden conocerlos y seguirlos y, en particular, del respeto al principio de congruencia que busca que las

2. En la presentación de estos principios sigo a Fuller (1969, pp. 33-91).
3. Un planteamiento análogo el de Atienza (2017, pp. 15 y ss.), que se distingue entre los normativistas jurídicos, que presuponen que el derecho es un objeto y quienes lo conciben como una actividad o práctica social, es decir, entre quienes lo ven como una realidad dada y estructurada y quienes lo ven como un proceso o actividad en formación, que puede analizarse en términos de fases o procesos y no en términos de partes –las normas– o del todo –el ordenamiento jurídico– en que se integran.
4. Sobre la existencia gradual de los órdenes jurídicos, Fuller (1969, pp. 38-41). También me he ocupado del asunto en Peña (2018, pp. 102-107).

autoridades fundamenten en el sentido de esos patrones sus reacciones de respaldo o reproche.

Tanto la noción de relación de legalidad como la del orden jurídico dependen directamente de la naturaleza del patrón que gobierne el comportamiento de las partes de la relación o de los miembros del grupo. Este patrón, como he señalado, debe ser lo suficientemente determinado como para permitir discriminar entre aquellas acciones o pretensiones que son compatibles con él y las que no. Comúnmente a un patrón así se lo denomina *regla*[5] y, de hecho, hay quienes sostienen que el derecho está necesariamente compuesto por reglas[6] y quienes consideran que, aunque podría no ser así, es así como debería ser[7]. Sin embargo, también hay quienes piensan que hay otro tipo de patrones –me refiero, obviamente, a los *principios*– que podrían también garantizar el control del comportamiento humano en unas condiciones compatibles con la idea de legalidad, pese a que no presentan algunas de las características de las reglas, con lo que, desde este punto de vista, el gobierno mediante principios podría considerarse también de tipo jurídico. Este es un asunto controvertido sobre el que me pronunciaré al final de este trabajo.

En cualquier caso, lo dicho hasta ahora se proyecta en muchos debates iusfilosóficos, entre ellos, el que tiene lugar a propósito de los *casos difíciles*[8]. Desde un punto de vista normativista, los casos difíciles adquieren fundamentalmente dos formas:

5. Sobre la noción de regla, Schauer (1991, pp. 75 y ss.), para el que una regla conecta invariablemente ciertas condiciones con prescripciones de acciones, descritas todas ellas en un modo relativamente fácil de interpretar. En sentido análogo, para Goldman (2002, pp. 2 y 10-18), las reglas genuinas son prescripciones universales que nos dicen qué hacer o cómo razonar en todos los casos a los que se aplican y que establecen condiciones suficientes para actuar en un sentido dado, a las que se debe dar un peso independiente. El contenido de las reglas, es decir, tanto las condiciones en que se debe hacer algo como lo que debe hacerse, tiene que estar descrito en términos relativamente específicos y no en términos morales: las reglas deben prescribir acciones («los perversos serán castigados» no es una regla porque no castiga si se actúa de un modo dado, sino a quien es de un modo dado) y no deben describir en términos morales sus condiciones de aplicación («cuando sea *adecuado*, se deberá …») o las acciones que sean su contenido («se debe hacer *lo correcto*»). Es así como las reglas determinan la acción antes de que los casos ocurran y limitan el juicio de quien haya de decidir, pues su aplicación deja de ser un asunto sustantivo y se convierte en un asunto vinculado a la comprensión del lenguaje de su formulación y a la percepción de las circunstancias del caso. Para Alexander y Sherwin (2001, pp. 28-29), las reglas son generales, determinadas y eficientes y su necesidad se sigue de la limitada capacidad de quien las elabora para resolver las incertidumbres que las justifican: quien gobierna necesita establecer pautas generales de comportamiento para categorías de casos que comparten ciertas características comunes, pues no puede estar presente en cada caso en que alguna indicación suya muy general haya suscitado alguna controversia. Las reglas pueden ser más o menos generales, pero deben permitir suplantar a la autoridad que las dio, ofreciendo guía independiente en una serie de casos identificables de un modo relativamente sencillo.
6. Me refiero a los partidarios del denominado positivismo jurídico excluyente.
7. Me refiero ahora a los partidarios del iuspositivismo ético o normativo, a los que denominaré legalistas. Volveré sobre este asunto más adelante.
8. Este asunto tiene también importancia en sí mismo, pues, como recuerda Alexy (1989, p. 181), «los casos difíciles son sensores por medio de los cuales puede ser establecida la naturaleza del derecho», entre otras

1) Casos difíciles *del* derecho: son los que encuentran su causa en la indeterminación lingüística o sistémica del derecho, es decir, los que se dan cuando el derecho se manifiesta de modo indeterminado por la ambigüedad o vaguedad de sus normas o por la existencia de contradicciones o lagunas entre ellas, lo que impide o dificulta la identificación de la solución jurídica para el caso.
2) Casos moralmente difíciles provocados *por* el derecho, que se dan cuando la solución que se obtiene a partir de las normas del sistema jurídico aplicables a primera vista a un caso no es moralmente aceptable según algún otro patrón normativo que se juzga relevante jurídicamente, lo que sugiere que la aptitud de un patrón de comportamiento para garantizar soluciones moralmente aceptables u óptimas a los casos jurídicos podría ser razón –ya veremos en qué grado– para afirmar su naturaleza jurídica.

Ambas aproximaciones al problema de los casos difíciles presuponen una concepción normativista del derecho porque ambas asumen que es un conjunto de normas, discrepando entre sí a propósito de si esas normas son reglas cuya validez se sigue, por decirlo en términos dworkinianos, de su pedigrí o si está formado además por principios que obtienen su validez jurídica de su mérito moral[9].

Desde una concepción relacional del derecho, este problema puede verse de un modo distinto. Desde este punto de vista, preocuparía no tanto la *composición* del sistema jurídico, como la *integridad* del orden jurídico. Cuando la legalidad es clave, la dificultad de un caso no es una dificultad del derecho o causada por el derecho, sino *para* el derecho, porque se plantea cuando no se logra que las acciones de los individuos queden gobernadas de un modo plenamente consistente con los principios de legalidad o cuando no resolvemos los casos de ese mismo modo, es decir, cuando el orden jurídico no se realiza íntegramente.

Sin embargo, antes de entrar en el detalle de este nuevo tipo de caso difícil, me detendré en los casos difíciles del derecho o casos difíciles por indeterminación y en los casos difíciles por el derecho o casos moralmente difíciles, tal y como son abordados por los iuspositivistas y por sus críticos. Después veremos qué aportan la idea de legalidad y la concepción relacional del derecho a esos planteamientos y profundizaremos en los que he denominado casos difíciles para la legalidad.

razones, porque por estar relacionados con la discrecionalidad judicial, son un test básico para calibrar la coherencia interna y las diferencias entre las distintas concepciones del derecho (Iglesias, 1999, p. 71).

9. Como veremos, quienes conciben al derecho de este modo no creen que pueda definirse satisfactoriamente a partir de las nociones de regla o de relación de legalidad, porque el derecho no se definiría en función de un único propósito –gobernar mediante reglas el comportamiento humano–, sino también en función de la pretensión de gobernar de un modo justo, es decir, atendiendo a aquellos parámetros que garantizan una solución justa a los casos. Sobre este asunto, Alexy (2008 o 2011).

2. LA PERSPECTIVA NORMATIVISTA

2.1. La perspectiva positivista: casos difíciles por indeterminación

En el origen del interés de la filosofía del derecho por los casos difíciles están las tesis de Hart sobre la indeterminación jurídica y la textura abierta del derecho. Para Hart (1958, p. 607 y 1961, p. 157), el potencial del derecho para trasladar sus directrices a sus destinatarios es limitado[10], de modo que es posible encontrar casos cuya inclusión en el ámbito de referencia de una norma sea dudosa, es decir, casos difíciles, fruto de las imprecisiones que frecuentemente afectan al modo en que están formuladas las normas, aunque en la aplicación de toda regla se dan también *casos obvios* o *claros*, en los que puede ser aplicada de un modo aparentemente «automático»[11].

A partir de estas referencias se popularizó la distinción entre casos fáciles y difíciles[12]. En estos últimos casos, se hace necesario cierto ejercicio de discrecionalidad por parte del intérprete[13], que debe seleccionar y descartar los rasgos que condicionan la aplicación o inaplicación de la regla (Hart, 1961, pp. 159-160). Quienes sostenían una concepción positivista del derecho se interesaron, fundamentalmente, por los que he denominado casos difíciles por indeterminación, entendidos como aquellos en los que el derecho, por contener antinomias, lagunas o normas indeterminadas, no ofrecía la información necesaria para afirmar de manera concluyente cuál era la calificación jurídica de una acción. Como advierte Iglesias (1999, pp. 107, 111), los iuspositivistas asociaron los conceptos de caso fácil y difícil con la existencia o ausencia de una respuesta correcta a la pregunta por el valor de verdad de las proposiciones jurídicas en las que se afirma la existencia de derechos o deberes. Casos fáciles serían aquellos para los que el derecho prevé una solución unívoca y precisa: existe un solo curso de acción debido y es posible sostener la verdad de una proposición jurídica que califica ese curso de acción como debido (p. 36).

10. Como señala Iglesias, (1999, p. 80), la comprensión del derecho equivale en una medida importante a la comprensión del lenguaje en que se expresan sus normas.
11. La identificación de estos casos, según Schauer (1985, pp. 412 y ss.), se enfrenta a una dificultad inicial: los casos fáciles frecuentemente no llegan siquiera a ser casos. No se encuentran casos fáciles ni en las altas instancias judiciales, ni en los tribunales de apelación, ni tan siquiera en los tribunales de primera instancia. Se manifiestan si acaso en lugares menos visibles, como ocurre, por ejemplo, cuando alguien acude a un bufete a pedir consejo legal y llega a la conclusión de que litigar es inútil, pues es informado de que existe un mandato jurídico inequívoco ya que el derecho se expresa con claridad. A partir de esa consideración, Schauer propone definir los casos fáciles por exclusión, como aquellos que no son difíciles, pues la dificultad sí resulta perceptible, lo que permite identificar y caracterizar a los casos que la presentan.
12. Sobre los diversos significados de la expresión «caso difícil», Iglesias (1999, pp. 107 y ss.) y también Navarro (1993, pp. 252-253).
13. Como advierte Klatt (2007, p. 516), para Hart, en los casos fáciles, del núcleo de certeza de las reglas se sigue una guía inequívoca del comportamiento, mientras que en los casos difíciles no ocurre así, razón por la que es preciso recurrir a principios y estándares extrajurídicos y al ejercicio de discrecionalidad. Sobre la discrecionalidad en la interpretación y aplicación del derecho y sus causas, Iglesias (1999, pp. 36-53), Lifante (1999, pp. 198-223), Ródenas (2001) o Etcheverry (2014, pp. 150 y ss.).

Los casos difíciles son consecuencia del desacuerdo o ausencia de convenciones firmes, relativas a la existencia de reglas o a su interpretación, que permitan sostener la verdad o falsedad de las proposiciones jurídicas en que se afirma o niega la existencia de algún derecho o deber, es decir, casos en los que no hay acuerdo a propósito de si existe una norma o de cómo se interpreta, con lo que carecerá de valor de verdad la proposición que afirme algún derecho o deber que supuestamente se sigue de esa norma.

En definitiva, la concepción de los casos difíciles del iuspositivismo obedece fundamentalmente a la indeterminación lingüística o sistémica del derecho[14]. Para el iuspositivismo, advierte Iglesias (1999, p. 111), los casos son difíciles por la ausencia de criterios convencionales que permitan la identificación o interpretación de los materiales jurídicos o por el desacuerdo sobre esos criterios. La dificultad de los casos no depende, sin embargo, de las habilidades o capacidades de particulares intérpretes para encontrar la solución jurídica correcta a un caso[15]. Algo similar sucede con las dificultades relativas a los hechos, asociadas a problemas epistémicos que cualquier intérprete podría experimentar al momento de resolver un caso[16]. Respecto de los condicionantes pragmáticos son circunstancias sociales o políticas que pueden *rodear* a un caso[17], pero, en tanto que cuestiones sociopolíticas, tampoco fueron del interés del positivismo jurídico. Y, por último, las dificultades morales quedaron excluidas como fuente de dificultad jurídica a consecuencia del postulado iuspositivista de la separación entre derecho y moral. Pese a las referencias iniciales a dificultades relacionadas con los propósitos, los casos moralmente difíciles en los que se cuestiona, por ejemplo, la apropiación moral del propósito de la norma o de la solución que de ella se sigue, no fueron de interés de Hart.

2.2. La perspectiva principialista: los casos moralmente difíciles

No fue fácil mantener a la noción de caso difícil constreñida por la noción de indeterminación lingüística o sistémica. Endicott (2000, pp. 89 y ss.), por ejemplo, describió

14. Sobre las fuentes de la indeterminación, Endicott (2000, p. 66 y ss.).
15. Marmor (1992, p. 168) recuerda que la dificultad o facilidad de un caso no tiene nada que ver con el tiempo o esfuerzo necesario para resolverlo y Raz (2009, p. 182) advirtió que la resolución de un caso fiscal puede ser mucho más complicada que la resolución de un problema moral que requiera la valoración de principios de moralidad política, en el sentido de requerir mucho esfuerzo y tiempo para su solución, si bien el primero tiene muy probablemente una respuesta clara y el segundo no.
16. No obstante, como recuerda Barak (1989, pp. 36-37), esta dificultad es probablemente la más importante en el proceso judicial, pues la mayoría de las disputas que se presentan ante los tribunales –especialmente los de instancias inferiores– se refieren a hechos únicamente, es decir, que no versan ni sobre la ley ni sobre su aplicación, sino sobre si algo sucedió realmente y cómo sucedió.
17. No se interesan, tampoco, a los iuspositivistas por factores como los rasgos personales de los jueces, sus preferencias valorativas o su ideología, su estado de ánimo, los rasgos de su carácter, etcétera, como sí que lo hacen los realistas jurídicos que nos invitan a un abordaje del problema de la indeterminación del derecho en clave de sociología o psicología judicial (Reyes Molina, 2020, p. 375).

un tipo singular de indeterminación que parece distinta a la recién expuesta, pues no es semántica, sino pragmática. En este caso, normas formuladas en términos con un significado claro y preciso en abstracto pueden reclamar una aplicación en sentido distinto, obedeciendo básicamente a causas relacionadas con su contexto. Ofreció como ejemplo el *ruego* de llegar a casa de alguien que nos ha invitado a cenar a las nueve, lo que parece se ha de interpretar no en el sentido de llegar exactamente a esa hora, sino si acaso unos pocos minutos después, para permitir al anfitrión solventar cualquier imprevisto en la preparación de la velada. La conclusión es evidente: una consideración adecuada de las circunstancias pragmáticas de cualquier decisión nos lleva a la conclusión de que las normas no siempre significan lo que literalmente se sigue de los términos que componen sus formulaciones y de que es necesaria una cierta discrecionalidad para realizar ajustes a la luz de las circunstancias en que han de ser aplicadas.

Una dificultad adicional, análoga a la recién sugerida, se plantea en las conocidas experiencias recalcitrantes a las que se refiere Schauer (2009, p. 167), quien distingue entre casos que son difíciles por la indeterminación del lenguaje y casos difíciles porque en ellos la solución determinada por la regla se muestra equivocada o absurda o parece mejorable. Confrontados a una regla que prohíbe la entrada de vehículos en el parque, se puede dudar a propósito de lo que sea exactamente un vehículo, pero parece ilógico negar el acceso a los camiones de limpieza o al que pretende colocar una estatua, que son claramente vehículos. Estos casos difíciles plantean una divergencia entre el significado de la formulación de la regla y su justificación (Schauer, 1991, pp. 83-96) y en ellos cabe que las reglas sean derrotadas, es decir, que no se decida conforme a lo que se sigue de su formulación, cuando esa decisión tendría consecuencias absurdas a la luz de su justificación[18].

Hay que tener en cuenta que las justificaciones de las reglas pueden presentarse en distintos niveles (Schauer, 1991, pp. 84 o 133-136): una regla podría quedar derrotada por su justificación subyacente inmediata (*rule's background decision*), por las justificaciones de esa justificación o, si pensamos por referencia no a una regla singular sino a la que forma parte de un ordenamiento jurídico, por alguna justificación de otra regla[19]. A todas esas justificaciones de las reglas las podríamos considerar principios

18. Ese análisis de las experiencias recalcitrantes –una suerte de caso difícil– encuentra su antecedente en las críticas de Fuller fundadas en la idea de propósito a la tesis hartiana del núcleo claro de significado. De esas críticas se seguiría que el lenguaje no puede ser suficiente para dar lugar a casos claros de aplicación, porque algunos casos claros dan lugar a resultados absurdos, de modo que solo considerando el propósito de las normas sería posible acceder a su sentido (Schauer, 2009, p. 166).

19. Pensemos, por ejemplo, en dos reglas pertenecientes al mismo sistema que estableciesen que «está prohibido fumar en las aulas» y que «se permite fumar durante la realización de exámenes». La antinomia evidente que existe entre ambas al momento de realizar un examen en un aula podría solucionarse mediante la derrota de una de ellas después de valorar el peso de sus respectivas justificaciones: alguien podría permitir fumar en las aulas durante los exámenes por considerar que el éxito académico pesa más que el daño a la salud. La derrota también podría ser parcial, fruto de una composición del peso de las justificaciones, como sucedería, por ejemplo, si se decidiera que fumar está permitido, pero

jurídicos implícitos. De otro lado, es normal también la presencia en los ordenamientos jurídicos de principios explícitos, como los principios normalmente contenidos en los textos constitucionales. Estos principios operan igual que las justificaciones implícitas a las reglas, pero, a diferencia de estas, son explícitos y carecen de la correspondiente especificación de su contenido en reglas explícitas más concretas. Por último, una regla podría verse derrotada por principios extrasistemáticos que no son ni justificación de ninguna regla explícita ni tampoco están explícitos en el derecho, como ocurre en las decisiones que se adoptan tomando en cuenta todas las consideraciones disponibles (*all-things-considered decisions*). Todas estas consideraciones nos trasladan a un modelo de derecho o de decisión judicial que podría construirse a partir de las reglas anunciadas, de principios implícitos, de principios explícitos y de principios extrasistemáticos[20].

En cualquier caso, todo lo anterior apunta a un tipo peculiar de caso difícil jurídico en el que la decisión que se sigue de la regla es clara, pero es descartada porque se juzga inapropiada. Este carácter subóptimo[21] abre la posibilidad a decidir conforme a otros patrones normativos distintos, incluso extrasistemáticos, que garanticen una solución óptima al caso.

Esto es especialmente relevante en los llamados ordenamientos jurídicos constitucionalizados, es decir, en aquellos que se han visto impregnados por valores y principios densamente morales, incorporados a una constitución «extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal»[22]. La constitucionalización del ordenamiento jurídico habría tenido cambios importantes en muchos planos, entre ellos, los tipos y rasgos de casos difíciles. Por ejemplo, señala Atienza (1997, p. 264), refiriéndose a algunos de los cambios asociados a la constitucionalización, que la ampliación de derechos, en particular, de contenido social y económico se traduce en la proliferación de directrices y reglas, que tienen una mayor fuerza expansiva y, por tanto, una mayor propensión a generar contradicciones que las tradicionales normas de acción, lo que obliga también a los jueces a buscar equilibrios entre valores no negociables. Factores como estos han llevado a las teorías principialistas, como el neoconstitucionalismo[23] o el postpositivismo[24], a considerar

que se debe ofrecer mascarillas a los no fumadores. En este caso se habría tomado una decisión que derrota parcialmente a una regla, pero, a la vez, se habría intentado dar expresión a su justificación en la decisión adoptada.

20. He desarrollado esta clasificación en Peña (2023). Clasificaciones similares las de García Figueroa (1998, pp. 49-54), inspirada en la de Wróblewski (1989, pp. 151-168), quienes también distinguen entre principios implícitos del derecho, positivos o explícitos y extrasistemáticos. También la de Atienza (2017, p. 157), inspirada en Schauer, que se refiere a la justificación o principio que subyace a cada regla, a los principios que subyacen al ordenamiento jurídico en su conjunto y los provenientes de la moral que no están incorporados al derecho.
21. Sobre los resultados óptimos y subóptimos de una decisión, Brand-Ballard (2010, pp. 74 y ss.).
22. Al respecto, Guastini (2003, pp. 49 y ss.).
23. Sobre este tema, Comanducci (2003, pp. 82 y ss.) o Vigo (2016, pp. 419-420) o Ratti (2015, pp. 227 y ss.).
24. Al respecto, Aguiló (2007, pp. 669 y ss.).

relevante jurídicamente un nuevo tipo de caso difícil, que encuentra su causa no en la indeterminación del derecho, sino en dificultades morales provocadas por la solución que el derecho ofrece a un caso.

Atienza (1997, p. 246) se refirió a estos casos como casos trágicos. Advirtió que, más allá de los casos difíciles[25], pueden darse casos que ponen de manifiesto que existen límites a la racionalidad jurídica, pues en ellos no cabe encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de algún valor que pueda ser considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral[26], de modo que, en ellos, el juez o hace justicia o aplica la ley[27]. Es decir, en estos casos el derecho provee al juez de una solución correcta que choca con su moral o no permite alcanzar ninguna solución moralmente correcta. No solo se dan en ordenamientos corrompidos, pues también aparecen en ordenamientos que no están afectados por ningún déficit moral, es decir, en sistemas que recogen los principios que deberían recoger. Además, a consecuencia de la moralización del derecho, la contradicción o dificultad que se revela en estos casos es interna, en la medida en que se plantea entre principios jurídicos de contenido moral pertenecientes al sistema (pp. 256-257).

Con independencia de cómo se solucionen estos casos[28], lo que ahora quiero destacar es que los casos trágicos, en tanto que casos moralmente difíciles, ponen de manifiesto que, en ordenamientos constitucionalizados, las decisiones judiciales correctas no son las que se siguen de las reglas dispuestas, sino más bien las que realizan los valores, derechos o principios constitucionales a los que los jueces están vinculados. Efectivamente, estos casos se dan no porque el derecho esté indeterminado, sino porque,

25. Estos, a su vez, estarían más allá de los que Barak (1989, pp. 70-71) llama casos intermedios, en los que inicialmente hay dos posiciones jurídicas enfrentadas aparentemente legítimas, si bien, después de una interpretación consciente, se constata que solo una de ellas es una solución lícita y de que quien sostenga otra cosa se equivoca. Los casos difíciles, para Atienza, parecen ser, por tanto, los que requieren una decisión discrecional fuerte que no sacrifica bienes o valores fundamentales a los que el ordenamiento jurídico puede decirse asociado.
26. Como advierte (Lariguet, 2006, p. 96), en estos casos se plantea un conflicto irresoluble o resoluble con sacrificio, en la medida en que en ellos no es posible ejercer el tipo de «balance de razones» o de ponderación con el que alcanzar un «equilibrio óptimo» que no comporte ni «sacrificio» ni «coste» o «pérdida moral».
27. Dar cuenta de la trascendencia de este dilema excede con mucho lo que razonablemente se espera de un trabajo como este. Baste señalar, sin embargo, que el problema es muy antiguo, hasta el punto de encontrarse en las tesis aristotélicas sobre la equidad y en la distinción entre la justicia según la ley y la justicia según la equidad, consistente en la corrección de la anterior (Vega, 2014, p. 118). El mismo tema vuelve a aparecer actualizado, por ejemplo, en el estudio que Atienza y Ruiz Manero (2000) hacen de los ilícitos atípicos, en los que un conducta aparentemente permitida o prohibida por una regla, resulta, sin embargo, ilícita por ser contraria a un principio, como ocurre con el abuso de derecho, la desviación de poder o el fraude de ley.
28. Atienza (1997, pp. 262 y ss.) afirma que, en estos casos, el sistema jurídico no permite hallar una solución correcta, pero que eso no significa que cualquier solución escape por completo a control racional, pues no todas las alternativas serán equiparables y, aunque no sepamos cuál es la respuesta mejor, habrá unas mejores que otras.

como señala (García Figueroa, 2009, pp. 151 y ss. y 2011, pp. 130 y ss.), el modo en que está calificada legislativamente una acción no resulta moralmente aceptable, es decir, porque una solución legal que parecía moralmente acertada en abstracto se complica en un caso específico en el que se demuestra inmoral.

Un caso moralmente difícil, popularizado por García Figueroa, es el de Noara, una bebé afectada por una dolencia hepática que iba a causarle la muerte y a la que su madre no podía donar un pequeño trozo de su hígado porque la ley se lo prohibía por ser menor de edad. La solución legal en abstracto, a decir de García Figueroa (2009, pp. 151 y ss., esp. 162 y 168), no plantea problemas morales, pero se complica en el caso concreto, porque entra en conflicto con un principio jurídicamente relevante que nos impele a hacer lo preciso para salvar la vida de un bebé, incluso si esto supone excepcionar la ley[29]. La suspensión puntual de la aplicabilidad de la ley para atender a una exigencia moral tan perentoria que se impone a cualquier otra consideración alternativa parece la solución correcta al caso. Esto demostraría que, en un Estado constitucional, toda norma legal es derrotable, la jerarquía normativa oscilante y la validez de las reglas inestable, porque está sujeta a que no se formulen excepciones implícitas en el momento de su aplicación. De ese modo, quedaría evidenciado que los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales se caracterizan por su disposición a la optimización moral, una disposición esta a la que no serían tampoco ajenos el derecho y el razonamiento jurídico en general, porque las normas jurídicas no podrían ser operativas argumentativamente si son inadecuadas para el razonamiento práctico general, es decir, que no pueden funcionar como derecho si carecen de cualquier corrección moral (García Figueroa, 2009, pp. 169, 241).

Esta última referencia abre un interrogante: ¿solo los ordenamientos constitucionalizados deben ser optimizados moralmente o, por el contrario, esa pretensión acaba afectando a cualquier juez que razone conforme a derecho, con independencia del grado de constitucionalización del ordenamiento que le sirve de referencia? La respuesta a esta pregunta pasa por tener en cuenta que el principialismo parece admitir dos posibles manifestaciones: el principialismo débil y el fuerte[30]. Desde el punto de vista del principialismo débil, solo los principios que hayan sido expresamente formulados o los que se encuentran implícitos en las reglas dispuestas serían hábiles para juzgar inapropiada a la solución que una regla legal ofrece a un caso, lo que sugiere que solo los ordenamientos jurídicos de Estados constitucionalizados se caracterizan por su propensión a la optimización moral. Sin embargo, según el principialismo fuerte, cualquier valor o principio que garantice una solución moralmente apropiada a un caso podría ser relevante a la hora de juzgar inapropiada una solución reglada y, por tanto, podría dar

29. Como se apreciará, el principialismo guarda cierta relación con el iusnaturalismo por el modo en que afronta el problema de la relación entre derecho y justicia, si bien, como advierte (Ratti, 2015, pp. 239-241), en el principialismo, la justicia se predica de la decisión judicial y no de la norma en abstracto.
30. Al respecto, Peña (2023).

lugar a un caso moralmente difícil, en el que derrotaría a las reglas, con independencia de que se encuentre o no expresamente formulado en la constitución o implícito entre las justificaciones de las reglas dispuestas[31]. Como se apreciará, el principialismo débil parece abonar la tesis de que, contingentemente, algunos principios pertenecen al derecho en tanto que guardan conexión con la constitución o con las normas promulgadas, mientras que, para el principialismo fuerte, esa conexión no depende del sentido de las normas formuladas, sino que se manifiesta en un plano más profundo, vinculado al concepto mismo de derecho, definido en función de una doble naturaleza que se expresaría en su dimensión autoritativa o legal y en su pretensión de realizar la justicia[32]. Sin embargo, no quiero referirme ahora a ese problema aquí, pues, como advertí, mi intención es centrarme en los casos difíciles y, especialmente, en lo que la concepción relacional del derecho nos dice de ellos.

3. CASOS DIFÍCILES PARA LA LEGALIDAD

Desde un punto de vista relacional, el derecho es un orden jurídico, es decir, el tipo de orden en que vivimos cuando nuestras acciones están gobernadas por reglas y cuando oficialmente se nos respalda si pretendemos cumplirlas y se nos sanciona si las hemos incumplido. Esta forma de organizarse y gobernar tiene una dimensión moral en la medida en que es expresión del intento de realización de ciertos valores morales[33]. A los valores de los que es expresión el orden jurídico los llamaré valores de la legalidad. Son los siguientes:

a) El control mediante reglas del comportamiento humano es expresión del reconocimiento de la *capacidad para actuar autónomamente de los individuos*, pues las reglas, por su generalidad, exigen cierta intervención de sus destinatarios al momento de decidir sobre su seguimiento. En consecuencia, gobernar mediante reglas presupone el reconocimiento por las autoridades de que los individuos tienen la capacidad para entender lo que se les exige y para configurar por sí mismos su propio comportamiento en función de ese entendimiento[34].

31. Esta sería, según Atienza (2017, p. 131), la postura de algunos neoconstitucionalistas extremos.
32. Este último principialismo, claramente, no toma demasiado en serio la institucionalidad o dimensión autoritativa del derecho e incluso la compromete seriamente. Sería una expresión clara de lo que García Amado (2021, pp. 7-31) denomina *iusmoralismo*.
33. Me referido a esta dimensión en Peña (2020).
34. Sobre este valor, Fuller (1969, p. 162) y Rundle (2012, esp. p. 98), que consideran que la forma misma del derecho incluye a un individuo con capacidad para actuar y para comprender e interactuar con normas, es decir, que presupone el compromiso con una concepción del individuo como agente responsable, capaz de entender y seguir las reglas y responsable de los fallos cometidos. Como advierte Waldron (2012, pp. 205 y ss.), gobernar el comportamiento mediante reglas es distinto a pastorear un rebaño o a provocar una reacción mediante el grito de órdenes. En un sentido análogo, según Celano (2022, pp. 35-43), prescribir no es manipular, mentir ni interferir físicamente. Al gobernar mediante

b) El orden jurídico es expresión del valor de la *libertad como independencia*, porque, donde se gobierna mediante reglas, las reacciones coactivas de las autoridades dependen de que quede acreditada la compatibilidad o incompatibilidad entre las acciones de los individuos y las reglas dispuestas. En esas condiciones, no dependemos directamente de la voluntad de quien da las reglas, sino de las reglas dadas. Tampoco dependemos de la voluntad del juez que las aplica, pues la aplicación de una regla presupone necesariamente un procedimiento adjudicativo en el que el juez puede decidir solo después de haber tomado en consideración los hechos y argumentos presentados por las partes sobre el alcance de las reglas relevantes[35].

c) La existencia de un orden jurídico es expresión del compromiso con la *pacificación social*, porque la violencia solo puede ser legítimamente ejercida por las autoridades oficiales[36]. Además, en la medida en que esa pretensión sea eficaz, la violencia no estará extendida socialmente (Lovett, 2016, pp. 100-101). Por otro lado, la existencia del derecho presupone que quienes pretenden cumplir con lo dispuesto, obtendrán la protección de quien gobierna frente a quienes intenten impedírselo por la fuerza (Simmonds, 2007, p. 102).

d) Donde existe un orden jurídico, el *ejercicio de la violencia oficial está limitado*: quienes gobiernan no pueden, por ejemplo, hacer un uso arbitrario de la misma, ni proyectarla sobre los individuos a conveniencia. Cualquier expresión de coacción oficial está condicionada por compatibilidad o incompatibilidad entre las acciones y pretensiones de los individuos y las reglas establecidas y ha de llevarse a cabo en las condiciones establecidas en ellas[37]. Singularmente, quienes gobiernan mediante reglas el comportamiento de otros están limitados ellos mismos, porque, al estar condicionadas las reacciones coactivas de las autoridades a acreditar que se incumplieron las reglas dispuestas, también queda prohibida su reacción para el caso de que se hubieran cumplido[38].

---

reglas se trata a los individuos como adultos, se les reconoce capaces de comprender los hechos relevantes y de tomar por sí mismos decisiones conforme a sus preferencias. Llamativas son las diferencias que encuentra entre esta forma de gobierno y el modo en que se controla el comportamiento de un niño, que incluye mentir, deformar la realidad, etcétera: al lado de este método, incluso la orden del asaltante del célebre ejemplo hartiano es un paradigma de racionalidad, pues, al menos, presupone la capacidad del asaltado de entender el enunciado proferido y de captar su significado y fuerza. Laporta (2007, p. 18) o Nadler (2007, p 17) apuntan también en esa dirección.

35. Al respecto, también Simmonds (2007, p. 101 o 2009, p. 382), Allan (2006, p. 56) o Dyzenhaus (2022, pp. 318 o 378).

36. Otra dimensión relevante de este hecho es la que advierte Dyzenhaus (2022, p. 184), que, refiriéndose a los Estados modernos, señala que el monopolio de la fuerza legítima que ostenta el Estado a través del derecho hace posible la transformación del poder en derecho (*might/right*).

37. Al respecto, Celano (2022, pp. 117 y ss., esp. 124 y 127).

38. Al respecto, Fuller (1969, pp. 39-41 y pp. 216-217) y, de nuevo, Lovett (2016, pp. 100-101).

Los principios de legalidad comparten la dimensión moral que se sigue de los valores de la legalidad, ya que son su *expresión normativa* para el orden social, es decir, los que establecen la *forma* en que debe organizarse la convivencia en un grupo y cómo debe gobernarse si se quiere realizar los valores de la legalidad[39]. Es más, como veremos inmediatamente, tiene normalmente valor moral que los individuos sean gobernados mediante reglas y que sus pretensiones y conflictos sean resueltos conforme a ellas y no de un modo distinto, incluso en muchos casos en los que de este modo se logra una solución más apropiada o justa.

3.1. Casos difíciles para la legalidad e indeterminación del derecho

Si se adoptan estos presupuestos, es decir, si se suscribe una concepción relacional del derecho y se asume su relevancia moral, se llega a la conclusión de que los casos en los que el derecho se manifiesta de modo indeterminado son *casos difíciles para la legalidad*. En estos casos, como advierte Endicott (2000, p. 21), los ciudadanos dejen de estar gobernados por las normas establecidas y quedan sometidos a un acto de voluntad de la autoridad judicial. Efectivamente, cuando las reglas son indeterminadas, sus destinatarios encuentran dificultades para identificar por sí mismos lo que se les exige y tampoco tienen fácil anticipar cómo reaccionarán las autoridades en función de cuál sea su comportamiento. La indeterminación jurídica, además, abre la puerta a decisiones judiciales fuertemente discrecionales, es decir, adoptadas a partir de consideraciones que no estaban claramente disponibles al momento en que los individuos decidieron sobre su propio comportamiento.

La percepción de este riesgo no es ninguna novedad. Sí podría serlo la constatación de que esa indeterminación tiene una dimensión más profunda que la identificada por el iuspositivismo, pues encontraría su causa última no en una patología o una necesidad operativa[40] que afectaría a algunas normas jurídicas, sino en la *generalidad* del tipo de patrón de comportamiento a través del que puede realizarse el orden jurídico, es decir, en la generalidad de las reglas, un rasgo este que es constitutivo del derecho mismo.

Un ordenamiento que no estuviera compuesto por normas con algún grado de generalidad, por estarlo por directivas que determinasen con absoluta precisión el modo en que han de comportarse sus destinatarios en cada ocasión, es decir, por directivas específicas y particularizadas, nos remitiría a formas de control social que poco o nada

39. Esta dimensión moral afecta a la forma característica del orden jurídico y no al contenido de las reglas que lo componen. Como advierte Dyzenhaus (2000, pp. 721-722), los principios de legalidad no forman parte de una lista de principios de justicia externos al derecho mismo, porque están en relación con la forma del derecho y no con sus productos y, por esa razón, atañen al derecho como un todo y no a sus particulares normas.

40. Como, por ejemplo, Endicott (2012, p. 130), que señala que todo sistema legal necesita reglas vagas, pues regular la inmensa variedad de actividades que deben someterse a control en cualquier comunidad es imposible sin ellas.

tienen que ver con el derecho. Algo así advirtió Hart (1961, pp. 26-32, pp. 168-169) cuando señaló que el derecho opera típicamente indicando un *tipo general de conducta* que se aplica a una *clase general de personas*[41] de quienes se espera que cumplan lo prescrito[42]. Un orden formado por directivas específicas no da como resultado un caso de control jurídico, porque no se presupone un agente responsable cuyo comportamiento se intenta condicionar ofreciéndole incentivos para actuar en el sentido deseado tras una deliberación personal sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre diversos cursos de acción y lo exigido por la regla, sino que presupone un cuerpo materialmente controlable por el gobernante. De otro lado, los procedimientos a través de los que ese control particularizado del comportamiento se expresaría tampoco se corresponderían con los típicamente jurídicos: las disposiciones específicas podrían aplicarse unilateralmente después de una simple e incontrovertible constatación por parte del gobernante, un método este que es netamente distinto de la aplicación judicial por adjudicación, tan característica del derecho. Al margen de otros problemas[43], un control particularizado mediante directivas específicas que hubiera superado los problemas de indeterminación jurídica es radicalmente incompatible con el modelo de orden jurídico fundado en la idea de legalidad.

Que el derecho haya de estar compuesto por normas con algún grado de generalidad es, por tanto, expresión de su naturaleza más profunda en tanto que método de control social, que se construye sobre un equilibrio potencialmente inestable entre la necesidad de que los patrones que lo componen estén lo suficientemente determinados como para permitir a destinatarios distinguir lo que está permitido de lo que no y la necesidad de

41. No obstante, Hart no fue del todo claro a propósito de la dimensión constitutiva de la generalidad de las reglas, pues sugirió que la razón por la que las «formas particularizadas de control» no eran el modo típico en que funciona el derecho estaba en relación con el hecho de que «ninguna sociedad podría mantener el número necesario de órganos para asegurar que cada uno de sus miembros sea informado, en forma oficial y separada, de cada uno de los actos que debe realizar». Creo que la razón es más profunda y va mucho más allá de los condicionantes operativos a los que Hart se refirió.

42. Alexander y Sherwin (2001, p. 31) señalan que, aunque se podría pensar que idealmente las reglas tendrían que ser completamente determinadas, lo cierto es que el gobernante es falible y no es omnisciente y, por tanto, no puede prever todos los casos que podrían plantearse ni tampoco la solución apropiada para cada caso en función de sus circunstancias específicas (p. 19). De esta falibilidad se sigue la insoslayable necesidad de reglas con un cierto grado de determinación y, a la vez, relativamente indeterminadas, es decir, necesitadas de especificación adicional. Desde este punto de vista, el reconocimiento de la autonomía podría verse como un efecto de la falibilidad del gobernante: el gobernante reconoce su incapacidad para resolver cada caso, porque es imposible anticiparlos todos en su singularidad y, por eso, delega en el destinatario de la norma la competencia para determinar por sí mismo lo que se seguiría en ellos de las reglas establecidas.

43. Advierten Casey y Niblett (2017, p. 1445) que, si se gobierna con *microdirectivas*, la capacidad de los individuos para singularizar patrones de comportamiento, para calibrar el grado de compatibilidad de las distintas interpretaciones y para decidir o justificar racionalmente la opción elegida podrían resultar mermadas por falta de uso y, con ellas, su sentido ético. Shiffrin (2010, pp. 1214 y ss.) también apunta que los seres humanos tienen una habilidad para el razonamiento práctico única que resulta, entre otras fuentes, de su práctica a la hora de decidir qué se sigue de patrones de comportamiento de cuyo incumplimiento pueden ser responsables.

que sean lo suficientemente generales como para no negarles su autonomía ni tornar irrelevantes procedimientos jurídicos tan característicamente jurídicos como la autoaplicación o la aplicación judicial. Existe, por tanto, una tensión en el seno del ideal de la legalidad entre la previsibilidad y la autonomía y esa tensión genera casos difíciles para la legalidad, porque las normas jurídicas tienen que ser necesariamente generales y, a su vez, la generalidad provoca indeterminación y abre la puerta a la discrecionalidad judicial. Es imposible conceptualmente una determinación exacta del sentido de una norma general antes de su aplicación[44]: en condiciones jurídicas, es imposible que el individuo tome la decisión sobre cómo ha de comportarse disponiendo de toda la información relevante, pues esa información, a consecuencia del reconocimiento de su autonomía que exige que su propio criterio sea tomado en consideración por el juez, solo estará plenamente disponible después de la adjudicación judicial. En consecuencia, si se gobierna mediante reglas, no es posible ni alcanzar la plena previsibilidad, ni erradicar la indeterminación, porque las reglas, para reconocer la autonomía para actuar de los individuos, *necesitan ser indeterminadas*.

Ahora bien, que esos casos difíciles para la legalidad no sean erradicables no implica que no tengan que ser adecuadamente gestionados para garantizar que la indeterminación asociada a la generalidad se mantenga dentro de unos márgenes aceptables, compatibles con las exigencias de la previsibilidad también asociadas a los valores de la legalidad. Aunque los órdenes jurídicos existen gradualmente y pueden convivir con la indeterminación, siempre que se mantenga dentro de unos límites asumibles[45], distintos métodos vinculados al modo en que se aplica el derecho buscan conciliar la previsibilidad con la indeterminación que es consecuencia de su generalidad[46]. Entre

44. Una tensión similar a esta entre previsibilidad y autonomía fue identificada por Waldron (2011, p. 19), quien llamó la atención sobre la difícil relación existente entre, de un lado, los principios de seguridad y previsibilidad del Estado de derecho y, de otro lado, la dimensión argumentativa del derecho, es decir, sobre los riesgos de hacer condicional el sentido de las reglas de las consideraciones, con frecuencia interesadas, que los individuos afectados por ellas presentan al juez. Esto, advirtió Waldron, podría poner en peligro los principios de seguridad y previsibilidad en que se inspira el Estado de derecho.
45. La existencia de un margen de creatividad judicial en el momento de la decisión aplicativa cuestiona la idoneidad de la adjudicación como método para garantizar el gobierno de las reglas. Es posible que puedan existir bolsas de discrecionalidad, pero ese hecho es compatible con la idea de orden jurídico solo si efectivamente son bolsas (Galligan, 1986, pp. 56 y 59)
46. Lovett (2016, pp. 144-152 o 177) también da importancia al diseño de mecanismos e incentivos que mantengan al juez dentro de los parámetros de lo jurídicamente aceptable y eviten una deriva arbitraria de la discrecionalidad judicial. Apuesta por un modelo de cambio endógeno, interpretativo, gradual y marginal de jurisprudencia, que garantice la adaptación del derecho a circunstancias imprevistas y permita embridar la discrecionalidad. La extensión incremental y gradual de lo regulado por las normas minimiza los riesgos de ruptura severa con las expectativas de sus destinatarios, de modo que la coacción pública es encauzada normalmente hacia direcciones y posiciones que eran previsibles incluso antes de haberse establecido interpretativamente, lo que, en cierto modo, palía el carácter *ex post facto* de la decisión judicial. A propósito del razonamiento por analogía a partir de reglas previamente formuladas, Alexander y Sherwin (2001, p. 134) señalan que promueve la confianza y expande el potencial de las decisiones judiciales para ofrecer guía y favorecer la coordinación, ya que los destinatarios de las

ellos, me parecen especialmente relevantes la publicidad de las decisiones judiciales, la vinculación de los jueces a los precedentes o la motivación judicial, que refuerzan el ideal de la legalidad, pues aseguran que está a disposición del individuo la mayor cantidad de información disponible posible al momento de decidir sobre cómo comportarse y sobre lo que las reglas vigentes suponen para su comportamiento[47].

Otro modo más genérico de acotar los problemas de generalidad de las normas es, obviamente, *reglalizándolas*[48], es decir, formulándolas en términos inteligibles y claros hasta donde sea posible, para que puedan ser interpretadas, seguidas y aplicadas de un modo no excesivamente controvertible. Se trataría, en cierto modo, de realizar el programa del iuspositivismo normativo para el ordenamiento jurídico, es decir, de promover un modelo de derecho en el que la constitución y la propia regla de reconocimiento deberían estar aligeradas moralmente y en el que el peso regulatorio lo asume el derecho legislado[49], es decir, el conjunto de normas identificables por referencia a una fuente reconocible por estar plasmadas, por ejemplo, en textos de carácter oficial y cuyo contenido es fácilmente accesible a sus destinatarios en la medida en que las autoridades han expresado en ellas claramente sus exigencias. Esto permite a los individuos obtener guía sobre cuál es el comportamiento que de ellos se espera y cuáles son las consecuencias que se siguen del incumplimiento de lo prescrito (Campbell, 2004, pp. 4, 23-24).

3.2. Casos difíciles para la legalidad por la inmoralidad del derecho

Aunque sea racional que haya reglas y que se decida conforme a ellas, las reglas no garantizan una solución racional a todos los casos a los que se refieren y en algunos lo racional será actuar de modo distinto a lo que disponen, haciendo, en su lugar, lo que, tomadas en cuenta todas las consideraciones relevantes, sea racional en cada caso (Alexander y Sherwin, 2001, p. 54). Como sabemos, toda regla se enfrenta a experiencias recalcitrantes y «algunos objetivos pueden verse no favorecidos por una toma de decisiones atada a reglas» (Schauer, 1991, pp. 67-68).

Ahora bien, de los valores de la legalidad se sigue que debería decidirse conforme a las reglas establecidas. La decisión y solución de los casos según lo señalado por las reglas tiene un cierto valor moral independiente del valor de lo que esa norma disponga. Este es el planteamiento del *legalismo,* entendido como la teoría que favorece la *reglalización* del derecho, que implica que existan reglas que especifiquen qué se

reglas no solo pueden confiar en ellas, sino que también pueden predecir con cierta seguridad en qué dirección se expandirá o desarrollará el derecho.

47. Me he referido a esto en Peña (2020a, pp. 37-41).
48. El término se inspira en la «*ruleness*» de Schauer (2020).
49. Para Celano (2022, pp. 62-63), las leyes (*statutes*), es decir, el derecho legislado es el único estándar jurídico que se ajusta al modelo del *Rule of Law* en la medida en que expresa con naturalidad sus requerimientos.

sigue de los principios que se consideren relevantes para ordenar la convivencia y que las reglas ofrezcan algún grado de resistencia frente a las soluciones que se siguen de los principios relevantes cuando es posible elaborar una solución mejor para cada caso directamente desde ellos[50].

Los valores de la legalidad se ven honrados cuando los comportamientos de los individuos son gobernados por reglas y cuando los jueces resuelven los casos conforme a las normas anunciadas y no conforme a otros patrones o criterios, incluso cuando decidir según estos patrones permitiría alcanzar soluciones más adecuadas o justas que las que se siguen de la aplicación de las reglas. Si decidimos castigar a un individuo porque el castigo es juzgado conveniente o si dejamos de aplicar la ley porque consideramos que una solución más integradora o compasiva es mejor, estamos causando un quebranto a los valores de la legalidad. Igual sucede cuando en un caso moralmente difícil se opta por inaplicar una norma legal, distorsionándola o suspendiéndola, para evitar causar un injusto: en casos así, estamos lesionando un bien moral –el valor de la legalidad– para evitar un daño a otro bien distinto con el que está en conflicto.

La legalidad ofrece una perspectiva complementaria desde la que analizar el problema de los casos moralmente difíciles sobre los que han llamado la atención los principialistas. Si aceptamos que la legalidad y el orden jurídico son expresión de ciertos valores que les confieren mérito moral, comprobaremos que hay más valores en conflicto que los sugeridos en los análisis de esos casos que lleva a cabo el principialismo. En casos moralmente difíciles, como el de Noara, no se confrontan simplemente quienes, motivados por su compromiso con elevados valores morales, proponen la derrota de la regla que produce resultados moralmente objetables y, de otro lado, quienes, insensibles a las dimensiones morales del caso, son partidarios de la aplicación mecánica de las reglas. Aquellos a quienes preocupa la derrota de las reglas cuando se constata que existe algún valor moral que apunta a una solución mejor, también asumen un planteamiento moral: para ellos la aplicación de la norma establecida supone dar satisfacción a los valores de la legalidad, que se ven realizados cuando los casos se resuelven de modo congruente con las reglas[51].

Ahora bien, que la decisión conforme a la regla tenga cierta fuerza moral no significa que esa fuerza sea absoluta, pues los valores de la legalidad no agotan la idea de justicia, ni son los únicos valores morales implicados en la solución judicial de un caso[52].

50. Los planteamientos legalistas, en este punto, coinciden con los del iuspositivismo ético o normativo.
51. Como se sigue de Schauer (1991, p. 154), este planteamiento presupone que, a las razones que puedan existir para decidir un caso del mejor modo posible y, particularmente, para decidirlo o no como las reglas señalan, se suman aquellas que existen para decidir conforme a las reglas con carácter general, con independencia del mérito moral de la solución que en cada caso se sigue de ellas. El legalismo no puede entenderse si no se considera la existencia de las razones para tener reglas y razones para decidir lo que reglas exigen.
52. Raz (2009, p. 229) ha advertido que los órdenes jurídicos pueden presentar déficits significativos desde el punto de vista de otros principios de la moralidad, porque los principios morales intrínsecos a la idea de legalidad, aunque son parte del ideal mayor de la justicia, no la agotan. Los valores de la

Aunque decidir conforme a la regla es justo desde el punto de vista de los valores de la legalidad, no es necesariamente el único modo justo de decidir y las reglas podrían ser derrotadas en los casos en que existan razones especialmente exigentes[53].

Los valores de la legalidad reclaman la prevalencia de las soluciones contempladas en las reglas frente a otras mejores no particularmente exigentes. En los casos en que existan razones muy exigentes que apunten a la derrota de las reglas, aún deberían ofrecer cierta resistencia, aunque no sea determinante, frente a las soluciones mejores (Schauer, 1991 pp. 151 o 259 y ss.). Aunque puedan ser superadas por principios más exigentes, deberían constituir algo que exige obediencia y que crea razones poderosas para actuar más allá de las circunstancias en las que esté justificada su aceptación (Goldman, 2002, p. 106). Las reglas, por tanto, deberían tener un peso independiente en la toma de decisiones, ofrezcan o no la mejor solución para el caso[54]. En mi opinión, este peso se logra cuando la legalidad encuentra su fundamento en algún principio moral sustantivo, que vaya más allá de su instrumentalidad a la satisfacción de los valores que típicamente se ven realizados a través del contenido de las normas[55].

Por esa razón, resolver conforme a principios implícitos, explícitos o extrasistemáticos y declarar derrotadas las determinaciones de las reglas no pueden ser consideradas prácticas saludables desde el punto de vista de la legalidad. Si el gobierno mediante reglas del comportamiento humano tiene un cierto valor moral, la derrota de una regla cuando consideramos que su solución no es óptima, tiene un coste moral, por mucho que lleguemos a la conclusión de que el valor moral obtenido con la derrota compensa el daño. Un legalista considera que siempre se pierde algo cuando una regla es derrotada[56], incluso en los casos en los que la regla es desplazada

legalidad son un componente de la justicia conforme a la cual valoramos en un sentido total las normas y decisiones jurídicas desde un punto de vista moral (Simmonds, 2007, p. 5), pero la justicia implica una valoración más amplia, que abarca cuestiones como la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social, la proporcionalidad de los castigos, etcétera. Como afirma Dyzenhaus (2016, p. 35), se puede reconocer ese valor y aun así concluir afirmando que el derecho es demasiado injusto como para merecer nuestra obediencia, pues la razón inicial, basada en la idea de una moral de la legalidad o moral interna, no debería ser excesivamente venerada. Sobre este punto, también Schauer (1991, pp. 259-269) o Bayón (2017, p. 68).

53. Se sigue de Campbell (2004, p. 32) que el juez del positivismo ético o normativo está convencido de que las soluciones jurídicas contempladas en las reglas deben prevalecer por lo general sobre las soluciones moralmente óptimas, pero sin descartar que en circunstancias muy excepcionales las reglas puedan ser derrotadas.
54. En este sentido, Schauer (1991, pp. 160 o 198) asocia al legalismo con la existencia de un argumento independiente o autosuficiente, que justifique y privilegie a esa decisión respecto a otras distintas mejores.
55. Normalmente a los valores de la legalidad se les considera subordinados a la realización de valores constitucionales o a la satisfacción de los derechos fundamentales, sin que la legalidad como tal alcance un valor independiente o autosuficiente que vaya más allá de su instrumentalidad, como, por ejemplo, hace Atienza (2011, p. 200 o 2017, pp. 134 o 345).
56. Como advierte Schauer (1991, pp. 223-224), algo debería preocuparnos cuando los tribunales se atribuyen el poder de decidir qué razón pesa más que la razón que existe para aplicar las reglas dispuestas.

por un patrón de decisión más exigente: la decisión *contra legem* es, normalmente, una afrenta a los valores de la legalidad, por mucho que, en casos extremos, ese daño sea asumible o se vea compensado por la satisfacción de algún valor excepcional que, en el caso, resulta más exigente. Por esta razón, no se debería normalizar la derrota de las reglas[57], ni mucho menos presentarla como una encomiable manifestación del modo en que el derecho *se purifica* moralmente. Confrontado a un caso moralmente difícil, el legalismo insiste en la necesidad de que seamos conscientes del daño que decisiones que presuponen la derrota de las reglas provocan a los valores de la legalidad y a la integridad del orden jurídico[58]. Por mucho que, en casos particulares estas soluciones estén justificadas, la derrota de la regla debe ser percibida como marginal y es importante insistir en que «la violación de las reglas es contraria a un deber moral» (Alexander y Sherwin, 2001, p. 90). Por último, no hay que olvidar que un legalista es claramente consciente del carácter moral de la decisión que presupone la derrota de una regla: las decisiones del juez que, en casos difíciles excepcionales, se apartan de las reglas para decidir conforme a un patrón de comportamiento distinto, no convierten ni a ese patrón ni a esa solución en jurídicos: una cosa es lo que el derecho establece y otra lo que el juez debe hacer tomando en cuenta todas las consideraciones relevantes.

En definitiva, la principialización del derecho, es decir, la afirmación de que el derecho está compuesto por principios además de por reglas o de que las reglas pueden ser derrotadas por principios implícitos, explícitos o extrasistemáticos, no corre en el sentido que reclaman los valores de la legalidad. Promover que se decida en función de principios con un contenido muy general e indeterminado podría ser incompatible con la integridad del orden jurídico. Este es, desde luego, un asunto lo suficientemente complejo como para requerir un tratamiento más extenso del que puedo proporcionarle en este artículo. Sin embargo, no me resisto a añadir que, de lo dicho, tampoco se sigue que el compromiso con los valores de la legalidad exija un rechazo frontal a cualquier modelo de decisión judicial que promueva la derrota de las reglas legales a luz de principios. Lo que estaría excluido es la necesidad de formular un juicio moral pleno para poder identificar el sentido en que las normas han de guiar

57. Matizadamente en contra, Brand-Ballard (2010, pp. 124 y ss. y 310), partidario de que los jueces puedan desviarse de las soluciones regladas en casos moralmente subóptimos, entre otras razones, porque concibe a los jueces como definidos por dos intencionalidades colectivas: minimizar los resultados subóptimos a través de sus sistemas jurídicos y evitar ellos mismos llegar a resultados subóptimos. En un sentido similar, las tesis de Alexy (2008 o 2011) sobre la doble naturaleza –autoritativa e ideal– del derecho.

58. En este sentido, Goldman (2002, pp. 145 y ss.) es partidario de una teoría normativa que invite a decidir conforme a las reglas cuando los efectos acumulados del razonamiento directo sean peores que la justicia imperfecta que se logra cuando se decide en función de reglas. Aunque el efecto de una decisión puntual pueda ser mínimo, el efecto acumulado de tales decisiones sería desastroso y generaría inconsistencia e impredecibilidad. Sobre este efecto contagio, Alexander y Sherwin (2001, pp. 81-82).

nuestra conducta o han de justificar la decisión judicial[59]. Como ya se advirtió desde posiciones vinculadas al iuspositivismo normativo, la presencia de elementos morales en el derecho es tolerable siempre que se pueda identificar con cierta claridad lo que implican. Aunque esto, como también advirtió Campbell (2002, pp. 312), es especialmente difícil en el caso de sociedades pluralistas, lo cierto es que el grado de dificultad a la hora de identificar con claridad el sentido de un principio no es el mismo, en la misma sociedad, para todos los principios. Hay principios cuyo contenido puede estar total o parcialmente *consolidado*, es decir, validado por tradiciones o teorías jurídico-constitucionales acreditadas[60]. Lógicamente, no es lo mismo la derrota de una regla legal a la luz de uno de estos principios que su derrota a la luz de lecturas morales profundamente ideologizadas de principios que se juzgan relevantes para decidir un caso. El grado de incompatibilidad con los valores de la legalidad es, obviamente, mayor en este caso que en el primero.

3.3. Casos trágicos para la legalidad

Como hemos visto, el ideal de la legalidad reclama *reglalizar* el orden jurídico, es decir, exige que se gobierne mediante reglas y se decida conforme a ellas. Sin embargo, esta pretensión presupone unos fundamentos morales que la justifican –los valores y principios de la legalidad– y no obedece a ningún tipo de sacralización de la ley o de sumisión al poder que la promueve. La ley es instrumento de la legalidad, porque mediante su aplicación se respetan los principios que constituyen el orden jurídico y se rinde tributo a los valores morales que los fundamentan. Como advertí en otro lugar, los principios de legalidad ordenan maximizar el gobierno de las reglas, en la medida en que los valores de la legalidad se ven satisfechos cuando las reglas gobiernan y cuando se garantiza la autonomía del derecho respecto de órdenes normativos distintos (Peña, 2022, pp. 178-179).

Sin embargo, la aplicación de las reglas no siempre asegura la realización del ideal de la legalidad. Existen casos en los que es el contenido de la legislación misma el que

59. Una solución así podría ser contraria a la autonomía del derecho respecto de la moralidad, pues la autonomía se logra cuando los criterios que sirven para decidir cómo debe resolverse un caso derivan «solo de valores reconocidos o implícitos en el derecho mismo» (Goldman, (2002, pp. 112-113). De Schauer (1991, pp. 262-267) también se sigue que un modelo de decisión que contemple la posibilidad de decidir irrestrictamente conforme a principios es incompatible con la concepción de quien ve al derecho como un conjunto de reglas distintas del universo de consideraciones morales, políticas o económicas que pueden ser relevantes para solucionar un caso.

60. Decidir por determinación moral directa, a partir de principios morales, solo es compatible con los principios de legalidad cuando el supuesto principio está de algún modo reglado. En sociedades éticamente pluralistas, en las que la moral no puede decirse reglada, resolver después de ponderar principios o después de derrotar las determinaciones normativas de una regla para optimizar un principio no es compatible con los valores que forman parte del ideal de la legalidad. Esas soluciones no pueden ser consideradas prácticas saludables por quien se dice comprometido con ese ideal (Peña, 2022, p. 179).

se convierte en una amenaza para la legalidad. Visto que la legalidad exige que las reacciones coactivas de las autoridades estén condicionadas por la compatibilidad de los comportamientos de los individuos con las reglas, si una *ley* autorizara a reaccionar frente a individuos en función de consideraciones distintas, relativas, por ejemplo, a lo que son y no a lo que han hecho[61], la aplicación de esa ley no satisfaría los valores de la legalidad. Si las leyes obligaran a los jueces a ser más o menos severos o compasivos en función de consideraciones ajenas a la compatibilidad entre acciones o pretensiones de los individuos y reglas –por ejemplo, en función de que la criminalidad sea ocasionalmente alta o baja–, la legalidad no se vería realizada. Visto que los valores de la legalidad exigen que las partes puedan presentar hechos y razones en favor de sus pretensiones a los jueces y a estos que estén abiertos a su razonabilidad, una ley que obligara a los jueces a ignorar los argumentos presentados por ciertos sujetos o a no cuestionar los presentados por otros, no podría ser señalada como una expresión de los valores de la legalidad.

Por ilustrar un poco más: imaginemos a un juez confrontado a una *ley* que le ordenara dar plena credibilidad a las manifestaciones de los miembros de una categoría de individuos, con independencia de la razonabilidad de las pruebas y argumentos presentados por los miembros de otra categoría distinta. La incompatibilidad entre esta disposición y los valores y principios de legalidad es evidente: una *ley* así es incompatible con los principios de legalidad, que exigen que el comportamiento de los individuos esté gobernado por reglas y que la responsabilidad del individuo por sus acciones se dirima exclusivamente en función de su incompatibilidad con las reglas anunciadas, apreciada en un juicio en el que las partes han de poder exponer sus respectivos argumentos ante un juez cognitivamente abierto a la razonabilidad de todos ellos. Si las manifestaciones de una parte son razón suficiente para que otra sea condenada, entonces esta no depende de las reglas establecidas, sino de la palabra de quién lo acusa. En este caso, la aplicación de esa norma tendría un impacto negativo sobre la integridad del orden jurídico, pues corre en el sentido contrario al que la legalidad señala.

Denominaré *casos trágicos para la legalidad* a estos casos en los que la decisión conforme a lo establecido en las reglas atenta contra los valores de la legalidad, en lugar de realizarla ¿Qué hacer en estos casos en que son las leyes las que, lejos de realizar los valores de la legalidad, nos alejan de ellos, socavando así la integridad del orden jurídico? No tiene sentido defender una aplicación incondicional de las reglas. La decisión conforme a las reglas realiza normalmente los valores de la legalidad y, por eso, está normalmente justificada; sin embargo, cuando no es así porque la decisión conforme a la ley es incompatible con los valores y principios de legalidad, lo que la legalidad exige

61. Sobre este punto, Rundle (2009) ya llamó la atención entre la incompatibilidad conceptual de una legalidad exterminadora, es decir, sobre la imposibilidad de ejecutar conforme a los principios de legalidad una política aniquiladora.

es que la ley sea corregida o derrotada, según corresponda, para mantener la integridad del orden jurídico. Como advierte Postema, (2023, p. 16), debemos mirar más allá de la mera existencia de leyes o del acatamiento generalizado para entender cuál es la ambición que radica en el núcleo del gobierno del derecho (*rule of law*), pues los principios sobre los que se fundamenta ese gobierno podrían legitimar el incumplimiento de órdenes de quienes actúan desde puestos de autoridad jurídica e incluso de las leyes que promulgan[62].

El juez comprometido con los valores de la legalidad[63] y con el gobierno de las reglas debe ser consciente de que los valores de la legalidad le exigen que la aplicación de las reglas, por así decirlo, sea la regla. Esta exigencia se pone de manifiesto de un modo especial en los casos moralmente difíciles, cuando el juez debe, al menos, sentirse presionado por las reglas, por mucho que esa presión pueda verse superada en circunstancias excepcionales por razones muy exigentes que provoquen su derrota. Sin embargo, en un caso trágico para la legalidad, lo que la legalidad exige al juez es ignorar la regla para seguir sometido a derecho y para no cometer el tipo de injusticia que se da cuando se vulneran sus valores constitutivos[64]. En estos casos, el juez debe trabajar bajo la consideración regulativa de que el judicial, como el legislativo y el ejecutivo, están comprometidos con el proyecto del gobierno del derecho[65] (Dyzenhaus, 2006): esto significa que debe *reglalizar* el contenido de la ley hasta donde le sea posible, buscando que el impacto de su aplicación sobre la integridad del orden jurídico sea mínimo. En

62. Como se sigue de Dyzenhaus (2016, p. 11), los valores y principios de legalidad, que él denomina *constitución del derecho*, no son normas formales o procedimentales, sustancialmente vacías, que se traducen en autorizaciones a los poderes públicos (*officials*) y que obligan a reconocer como válidas a todas sus normas, como lo son la regla de reconocimiento o la norma básica. Tienen, por el contrario, una cierta dimensión sustancial, que se pone de manifiesto en los casos trágicos a los que me estoy refiriendo.
63. Desde luego, este modelo de juez no se corresponde con el de quien concibe a los jueces como meros transmisores de la voluntad del legislador, ni tampoco con el de quien confía en ellos para desvelar principios objetivos externos al derecho. El juez comprometido con la legalidad es un agente vinculado al orden jurídico, cuyo rol viene definido por los principios de legalidad inmanentes al derecho (Dyzenhaus, 2010, pp. 67 y ss.).
64. Dyzenhaus (2022, pp. 114-115), interpretando el modelo de juez hobbesiano, señala que los jueces tienen la potestad de interpretar las leyes del soberano conforme a una serie de principios fundamentales, incluso cuando la letra de la ley parece no sugerir esa potestad ni presuponer esa interpretación, si bien esos principios no son externos al derecho, sino internos y constitutivos de la legalidad de la soberanía. De ese modo, cuando leyes concretas son incompatibles con los principios de legalidad, el juez debe interpretarlos de modo que resulten compatibles, para que así, añade (pp. 170-171), la sujeción del individuo a las normas sea consistente con los principios de legalidad.
65. Esta idea ya está presente en Fuller (1969, pp. 38, 122, 145), que se refiere recurrentemente al derecho como una empresa que tiene el propósito (*purposeful enterprise*) de someter el comportamiento humano al gobierno de reglas generales y a los principios de legalidad como las condiciones que hay que satisfacer para que esa empresa tenga éxito, pues, cuando los seres humanos se embarcan en la empresa de someter sus comportamientos a alguna forma de control se dan cuenta de que la tarea tiene una lógica interna que impone demandas y exigencias que han de cumplirse si se quiere llevar a cabo con éxito (Fuller, 1946, p. 379 y 1969, p. 150).

casos extremos, el juez podría simular o engañar, es decir, hacer como que aplica la norma sin hacerlo[66].

En definitiva, los valores de la legalidad reclaman la aplicación de las leyes por los jueces y es justo que estén obligados a aplicarlas. Esa obligación solo parece tener dos excepciones. La primera es aparente, porque es la que se da cuando nos hallamos ante un caso moralmente difícil en el que se plantea un conflicto grave entre legalidad y justicia: en estos casos, el juez puede derrotar la ley para no provocar un daño inasumible a la justicia, si bien deberíamos ser conscientes de que no es ese su deber jurídico y de que, con decisiones como esas, no se realiza el derecho, sino que se suspende. La segunda excepción es la de los casos trágicos para la legalidad, en los que, por suscitarse un conflicto entre ley y legalidad, se debe *reglalizar* hasta donde sea posible y, en última instancia, derrotar la ley para no derrotar al derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló, J. (2007). «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras» Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), pp. 665-675.

Allan, T. R. S. (2006). «Human Rights and Judicial Review: A Critique of 'Due Deference'» en *Cambridge Law Journal*, vol. 65, n.º 3, pp. 671-695.

Alexander, L. y Sherwin, E. (2001). *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*. Durham y Londres: Duke University Press.

Alexy, R. (1989). «On Necessary Relations between Law and Morality» en *Ratio Iuris*, vol. 3, n.º 2 (julio 1989), pp. 167-183.

Alexy, R. (2008). «On the Concept and Nature of Law» en *Ratio Iuris*, 21, p. 281-299.

Alexy, R. (2011). «La doble naturaleza del derecho» en Bernal Pulido, Carlos (ed.). *La doble naturaleza del derecho. Autoridad y razón en la obra de Rober Alexy*. Lima: Palestra.

Atienza, M. (1997). «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos» en *Isonomía*, n.º 6, abril, 1997.

Atienza, M. (2011). «Cómo desenmascarar a un formalista». *Isonomía*, n.º 34, abril, 2011.

66. Alexander y Sherwin (2001, pp. 86-95) se refieren a esta misma estrategia, pero en sentido contrario al que aquí se sugiere. Ellos admiten la posibilidad de que los jueces simulen o engañen (*deception*) para evitar la adopción de decisiones con resultados injustos. Proponen que los jueces engañen en los casos moralmente difíciles para hacer creer a los individuos que deciden según las leyes, cuando, en realidad, lo están haciendo según algún principio moral que derrota a las normas. Se buscaría con el engaño evitar la generalización de la idea de que los jueces no respetan el principio de congruencia con el derecho establecido, porque si esta idea se extendiese, cualquiera podría llegar a la conclusión de que debe actuar según su propio juicio moral, pues así uno se garantiza no ser castigado por los jueces. Dicho de otro modo, Alexander y Sherwin abogan por difundir una cultura de la legalidad entre los individuos y una concepción principialista del derecho entre los jueces, para que entre los primeros no se generalice la desobediencia y para que los segundos puedan siempre mitigar las consecuencias indeseables de la aplicación de las normas. La simulación que yo sugiero está motivada exclusivamente por la convicción a propósito de difundir la cultura de la legalidad. Al respecto, también Dworkin (1986, pp. 156-157).

Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.
Barack, A. (1989). *Discrecionalidad judicial*. Lima: Palestra, 2021.
Bayón Mohíno, J. C. (2017). «El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del derecho: Dos visiones» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número extra, 39, 2017 (Homenaje a Francisco Laporta y Liborio L. Hierro), pp. 67-72.
Brand-Ballard, J. (2010). *Limits of Legality. The Ethics of Lawless Judgement*. Oxford: Oxford University Press.
Campbell, T. (2002). «El sentido del positivismo jurídico» en *DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002, pp. 303-331.
Campbell, T. (2004). *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*. Londres: UCL Press.
Casey, A. J. y Niblett, A. (2017). «The Death of Rules and Standards» em *Indiana Law Journal*, vol. 92, n.º 4.
Celano, B. (2022). *El gobierno de las leyes. Ensayos sobre el* Rule of Law. Barcelona: Marcial Pons.
Comanducci, P. (2003). «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico» en Carbonell, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
Dworkin, R. (1986). *El imperio del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2022.
Dyzenhaus, D. (2000). «Positivism's Stagnant Research Programme» en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n.º 4, pp. 703-722.
Dyzenhaus, D. (2006). *The Constitution of law. Legality in time of Crisis.* Cambridge, Cambridge University Press.
Dyzenhaus, D. (2010). «The Very Idea of a Judge», *University of Toronto Law Journal*, vol. 60, 1, 2010.
Dyzenhaus, D. (2016) «The Idea of a Constitution» en *Philosophical Foundations of Constitutional Law* Dyzenhaus, D, y Thorburn, M. (eds). Oxford: Oxford University Press.
Dyzenhaus, D. (2022). *The Long Arch of Legality. Hobbes, Kelsen, Hart*. Cambridge: Cambridge University Press.
Fuller, L. (1946). «Reason and Fiat in Case Law» en *Harvard Law Review*, vol. 59, n.º 3, pp. 376-395.
Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*, 2.ª ed., New Haven, Yale University Press.
Endicott, T. (2000). *La vaguedad en el derecho*. Madrid: Dykinson, 2008.
Endicott, T. (2012). «La vaguedad y el Estado de derecho: una crisis en la adjudicación de derechos humanos» en *Derecho y Humanidades*, n.º 19, 2012, pp. 129-140.
Etcheverry, J. B. (2014). «Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites» en Teoría y Derecho, vol. 15.
Galligan, D. J (1986). *Discretionary Powers*. Oxford: Clarendom Press.
García Amado, J. A. (2021). «Iuspositivismo, objetivismo moral y Estado constitucional» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, pp. 7-31.
García Figueroa, A. (1998). *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEPC.
García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de moralidad*. Madrid: Trotta.
García Figueroa, A. (2011). «Neoconstitucionalismo: Dos (o tres) perros para un solo collar» en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2011), pp. 121-137.
Goldman, A. H. (2002). *Practical Rules. When We Need Them and When We Don't*. Cambridge: Cambridge University Press.

Guastini, R. (2003). «La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano» en Carbonell. M. (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Klatt, M. (2007). «Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion. *Ratio Juris*, vol. 20, n.º 4, pp. 506-529.

Iglesias Villa, M. (1999). *El problema de la discreción judicial*. Madrid: CEPC.

Laporta, F. (2007). *Imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.

Lariguet, G. (2006). «Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica» en *Isonomía*, 24, abril 2006.

Lifante Vidal, I. (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Madrid: Cepc.

Lovett, F. (2016). *A Republic of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hart, H. L. A. (1958) «Positivism and the Separation of Law and Morals» en *Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, pp. 593-629.

Hart, H. L. A. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

Marmor, A. (1992). *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2000.

Nadler, J. (2007). «Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice» en *Law and Philosophy*, vol. 27, pp. 1-34

Navarro, P. (1993). «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho» en *DOXA-Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 14, pp. 243-268.

Peña Freire, A. (2018). *Legalidad y orden jurídico*. Barcelona: Atelier.

Peña Freire, A. (2020). «La constitución del Estado de derecho» en *Anuario de Filosofía del Derecho*.

Peña Freire, A. (2020a). «Estado de Derecho, adjudicación y racionalidad jurídica» en Gascón, M. y Núñez Vaquero, Á. (eds.). *La construcción del precedente en el* civil law. Barcelona: Atelier.

Peña Freire, A. (2022). «La filiación filosófica de Lon Fuller: iuspositivismo normativo (ni iusnaturalismo ni principialismo) en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, vol. 46.

Peña Freire, A. (2023). «Principialismo y legalismo: una aproximación normativa» en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50, 2023.

Postema, G. (2023). *Law's Rule*. Oxford: Oxford University Press.

Ratti, G. B. (2015). «Neconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo» en *Ius Humani: Revista de Derecho*, vol. 14 (2014/2015).

Raz, J. (2009). *The Authority of Law*, 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press.

Reyes Molina, S. (2020). «Judicial Discretion as a Result of Systemic Indeterminacy» en *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXIII, n.º 2, agosto, 2020.

Ródenas, Á. (2001). «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas» en DOXA, 24, pp. 63-83.

Rundle, K. (2009). «The Impossibility of and Exterminatory Legality: Law and the Holocaust» en *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n.º 1, pp. 65-125

Rundle, K. (2012). *Forms Liberate*, Oxford, Hart Publishing.

Somek, A. (2017). *The Legal Relation*. Cambridge: Cambridge University Press.

Schauer, F. (1985). «Easy cases». Southern California Law Review, vol 58 (n.º 1 y 2).

Schauer, F. (1991). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Schauer, F. (2009). *Pensar como un abogado*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Schauer, F. (2020) «Ruleness» en Legal Rules in Practice (Baudouin Dupret, Julie Colemans y Max Travers Eds.). Londres: Routledge, 2021). También Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, n.º 2020-72, disponible en Ssrn: https://ssrn.com/abstract=3714852, por donde se cita.

Simmonds, N. (2007). *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press.

Simmonds, N. (2009). «Freedom, Law, and Naked Violence: A Reply to Kramer» en *University of Toronto Law Journal*, vol. 59, n.º 3, pp. 381-404.

Shiffin, S. V. (2010). «Inducing Moral Deliberation: On the Occasional Virtues of Fog» en *Harvard Law Review*, 123.Vigo, Rodolfo (2016). «Dos o tres iusnaturalismos?» en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. México: Porrúa.

Vega, J. (2014). «La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial» en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, pp. 113-144.

Vigo, R. (2016). «Dos o tres iusnaturalismos?» en *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. México: Porrúa.

Waldron, J. (2011). «The Rule of Law and the Importance of the Procedure» en Fleming, James E. (ed.) (2011). *Getting the Rule of Law*. Nueva York: Nomos-New York University Press.

Waldron, J. (2012). «How Law Protects Dignity» en *Cambridge Law Journal*, vol. 71, n.º 1, pp. 200-222.

Wróblewski, J. (1989). «El papel de los principios del derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica» en *Sentido y hecho en el derecho*. Lejona: Universidad del País Vasco.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 467-498
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.17

Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán

On the Supposed «Epistemological Purity» of the Evaluation of Evidence: Regarding a Thesis held Jordi Ferrer Beltrán

Pablo Rovatti

Autor:
Pablo Rovatti
Universidad de Buenos Aires, Argentina
pablorovatti@derecho.uba.ar
https://orcid.org/0000-0001-9312-3015

Recibido: 13/08/2022
Aceptado: 17/07/2023

Citar como:
Rovatti, Pablo (2024). Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 467-498. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.17

Agradecimientos:
Agradezco los comentarios críticos de Jordi Ferrer Beltrán, Carmen Vázquez y Flavia Carbonell en el marco de la exposición de una versión preliminar de este trabajo presentada en el Congreso «El razonamiento probatorio en Iberoamérica», celebrado en octubre de 2022 en la Ciudad de México, y los comentarios y sugerencias de Diego Dei Vecchi, Alan Limardo y Diana Veleda, que integraron el *workshop* «Fronteras (reales e imaginarias) entre razonamiento probatorio y derechos humanos», que tuvo lugar en la *1st Michele Taruffo Girona Evidence Week*, celebrada en mayo de 2022 en Girona. Asimismo, agradezco las atentas lecturas y observaciones de Federico Arena, Rocío Buosi, Pablo Larsen, Carla Salvatori y de las dos personas revisoras anónimas.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Pablo Rovatti

Resumen

En su caracterización de la prueba en el derecho, Jordi Ferrer Beltrán divide a la actividad probatoria en tres momentos: la formación del conjunto de elementos de elementos de juicio, la valoración de esa prueba y la adopción de la decisión sobre los hechos probados. Sobre esa base, sostiene que, en sistemas de libre valoración, el segundo momento estaría gobernado exclusivamente por las reglas de la lógica y la epistemología. A su ver, no jugarían allí particularidades propiamente jurídicas, a diferencia de lo que sucede en el primer y tercer momento. En este trabajo se argumenta que esa caracterización debería ser matizada. El argumento se desarrolla en dos pasos. Por un lado, se aborda la diferencia entre la corrección epistémica y la legitimidad moral/jurídica de las generalizaciones empíricas y se concluye que no toda generalización correcta desde el punto de vista empírico es aceptable para elaborar argumentos probatorios en los procesos judiciales. Por el otro lado, se describen tres técnicas que el derecho emplea para controlar el razonamiento justificativo de las decisiones judiciales: la advertencia, la exclusión y una tercera, que consiste en ordenar o prohibir el uso de ciertas líneas de razonamiento inferencial. A partir de estas premisas se concluye que la actividad probatoria en los procesos judiciales no sólo se ve constreñida por razones normativas cuando se trata de formar el conjunto de las pruebas que podrán ser utilizadas o de adoptar una decisión sobre los hechos probados. Pues, además, ciertas reglas jurídicas ordenan o prohíben a los encargados de decidir usar de cierto modo las pruebas de las que disponen, y lo hacen, con una frecuencia no desdeñable, por razones no epistémicas.

Esta interferencia jurídica en la valoración de la prueba, buena parte de las veces, se justifica por remisión al contenido de las cláusulas de debido proceso, presentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las constituciones rígidas de los modernos Estados de derecho. Por ello, se afirma que el derecho no sólo interfiere a menudo en la valoración de la prueba, sino que lo hace por razones que no es deseable abandonar.

Palabras clave*:* libre valoración de la prueba; generalizaciones empíricas; estereotipos; generalizaciones moral o jurídicamente ilegítimas; presunciones; prohibición de uso de líneas inferenciales; cláusulas de debido proceso

Abstract

When describing evidence in legal contexts, Jordi Ferrer Beltrán argues that, in free proof systems, the assessment of evidence is governed exclusively by logic and epistemology rules. In his view, this phase, unlike what happens in the other moments of evidentiary activity, does not involve any strictly legal particularity. This paper contends that this characterization should be, at least, nuanced. On the one hand, the difference between epistemic and moral correctness of empirical generalizations is addressed in order to conclude that not all epistemically sound generalizations are acceptable as arguments in judicial processes. On the other hand, the article describes three techniques of controlling fact-finders' evidential reasoning: advice, exclusion and regulation. The last one consists of ordering to employ or refrain from using specific lines of evidential reasoning. Hence, the evidentiary activity in a judicial process is not only constrained by normative reasons when it comes to admissibility and to allocating burdens of proof, but also when assessing evidence. Indeed, certain legal rules order or prohibit fact-finders to use the evidence available in a given way for non-epistemic reasons. This legal interference in the evaluation of evidence is justified, in many cases, by reference to human rights norms, such as the right to a fair trial. In sum, law interferes in the assessment of evidence more than what Ferrer Beltrán claims and it does so for reasons we should not disregard.

Keywords: freedom of proof; empirical generalizations; epistemic and morally odious generalizations; stereotypes; advice, exclusion and regulation; right to a fair trial

I. INTRODUCCIÓN

La prueba de los hechos en contextos jurídicos presenta una serie de particularidades. Entre las más significativas se encuentra el hecho de que, en ocasiones, se prive a los decisores de información relevante. Así, en el derecho encontramos reglas que prohíben tener en cuenta pruebas obtenidas por medios considerados ilegítimos, otras que impiden obtener de ciertas personas información que podría ser valiosa, etc. Estas reglas, animadas por intereses de lo más diversos, tienen el efecto de limitar, a veces considerablemente, el conjunto de elementos de juicio que pueden ser empleados para justificar la decisión judicial. En fin, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos o disciplinas, en el derecho hay una buena cantidad de reglas que tienen el efecto de dejar afuera información útil.

En los procesos judiciales, además, no se discute sobre la ocurrencia de tales o cuales hechos por el puro interés teórico de conocer mejor el mundo en el que vivimos. En

cambio, se emprende una actividad de averiguación, se ofrecen pruebas y se argumenta y discute sobre el respaldo que estas ofrecen a las hipótesis en conflicto por la sencilla razón de que, tal como están configuradas nuestras prácticas[1], ello es necesario *para* poder tomar una decisión que ponga fin, en un plazo no demasiado extenso, a una controversia: ¿es José el autor del homicidio de Damián y debe, por tanto, ser enviado a prisión? O bien, ¿es Juana quien ha causado imprudentemente el accidente al pasarse el semáforo en rojo y embestir al vehículo de Carla?

Si la persona encargada de decidir no cree que esos eventos hayan ocurrido, no debería mandar a prisión a José ni ordenar que Juana repare el daño que el vehículo de Carla ha sufrido[2]. Pero son consideraciones prácticas las que «determinan el *umbral de justificación epistémica* de las creencias sobre el hecho» (Tuzet, 2021: 265): cuando se trata de actuar, lo que en un contexto puede ser suficiente, en otro puede ser muy poco. Así, cuanto mayor sea la distancia entre la gravedad de las consecuencias asociadas a un falso positivo (*v.gr.* la condena de una persona inocente) respecto de las asociadas a un falso negativo (*v.gr.* la absolución de una persona culpable), más exigente será el umbral de justificación[3]. En suma, en el derecho, como en otras disciplinas, se prueba para actuar y ello explica que sean necesarias ciertas reglas o pautas que indiquen a los encargados de decidir cuándo la prueba es suficiente. Además, la necesidad de poner punto final a la disputa, y de hacerlo dentro de un plazo razonable, explican que en el derecho nos encontremos con reglas cuya función es indicar a los decisores qué hacer en contextos de incertidumbre.

Para ayudar a entender mejor cómo juegan esas y otras especificidades de la prueba de los hechos en el derecho, Ferrer Beltrán ha propuesto hace ya una década y media una división de la actividad probatoria en tres fases o momentos fundamentales, «lógicamente distintos y sucesivos» (2007: 41): primero, la formación del conjunto de elementos de elementos de juicio con el que se tomará la decisión; segundo, la valoración de ese acervo probatorio y, tercero, la adopción de la decisión sobre los hechos probados. Una de las ventajas analíticas centrales que Ferrer Beltrán le atribuye a esta distinción es que «permite percibir la diferente incidencia que tienen las reglas jurídicas sobre la prueba en cada uno de esos momentos o fases» (2007: 67).

En pocas palabras, Ferrer Beltrán ha defendido insistentemente (2007; 2013; 2019; 2021) la idea de que las especificidades propiamente jurídicas de la prueba tienen cabida

1. Véase Dei Vecchi (2020: 29-32), donde desarrolla la idea de que «la relación entre proceso, prueba y verdad está intermediada por la noción de justificación de las decisiones judiciales, tal como esa noción se ha configurado en *nuestras* culturas jurídicas».
2. El papel de las creencias del juzgador en una teoría de la prueba de los hechos en el derecho es discutido. Véase Ferrer Beltrán (2007: 144-146; 2021: 32-33 y 174 ss.) y, en contraste, González Lagier (2020b: 48-49; 2021: 18-20); Gama (2021: ap. 5.1); Picinali (2015: 143-146).
3. Esta es una simplificación excesiva de un asunto sumamente complejo. La tesis de que la suficiencia de las razones epistémicas en favor de una hipótesis depende del contexto de decisión, claro está, no es en absoluto privativa del derecho. Véanse, entre otros muchos, Ferrer Beltrán (2007: 49-52; 2021: 138 y ss.); Dei Vecchi (2022); Schauer (2022a: 34-57); Rimoldi (2022); Moss (2021).

en el primer y tercer momento, mientras que el segundo, si se adopta un sistema de *libre valoración*, estaría regido por las reglas de la racionalidad general, *i.e.* por los principios de la lógica y la epistemología. En la tarea de valorar la prueba, el juez no tendría más restricciones que las que tiene una médica en el diagnóstico clínico (Ferrer Beltrán, 2007: 49-52), un historiador o una bióloga. En el apartado que sigue (II), expondré con algo más de detalle esta importante tesis de Ferrer Beltrán.

En este trabajo argumentaré, no obstante, que esa tesis sobre la «pureza epistemológica» del segundo momento de la actividad probatoria tiene sus problemas y que debería ser, en cierta medida, matizada, para dar cabida a las peculiaridades que *sí* encontramos en la valoración de la prueba que tiene lugar en los procesos judiciales. El argumento se desarrollará en dos pasos.

En el apartado III recordaré brevemente cuál es el papel de las generalizaciones empíricas en la construcción de argumentos probatorios y qué tipo de consideraciones pueden usarse para objetar el uso de una generalización. Veremos que no toda generalización correcta o sostenible desde el punto de vista empírico es aceptable para elaborar argumentos probatorios en los procesos judiciales. Así, para dar tan sólo un ejemplo, hay razones específicamente morales y jurídicas para prohibir que los decisores utilicen generalizaciones que cuentan con apoyo estadístico, pero que son el producto de una historia de discriminación contra un grupo de personas.

En el apartado IV se describirán tres técnicas distintas que el derecho emplea para controlar el razonamiento justificativo de las decisiones judiciales. A veces se advierte o aconseja a los decisores sobre el modo correcto de valorar una prueba; otras veces se excluyen pruebas para que no sean conocidas o, si lo fueron, para que no pueda dárseles ningún uso. La tercera técnica es la que más me interesa en este trabajo y consiste en ordenar o prohibir el uso de ciertas líneas de razonamiento inferencial, sin que ello acarree la exclusión de la prueba de la cual aquellas podrían extraerse. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se admite el uso de las condenas previas del acusado para argumentar sobre su credibilidad o para discutir sobre la sanción que merece, pero se veda la utilización de esa misma prueba para inferir una proclividad o propensión a cometer delitos (o esa clase de delitos) y argumentar así en favor de la hipótesis de culpabilidad.

En fin, intentaré mostrar que la actividad probatoria en los procesos judiciales no sólo se ve constreñida por razones normativas cuando se trata de formar el conjunto de las pruebas que podrán ser conocidas o utilizadas (primer momento) o cuando se trata de adoptar una decisión sobre los hechos probados (tercer momento). Pues, además, y con una frecuencia no desdeñable, ciertas reglas jurídicas ordenan o prohíben a los encargados de decidir usar de cierto modo las pruebas de las que disponen (*i.e.,* las pruebas admitidas), y lo hacen, en muchas ocasiones, por razones no epistémicas.

Esta interferencia jurídica en la valoración de la prueba, buena parte de las veces, se justifica por remisión al contenido de las cláusulas de debido proceso, presentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en las constituciones rígidas de los modernos estados constitucionales de derecho. Por ello, la conclusión general será

no sólo que el derecho interfiere, más de lo que sostiene Ferrer Beltrán, en la valoración de la prueba, sino que lo hace por razones que no es deseable abandonar.

II. LA TESIS DE FERRER BELTRÁN SOBRE LA «PUREZA EPISTEMOLÓGICA» DEL SEGUNDO MOMENTO DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Entre quienes se han dedicado a estudiar las especificidades de *probar* en el derecho se pueden identificar dos tendencias contrapuestas. Hay quienes ponen el foco en las peculiaridades jurídicas, en los límites y restricciones que el derecho establece a la averiguación de la verdad, en las diferencias que pueden hallarse entre el modo de probar en los procesos judiciales y fuera de ellos. A veces eso deriva en posiciones *rupturistas*, que se niegan a hablar de *prueba* y *verdad* en los procesos judiciales y proponen en reemplazo fórmulas tales como «fijación formal de los hechos» o aditamentos tales como «formal», «procesal», etc., que se adhieren a la palabra «verdad» para recordarnos todas aquellas particularidades[4].

En contraste, otros consideran que no hace falta exagerar y echan luz sobre los aspectos comunes para mostrar que no es razonable, ni útil, «escindir la noción jurídica de prueba de la noción general propia de cualquier otro ámbito de la experiencia» (Ferrer Beltrán, 2007: 24). Este camino es más prometedor porque, sin necesidad de negar que el conocimiento legal presenta unas cuantas particularidades, abre la puerta a los aportes de disciplinas como la epistemología, la psicología cognitiva, la estadística, etc. (Taruffo, 2002: 21 y ss.; 2008: 20-25; 2010: 155 y ss.). Ferrer Beltrán ha encontrado una manera aguda de defender este *enfoque aperturista* a partir de su conocida distinción entre tres momentos de la actividad probatoria.

En lo que llama «notas definitorias del contexto de la prueba jurídica», Ferrer Beltrán (2007: 29 y ss.) indica que el objetivo de la institución probatoria es la averiguación de la verdad. A su juicio, este es el objetivo estructural, prioritario, pero no excluye que en el proceso concurran otros valores o intereses que pueden competir en ciertos casos con la averiguación de la verdad e imponer sacrificios epistemológicos (*e.g.* pérdida de información relevante para adoptar la decisión). Por eso, entre otras, también son características «definitorias» de la prueba en el derecho la existencia de un importante número de reglas estrictamente jurídicas y el hecho de que la justificación de la decisión que se adopte sea relativa a un conjunto de elementos de juicio (pruebas), que son sólo aquellos que hayan sido formalmente admitidos en el proceso judicial, y no toda la información de la que disponga el decisor.

4. Véase, a modo de ejemplo, Carnelutti (1982: 23-25, 43-44), a quien Ferrer Beltrán (2007: 24-25) toma como interlocutor. Para algunos análisis esclarecedores sobre la relación entre proceso, prueba y verdad, véanse Gascón Abellán (2010: 40-43); Dei Vecchi (2020: 27-34); Ho (2021).

Sin embargo, Ferrer Beltrán sostiene que esas particularidades jurídicas no se presentan en todos los momentos o fases de la actividad probatoria; en particular, enfatiza que las limitaciones que el derecho impone a los criterios de la epistemología general se presentan fundamentalmente *antes* de valorar la prueba y en cierta medida también *después* de haberla valorado. En contraste, en los sistemas de libre valoración, la actividad consistente en *valorar la prueba* sería una sólo gobernada por los principios de la racionalidad general. En sus palabras:

> Es habitual enfatizar la especificidad de la prueba jurídica respecto de la que se produce en cualquier otro ámbito de la experiencia argumentando que la actividad probatoria jurídica está sometida a un gran número de reglas jurídicas que hacen de ella una actividad reglada *sui generis* respecto de la actividad probatoria general. Esta apreciación […] puede ser relativizada si se contextualiza a cada uno de los momentos probatorios indicados. Y, así, puede observarse cómo las especificidades jurídicas (producto de las reglas jurídicas sobre la prueba) se producen en el primer y, en menor medida, en el tercer momento. El segundo, en cambio, si opera el principio de la libre valoración de la prueba, carece por definición de especificidades jurídicas. Por ello, al momento de la valoración de la prueba le serán de aplicación sin más las teorías generales sobre la prueba urdidas en la epistemología general (2007: 67-68).

En otros pasajes de sus obras Ferrer Beltrán desarrolla esta misma idea. La actividad probatoria en contextos jurídicos está informada por valores, intereses y objetivos que pueden entrar en competencia con la averiguación de la verdad, pero esos diversos valores juegan sólo en el primer y el tercer momento de la prueba jurídica (2007: 46-47; 2021: 22-24). En contraste, una vez que se ha delimitado el conjunto de elementos de juicio, en el momento de valorarlos «reina sin competencia el valor de la averiguación de la verdad» (2007: 46). Por ello, afirma, «no se puede negar la posibilidad de adoptar decisiones racionales en el ámbito de la prueba jurídica *por razones específicamente jurídicas* cuando no hay reglas jurídicas que limiten la libre valoración de la prueba» (*ibid.*). En todo caso, las reglas jurídicas reaparecerán en el tercer momento, como estándares de prueba, presunciones y reglas sobre carga de la prueba, para auxiliar en la toma de la decisión sobre los hechos probados.

Con esto queda claro que, para Ferrer Beltrán, la valoración de la prueba es un espacio reservado exclusivamente a la aplicación de las reglas de la lógica y de los criterios generales de racionalidad epistemológica[5], sin interferencias específicamente jurídicas. Pero esto no es todo. El autor avanza también un *argumento normativo*: todo sistema jurídico que reconozca la inviolabilidad de la defensa en juicio y uno de sus corolarios, el *derecho a la prueba*[6], «exige la aplicación de esas reglas de la epistemología

5. Sobre estos criterios, véanse, por ejemplo, Haack (2012: 215 y ss.; 2014: 11-23) y González Lagier (2005: cap. II; 2020a: 418-423).
6. Como señala, ese derecho suele ser reconocido en las constituciones de los Estados modernos y en las cláusulas de debido proceso de los instrumentos internacionales de derechos humanos, o bien derivado por la jurisprudencia constitucional y la doctrina del derecho a la defensa (Ferrer Beltrán, 2007: 53).

o de la racionalidad generales […] para la valoración de la prueba» (2007: 53). Esto es así porque, siguiendo a Taruffo (1984), su caracterización de ese derecho incluye no sólo el derecho de utilizar todas las pruebas con las que se cuente para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión jurídica y el derecho a que esas pruebas sean practicadas, sino también un derecho específico a que la valoración que se haga de las pruebas sea racional, que encuentra correlato en el deber judicial de motivar la decisión sobre la *quaestio facti*.

Si se piensa en el modelo de razonamiento probatorio que Ferrer Beltrán propone (2007: 120-138), de acuerdo con el cual las generalizaciones empíricas ocupan el papel de «garantía de la inferencia que va de un hecho a otro» (2007: 133), es posible afirmar que, dentro de este esquema, el derecho a la valoración racional de la prueba exige, *inter alia*, que se empleen *sólo* las generalizaciones válidas, pero *todas* las generalizaciones válidas[7].

III. NO TODO LO EMPÍRICAMENTE CORRECTO ES JURÍDICAMENTE ACEPTABLE

III.1. El papel de las generalizaciones en la valoración de la prueba

Todos los días nos embarcamos en alguna clase de razonamiento probatorio. Necesitamos llegar a cierta hora al trabajo y tenemos que decidir qué medio de transporte tomar. Ir en auto es más cómodo, pero puede que lleguemos tarde si hay demasiado tráfico. Miramos la hora en el celular, marca las 7:30. Descartamos esa opción: es el horario de ingreso a las escuelas y la semana pasada el ministro ha anunciado que hoy se retomaría la presencialidad en las aulas. El tren y el subte son opciones. El primero es más directo, pero tiene peor frecuencia. Tomamos el celular y consultamos la grilla de Trenes Argentinos. En 23 minutos pasa el próximo. ¿Llegaremos a tomarlo? Si apuramos el

7. Esto último no es algo que Ferrer Beltrán diga exactamente en esos términos –aunque sí señala que el razonamiento «carecerá de toda fuerza inferencial si se basa en generalizaciones extremadamente vagas o espurias» (2007: 133, nota 113)–, pero creo que puede inferirse razonablemente de los postulados que asume. Además, los argumentos utilizados por él en una exposición sobre perspectiva de género y valoración racional de la prueba (2019) y en la respuesta a las objeciones que le formulaba Limardo (2021b) apuntan en esa dirección. Para Ferrer Beltrán, la perspectiva de género puede desarrollar instrumentos muy potentes en el primer y tercer momento, pero en el momento de la valoración de la prueba no aportaría nada distinto de lo que ya resulta de exigir una valoración *racional* de la prueba. Y agrega, en sostén de su posición, que quien asuma una epistemología neutral no debería abstenerse de emplear generalizaciones empíricas que condigan con el estado del mundo. El argumento crítico de Limardo, cabe aclarar, seguía los pasos de Schauer (2003: 151-154) y de Arena (2019) y, en resumen, llamaba la atención sobre la posible existencia de *estereotipos descriptivos* (*i.e.* generalizaciones del tipo grupo-individuo) *de género* con sustento empírico cuya utilización en los procesos judiciales, sin embargo, consideramos moralmente inaceptable. Retomo precisamente esta discusión en el texto principal.

paso, es probable que sí. No está de más prender el televisor o la radio para ver si no hay paro. No dicen nada, allá vamos.

En general, cuando llegamos al trabajo no le decimos a nuestros compañeros: «hoy empecé el día con un interesante razonamiento probatorio para decidir qué medio de transporte utilizar». Pero, lo digamos o no, esto es lo que hemos hecho. Para tomar la decisión utilizamos ciertos hechos que conocemos y asumimos como seguros (son las 7:30 de la mañana, cuando hay clases en las escuelas el tránsito es más lento), o bien nos procuramos información (consultamos por internet la grilla de horarios de los trenes, encendemos el televisor para ver si en el noticioso se habla de paro de trenes) y a partir de ellos *inferimos* otros hechos (en 23 minutos pasará por la estación el próximo tren; hoy no habrá paro de trenes). Inferimos, por ejemplo, que hoy no habrá paro de trenes, porque nuestra experiencia –en el pasado, hemos encendido muchas veces el televisor a esa hora de la mañana– nos indica que los noticiosos en ese horario brindan información sobre el estado del tiempo, el funcionamiento de los medios públicos de transporte, la existencia de cortes de calle, etc. Y sabemos también por experiencia que, en general, no se equivocan, porque otras veces han dicho que había paro y, efectivamente, lo había y la mayor parte de las veces que no han anunciado paro, en efecto, no lo había.

Lo que se dice en el noticioso sobre los paros de transporte público y la existencia de paros de transporte público son hechos que están enlazados o asociados entre sí. Como explica González Lagier (2018: 18), a partir de nuestras observaciones anteriores hemos concluido (por inducción) un enunciado general que describe una regularidad entre eventos de uno y otro tipo. Regularmente, las cosas suceden de ese modo; nos sorprendería llegar a la estación, encontrarla vacía y toparnos con los carteles que explican las razones del reclamo sindical por el cual se ha decidido el paro.

Aunque –como veremos– hay algunas diferencias importantes, en los procesos judiciales usamos en muy buena medida ese mismo razonamiento de la vida práctica ordinaria. En su alegato, el fiscal expone, por ejemplo: «no debemos perder de vista la conducta del acusado después de que ocurriera la muerte de su pareja; ese mismo día, sin dar aviso a ningún amigo o familiar y sin llevar más que una mochila consigo, cruzó la frontera y huyó del país». Aunque no lo diga abiertamente, entendemos lo que está implicado: tan repentino y peculiar viaje es indicador de que alguien huye, y huir el mismo día en que ocurrió la muerte de su pareja es un indicador de culpabilidad. Este dato hace más probable que el acusado sea el autor del crimen, porque, en general, quienes huyen en esas circunstancias son los autores del delito.

En los trabajos de los procesalistas encontramos con frecuencia el término «máximas de experiencia» para referirse a esos enunciados generales que describen regularidades entre dos tipos de evento («huir del país el día de la muerte de la pareja» y «ser autor del crimen»), mientras que en los estudios sobre la prueba de los hechos con orientación filosófica se ha hecho común hablar de «generalizaciones empíricas».

El papel de las generalizaciones empíricas en el razonamiento probatorio ha sido ampliamente estudiado[8]. Como vimos, un argumento probatorio como el utilizado por el fiscal de nuestro ejemplo conecta o enlaza una pieza de información (dato probatorio o elemento de juicio) con una hipótesis. Al argumentar, el fiscal individualiza ese dato y sostiene que este hace más probable que la hipótesis de culpabilidad sea cierta. Para vincular ese dato con la conclusión o hipótesis a probar es indispensable usar una generalización. Esta justifica la afirmación de que tal evidencia hace más probable la hipótesis. Por eso se dice que todos los argumentos probatorios se basan en generalizaciones (Anderson, Schum & Twining, 2005: 60-63, 262 y ss.; Schauer, 2003: 75-78; Tillers, 2005: 44; Stein, 2005: 65; Dahlman, 2017: 93-94), que las generalizaciones juegan el papel de *garantía* que justifica el paso del dato probatorio a la hipótesis a probar[9], y se apela a conocidas metáforas: la de las generalizaciones como el «pegamento que mantiene a nuestros argumentos unidos» (Schum, 1984: 82) o como «puentes inferenciales» (Tuzet, 2021: 171).

A veces se enuncia explícitamente la generalización utilizada en un argumento probatorio. A menudo, sin embargo, la generalización es una premisa tácita pero lógicamente necesaria para que el argumento sea válido[10], como en el argumento del fiscal de nuestro ejemplo. Este se basaba, como vimos, en una premisa oculta: la generalización de que huir hace más probable que una persona sea autora de un crimen.

III.2. Tipos de razones para cuestionar el uso de una generalización

Como se ha visto, *probar* es, en un sentido muy importante, *generalizar*. Una vez que se reconoce que todo razonamiento probatorio descansa en una generalización, se ve con facilidad que el recurso común de quejarse de que la contraparte «está generalizando», sin añadir nada más, es una mala estrategia argumentativa. En cambio, hay varias maneras válidas de atacar una generalización empleada en un intercambio argumentativo (Prakken, Reed & Walton, 2003: 39; Bex, Prakken, Reed & Walton, 2003: 141-142; Dahlman, 2017: 84-85). Como dice Twining (1999: 357), las generalizaciones son «necesarias pero peligrosas»; atacar una generalización de nuestro interlocutor permite llamar la atención sobre alguno de esos peligros.

8. Entre otros muchos trabajos, Anderson, Schum & Twining (2005: 262 y ss.); Schauer (2003); Roberts & Zuckerman, (2004: 111 y ss.); González Lagier (2005, cap. II; 2018: 17-23); Taruffo (2020:181-184); Dahlman (2017); Tuzet (2021: 171-180); Limardo (2021a).
9. Así, por ejemplo, González Lagier (2005, cap. II) y Limardo (2021a), que emplean el modelo de argumento de Toulmin (2019: 123-172).
10. Sobre reconstrucción de «entimemas probatorios», véanse Bonorino (2015) y Limardo (2021a: 136, 148-150).

Una manera de hacerlo es atacar la fuente de la generalización. En ocasiones, por ejemplo, se alerta sobre los riesgos asociados a las generalizaciones de «sentido común» y se pone en duda que esa sea una fuente de información confiable[11].

Otra vía para cuestionar el uso argumentativo de una generalización consiste en señalar que su aplicación al caso en disputa conduce a una conclusión errónea, debido a que concurren circunstancias particulares que la rebaten. Por ejemplo, podría admitirse que la ausencia de partículas características o consistentes con residuos de disparo de armas de fuego (tales como plomo, antimonio y bario) en las manos del imputado generalmente indica que este no ha disparado un arma de fuego en los momentos previos a la toma de la muestra, pero que en este caso concreto el acusado usaba guantes[12].

Una tercera estrategia consiste en atacar a la generalización en sí misma. En un trabajo del que me voy a valer en los próximos párrafos, Dahlman (2017) se ocupa especialmente de esta estrategia y propone una *tipología de generalizaciones inaceptables*, de acuerdo con la cual hay al menos cuatro clases de fundamentos para tildar de inaceptable a una generalización empleada en el razonamiento inferencial. Tres de esos fundamentos descansan en *razones epistémicas* o *cognitivas*, mientras que uno de ellos apela a *razones de índole moral*.

Una generalización *falsa* es inaceptable porque la pertenencia a la clase de referencia no aumenta la probabilidad de encontrar la característica o rasgo supuestamente asociado a ella.

Una generalización *no-robusta* es inaceptable porque acude a una clase de referencia demasiado heterogénea. La «robustez» de una generalización mide la heterogeneidad de la clase de referencia, esto es, su sensibilidad a la introducción de información adicional. Cuanto más robusta sea la generalización, menor será la probabilidad de que cambie en función de nueva información sobre la pertenencia de un individuo a otras clases de referencia. Es cierto que siempre puede pensarse en que una clase de referencia distinta o más específica puede modificar la probabilidad de encontrar el rasgo asociado a esa clase (el conocido *problema de la clase de referencia*), pero Dahlman propone un criterio aparentemente sencillo para el derecho: una generalización no debería ser aceptada si la clase de referencia puede ser especificada de un modo que típicamente cambiaría esa probabilidad[13].

11. Véanse, en este sentido, Anderson, Schum & Twining (2005: 141-142; 265-266); Taruffo (2010: 72-78; 237-240); Gascón Abellán (2010: 160). Pero véase Limardo (2021a: 137-138; 144-146), con una posición más matizada.
12. El ejemplo se encuentra también en Ferrer Beltrán (2007: 132).
13. Piénsese en este ejemplo, que tomo con cierta libertad de Dahlman (2017: 87), para hacer más claro el punto. Supongamos que José es llevado a juicio por el homicidio de su vecino, Damián. La acusación se apoya en el testimonio de María, pareja de José, que declara que éste fue quien disparó, pero José niega haber sido él y señala a María como la autora del disparo mortal. En el arma se constata la presencia de huellas dactilares tanto de José como de María. En su alegato, la fiscal formula este argumento, basándose en las estadísticas criminales: «apenas el 8% de las personas condenadas por homicidio son mujeres; por ende, es altamente probable que el autor de este homicidio haya sido José y no María».

Una generalización cuyo uso dispara sesgos (*bias-triggering generalizations*) es inaceptable porque produce distorsiones cognitivas: las personas encargadas de decidir tenderán a sobrevaluar el valor probatorio de la pertenencia a esa clase de referencia. Dahlman coloca a esta clase de generalizaciones inaceptables dentro de aquellas cuyo fundamento es cognitivo, pero, al desarrollar la idea, reconoce que la decisión acerca de emplear o no generalizaciones de esta clase es dilemática, porque requiere escoger entre dos escenarios de pérdida: si la generalización se usa, la probabilidad de encontrar la característica asociada a la clase de referencia será sobreestimada; si no se usa, será infravalorada. Una solución para el dilema es minimizar el error, pero no es la única. Por ejemplo, puede entrar en consideración la idea de que ciertos errores son más indeseables que otros[14].

Por último, una generalización *discriminatoria* es moralmente inaceptable porque coloca injustamente a los miembros de la clase de referencia es una posición desventajosa. Discriminar es en algunas ocasiones aceptable, pero en otras no lo es. Dahlman (2017: 97-98) brinda algunos criterios orientativos para trazar esa distinción: el impacto negativo de la generalización en el grupo de referencia, su posible efecto acumulativo y el consiguiente riesgo de desventajas sistemáticas para los miembros de la clase de referencia deben ser tenidos en cuenta. Varios factores explican por qué algunas generalizaciones generan un mayor efecto acumulativo que otras: algunas son aplicables a

Aunque las estadísticas criminales efectivamente indiquen eso (la generalización no puede ser objetada por falsa), hay algo problemático en esta argumentación. Es tentador decir simplemente que un individuo (este específico hombre) no debería ser juzgado por lo que han hecho otros hombres; la repuesta podría ser: «es cierto que los hombres, como clase, cometen más homicidios que las mujeres, pero no debemos generalizar, porque José es un hombre pacífico, sin antecedentes penales ni comportamientos violentos en el pasado». Pero ya se ha visto que acudir a generalizaciones es inevitable cuando se avanzan argumentos probatorios; cuando intentamos «particularizar», en todo caso, reemplazamos una generalización por otra (Schauer, 2003: 67). Por eso, la crítica no puede consistir en rechazar el empleo de toda generalización, sino en advertir que hay generalizaciones más problemáticas que otras. En el caso del ejemplo, es más problemático juzgar a José a partir del comportamiento de los hombres –a secas– que juzgarlo por el comportamiento de hombres con un historial de buen comportamiento. Esto obedece a que «hombre» es una clase de referencia más *heterogénea* que «hombre con un historial de buen comportamiento»; en otras palabras, la probabilidad de que un hombre sea diferente de otros hombres es mayor que la probabilidad de que un hombre con un historial de buen comportamiento sea diferente de otros hombres con un historial de buen comportamiento. Esto es lo que Dahlman (2017: 93-95) explica en términos de «robustez». Y nótese que una determinada generalización se puede transformar en otra generalización más robusta haciendo que la clase de referencia sea más específica o menos heterogénea. Por ejemplo, en grado creciente de robustez, «hombre», «hombre con un historial de buen comportamiento», «hombre con un historial de buen comportamiento mayor de 70 años»; o bien: «hombre», «hombre con antecedentes criminales por hechos violentos», «hombre con antecedentes criminales por homicidio dentro de los últimos 3 años».

14. Ahora bien, cabe añadir que, si se juzgase inaceptable a una *bias-triggering generalization* a partir de la idea de que ciertos errores son más indeseables que otros, ya no estaríamos (sólo) aportando fundamentos de índole cognitiva, sino también de orden práctico, moral (cómo *distribuir* el riesgo de error, en lugar de cómo *minimizarlo*). Véanse, a este último respecto, Stein (2005: 116-140); Laudan (2013: 173-208); Redmayne (2008).

más situaciones que otras y, por tanto, pueden ser usadas en un número más amplio de contextos; otras están más disponibles, en el sentido de que requieren menor esfuerzo de parte del decisor porque vienen a la mente más fácilmente o porque es muy sencillo saber si el caso integra la clase de referencia, como sucede con clases de referencia tales como el color de piel o la apariencia física.

En este trabajo me interesa particularmente este último tipo de fundamento para considerar inaceptable a una generalización. Recordemos que, de acuerdo con la tesis sobre la «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba de Ferrer Beltrán, y con su argumento normativo sobre los alcances del *derecho a la prueba*, deberíamos utilizar *sólo* las generalizaciones empíricamente correctas, pero *todas* ellas. Ahora bien, la existencia de razones morales o jurídicas para considerar inaceptable el uso de una generalización empíricamente correcta pone en cuestión esta segunda parte de la tesis. En el subapartado que sigue, a partir de un caso real que despertó muchas discusiones académicas, veremos con algo más de detalle esta cuestión.

III.3. Sostenibilidad empírica y legitimidad de las generalizaciones

En el muy comentado caso *Shonubi*[15], la Corte Federal de Apelaciones para el Segundo Circuito de los Estados Unidos revocó la decisión del juez de primera instancia, Jack B. Weinstein, que había utilizado evidencia estadística sobre el comportamiento de 117 traficantes de droga nigerianos como uno de los fundamentos probatorios para determinar la cantidad de heroína que Charles O. Shonubi, nigeriano y residente en los Estados Unidos, había introducido en ese país –en pequeñas cápsulas que llevada dentro de su cuerpo– durante ocho viajes de ida y vuelta entre el aeropuerto JFK de Nueva York y Nigeria.

Shonubi fue arrestado en el aeropuerto JFK de Nueva York en diciembre de 1991 y, en esa oportunidad, se hallaron en el interior de su cuerpo 103 cápsulas que contenían un total estimado en 427,4 gramos de heroína. Pero este hecho, por el que fue condenado, era el último de un total de ocho viajes con fines de contrabando de estupefacientes entre Nigeria y Estados Unidos. En la medida en que los hechos previos no habían sido detectados, se ignoraba la cantidad de droga que Shonubi había introducido en cada uno de ellos. Esta cuestión, sin embargo, era de especial importancia para la individualización de la pena de acuerdo con las *sentencing guidelines* federales. Si se determinaba que Shonubi había ingresado al país más de un kilogramo de droga, la pena se vería significativamente agravada. Y si esa cantidad superaba los tres kilogramos, se agravaría aún en mayor medida.

En la primera decisión, se había hecho un cálculo muy sencillo: la cantidad de droga hallada en poder de Shonubi en el último viaje se multiplicó por ocho, lo que

15. *United States v. Shonubi*, 103 F.3d 1085 (2d Circuit, 1997).

arrojaba un total de 3.419,2 gramos, superior al umbral de tres kilogramos. La defensa impugnó el fallo y la cámara de apelaciones lo dejó sin efecto con el argumento de que la cantidad de droga introducida al país no había sido probada bajo el estándar de preponderancia de la evidencia; en parte, esta afirmación se basó en la falta de prueba «específica» o «individualizada» de que Shonubi hubiera traficado esa cantidad de heroína en los viajes anteriores.

En el juicio de reenvío, la prueba estadística[16] ofrecida por la fiscalía, en respuesta a ese argumento de la cámara, fue considerada por el juez Weinstein como uno de los fundamentos para determinar la cantidad de droga traficada por Shonubi en los siete viajes anteriores. La información de base que se empleó como insumo del informe experto consistía en reportes del servicio de Aduana acerca de la cantidad de heroína encontrada en poder de 117 «camellos» de nacionalidad nigeriana arrestados en el aeropuerto JFK de Nueva York por contrabando de heroína entre el primer y el último vuelo de Shonubi. Recurrida nuevamente la sentencia, la cámara de apelaciones la volvió a revocar, entre otras cosas, con base en que la información aportada por el servicio de Aduana en la que se apoyaba el informe estadístico no constituía la prueba específica o individualizada que se requería. Finalmente, sin guardarse sus críticas, el juez Weinstein no tuvo más remedio que fijar la pena sobre la base de los 427,4 gramos encontrados en el último viaje.

Aunque el fallo de primera instancia no había descansado exclusivamente en esa prueba estadística[17], la disputa entre el juez Weinstein y el juez Newman –quien redactó la decisión de cámara– continuó fuera de los tribunales, pues dio lugar a discusiones académicas[18] vinculadas con el controvertido asunto del empleo de evidencia estadística en los procesos judiciales, las distintas nociones de probabilidad, el problema de la elección de la clase de referencia y las objeciones que podrían alzarse a la utilización del *origen nacional* de una persona como parte de una clase de referencia a la que se asocian características estadísticamente correctas.

Este último aspecto del caso es el que aquí vale la pena explorar. A nuestros fines, es útil preguntarse si la generalización estadística utilizada por el juez Weinstein saldría airosa de las críticas que pudiesen formulársele siguiendo la tipología de Dahlman (2017). Veamos. La generalización empleada no era una generalización falsa. Aunque se

16. Esa evidencia, aportada por expertos propuestos por la fiscalía, consistía en un histograma de tipo gaussiano respecto de la cantidad de droga importada por Shonubi en los 7 viajes anteriores, resultante de un muestreo repetido con reemplazamiento a partir de esos 117 datos. Se concluyó que había un.99 de probabilidad de que en esos 7 viajes Shonubi hubiera contrabandeado al menos 2.090,2 gramos de heroína. Véase a este respecto Colyvan, Regan & Ferson (2001: 168-170) y Tillers (1997).
17. Véase Tillers (2005: 33, nota 3), donde se llama la atención acerca de que el juez Weinstein también había echado mano de inferencias probatorias derivadas de las motivaciones financieras de los traficantes de drogas y había extraído ciertas conclusiones a partir de la declaración y el comportamiento de Shonubi.
18. Véase, por ejemplo, Tillers (1997 y 2005); Izenman (2000a y 2000b) y Colyvan, Regan & Ferson (2001).

la considerase no concluyente por sí misma, sin dudas hacía más probable la hipótesis de que Shonubi hubiera ingresado algo más de dos kilogramos de droga en los siete viajes previos. Asimismo, parece difícil afirmar que se tratara de una generalización no-robusta; en este sentido, no se advierte que la clase de referencia usada pudiera ser especificada de un modo que típicamente cambiase la probabilidad expresada en la generalización.

El argumento de que su uso podría disparar sesgos y, con ello, un peligro especialmente intenso de sobrevaloración debe ser examinado con algo más de cuidado. Si de lo que se trata es de evitar en ese caso una distorsión cognitiva producto de un sesgo, nada indaba que el juez Weinstein no hubiera comprendido el alcance de la prueba estadística (nótese que no se trataba de una decisión del jurado), o que fuese necesario «atarse al mástil», como Ulises, para evitar un juicio irracional (Dahlman, 2017: 95). Si, en cambio, se piensa en el riesgo de que el uso frecuente de esta clase de generalizaciones produzca un prejuicio respecto de las personas de nacionalidad nigeriana, dentro y fuera de los procesos judiciales, entonces ya estamos en el ámbito de las razones morales y nos encontramos dentro del cuarto tipo de «generalizaciones inaceptables» propuesto por Dahlman.

Precisamente, la sospecha de Tillers (2005: 40-47), que parece razonable, es que al objetar el valor probatorio de la prueba estadística con el argumento de que no era prueba específica o individualizada, la cámara de apelaciones de algún modo disfrazó de crítica epistémica lo que en verdad era una antipatía moral[19] al empleo de la nacionalidad o el color de piel como parte de una clase de referencia[20]. En otras palabras, la generalización empleada era correcta, en el sentido de que aportaba razones para justificar la afirmación de que Shonubi había traficado en total alrededor de 2,5 kilogramos de heroína; sin embargo, el uso del origen nacional o racial de una persona como componente de una clase de referencia quizá podría objetarse por razones distintas, no epistémicas. Por ejemplo, podría argumentarse que, si se extendiese el empleo de esa clase de referencia, su efecto acumulativo podría tener para las personas nigerianas

19. Si, en cambio, el fundamento estuviese en alguna clase de objeción a la utilización del comportamiento de *otras personas* (los 117 «camellos» nigerianos) para extraer una inferencia acerca de *una persona distinta* (Shonubi), ese argumento sería fácilmente blanco de críticas: usar generalizaciones del tipo grupo-individuo es simplemente inevitable. Véase Colyvan, Regan & Ferson (2001: 171, 175-176), así como la crítica de Tillers (2005: 42-44). Véase, asimismo, la nota a pie n.° 13.
20. La clase de referencia empleada en el caso podría sintetizarse de este modo: «traficantes de heroína nigerianos, en modalidad "camellos" o "encapsulados", arrestados en el aeropuerto JFK desde el 1.° septiembre de 1990 al 10 de diciembre de 1991». La *nacionalidad* forma parte de esta clase de referencia y, como sostiene Tillers (2005: 40), en cierto sentido también la *raza* está presente como ingrediente de aquella, en la medida en que casi todos los nigerianos son negros. Tillers destaca este factor como uno que puede haber tenido especial peso a la hora de juzgar inaceptable a la generalización, por razones morales y no epistémicas, dada la turbulenta historia de las relaciones raciales en los Estados Unidos y la actual hostilidad legal y social generalizada hacia la discriminación racial.

(y no sólo para Shonubi) consecuencias desfavorables, tales como el riesgo de que se asocie «nigeriano» con «narcotraficante»[21].

Una frase de Tillers captura bien la diferencia entre el plano de la corrección epistémica (¿la generalización utilizada es verdadera o falsa?) y el plano de la legitimidad moral o jurídica para su empleo (¿hay razones normativas que prohíban o desaconsejen el uso de la generalización?):

> Es cierto que pueden producirse severos daños sociales si se da rienda suelta a ciertos tipos de inferencias válidas en el ámbito del derecho y la sociedad. Pero decir que el uso de algunos tipos de inferencias puede causar daño es una cosa y decir que tales inferencias son epistémicamente erróneas o carentes de valor probatorio es algo muy distinto (2005: 45)

La distinción entre esos dos planos de análisis es también una de uso extendido entre los estudiosos del funcionamiento y de los peligros que entraña el uso de *estereotipos* (*i.e.* generalizaciones que asocian una característica o rasgo a un grupo). Se suele diferenciar entre estereotipos *espurios* o *falsos* y estereotipos *no espurios* o *verdaderos*[22], en

21. Por supuesto, estos riesgos podrían discutirse. En el caso *Shonubi* la generalización se empleaba con una finalidad muy específica (determinar la cantidad de droga traficada), respecto de una persona que ya había sido declarada culpable, y se introducía al proceso de modo explícito y cuidadoso, a través de un informe de expertos. Todos estos factores podrían debilitar el riesgo de efecto acumulativo para las personas nigerianas (agradezco a Alan Limardo por haber llamado mi atención sobre esta cuestión). Además, la inferencia destinada a probar la cantidad de droga transportada no parece tener un vínculo estrecho con una historia de discriminación, a diferencia de lo que ocurre con las generalizaciones sobre rasgos de personas que suelen considerarse censurables en razón de que perpetúan formas históricas de discriminación –*v.gr.* persona con enfermedad psiquiátrica/incapacidad para votar; mujeres/incapacidad para enfrentar un método de educación combativo; jóvenes musulmanes/terroristas– (agradezco a Federico Arena por el comentario y los ejemplos). El riesgo al que me refiero en el texto tal vez sea más claro si se piensa en el uso del origen racial, nacional, étnico, etc. como clase de referencia para inferir, a través de una generalización empíricamente correcta, la culpabilidad del acusado. Dahlman (2017: 87 y 96-98) usa el ejemplo de una persona nacida en Somalia, HK, que es acusada de hurto en un local comercial. El fiscal señala, sobre la base de estadísticas criminales, que las personas de origen somalí están siete veces sobrerrepresentadas entre los condenados por esa clase de delito, y argumenta: «el hecho de que la comisión de esa clase de delito sea más común entre las personas de origen somalí no significa necesariamente que HK haya cometido este hecho en particular, pero sí hace más probable esta hipótesis». Para Dahlman, este es un caso prototípico de *generalización discriminatoria*, por las razones que ya se han visto. En todo caso, esto no descarta que en supuestos como el del ejemplo pueda haber también razones epistémicas; podría ser, por ejemplo, que las personas de origen somalí estén sobrerrepresentadas porque la selectividad de las fuerzas de seguridad hubiera operado de modo tal que aquellas sean más perseguidas que otros grupos. E incluso si ese no fuese el caso, podría objetarse la robustez de la generalización si la nacionalidad fuese el único factor constitutivo de la clase de referencia.
22. Como sostiene Arena, podría reservarse el término estereotipo exclusivamente para las generalizaciones falsas (o, añado, para las falsas e insostenibles) sobre grupos sociales. A veces se utiliza la expresión en ese sentido, tanto en el lenguaje ordinario como en el académico, pero una vez que notamos que se trata de generalizaciones acerca de grupos *con pretensiones descriptivas*, es entonces posible contrastarlas con la realidad echando mano de herramientas estadísticas (2022: 235, nota 33). Distinto es el caso, por supuesto, si se trata del empleo de un estereotipo *normativo*, pues estos no pretenden describir cómo de hecho se comportan los miembros de un grupo, sino *prescribir* cómo deberían comportarse. Uno de los peligros de los estereotipos descriptivos es que están muy cerca de los prescriptivos, lo que hace que la frontera entre ellos sea muchas veces borrosa. Véanse Arena (2022: 231-233) y Limardo (2021a: 146).

función de que el estereotipo carezca de apoyo estadístico o, en cambio, cuente con él (Schauer, 2003: 7-19; Limardo, 2021a: 131-139; Arena, 2021: 32-35). Para la situación intermedia en la que simplemente se carece de información estadística para evaluar el importe cognitivo del estereotipo, se ha propuesto la fórmula estereotipo *insostenible*, en el sentido de que la generalización no encuentra sostén o apoyo estadístico, pero tampoco existen datos estadísticos que la refuten (Arena, 2021: 33-34; 2022: 235-236). Por oposición, los estereotipos (estadísticamente) *sostenibles* son aquellos que asocian a los miembros de un grupo una característica que, según los datos disponibles, efectivamente tienen[23].

Los estereotipos que carecen de apoyo estadístico son generalizaciones sin sustento empírico. No aportan nada a la valoración racional de la prueba y, por ende, deben ser identificados como tales y suprimidos del razonamiento probatorio[24]. Si la forma de la cabeza de las personas o la existencia de protuberancias o depresiones en ciertos lugares de sus cráneos no son estadísticamente indicativos de su «peligrosidad», como sostenía en el siglo XIX la frenología, entonces las generalizaciones apoyadas en la pertenencia al grupo de quienes tienen la cabeza de tal o cual forma son falsas y simplemente deberían ser dejadas de lado[25].

Pero, ¿qué ocurre con aquellos estereotipos empíricamente sostenibles? Pues bien, si en el momento de valoración de la prueba «reina[se] sin competencia el valor de la averiguación de la verdad», como sostiene Ferrer Beltrán (2007: 46), la respuesta sólo podría ser que los decisores tienen permitido utilizarlos en sus deliberaciones y al justificar la decisión sobre los hechos probados. Es más, dado el alcance que –como se ha visto– le atribuye al llamado *derecho a la prueba*, Ferrer Beltrán tendría también razones normativas de peso para decir que los encargados de decidir no sólo podrían echar mano de esos estereotipos no espurios (tendrían permitido hacerlo), sino que *deberían* utilizarlos (sería obligatorio hacerlo) en sus deliberaciones y en la motivación del fallo.

Esta caracterización de la valoración de la prueba en el derecho es, sin embargo, *incompleta*, porque omite considerar la incidencia de razones no-epistémicas que pueden prohibir o desaconsejar el empleo de generalizaciones empíricamente sostenibles. Esto quiere decir que, en ocasiones, el valor de averiguación de la verdad *sí* encuentra competidores en ese segundo momento de la actividad probatoria. Como sostiene Arena (2022: 237) con relación al empleo de estereotipos:

23. No se trata de que todos los miembros de ese grupo posean esa característica, al menos siempre que no se piense en los estereotipos como generalizaciones *universales* (véase Arena, 2022: 234-235, nota 32); sólo significa que es más probable que una persona que pertenece al grupo tenga la característica que le atribuye el estereotipo a que lo tenga una persona que no pertenece al grupo.
24. Esto es especialmente cierto cuando el estereotipo es falso. Cuando no existe evidencia al respecto, la cuestión es más espinosa. Sobre la discusión, véanse Anderson, Schum & Twining (2005: 271-272); Limardo (2021a: 144-146); Arena (2022: 238-239).
25. Tomo el ejemplo de Schauer (2022b: 126).

> Una cosa es la sostenibilidad del estereotipo, según que cuente o no con apoyo estadístico, y otra cosa es el daño o prejuicio que la generalización pueda o no procurar al grupo estereotipado. Por eso, si bien la sostenibilidad/insostenibilidad es una cuestión empírica, ello todavía no define la cuestión acerca de si es legítimo o no utilizar o mantener el estereotipo. La sostenibilidad de un estereotipo dependerá de los datos obtenidos. La legitimidad o no de su uso dependerá de otras consideraciones, principalmente valorativas, pero también históricas y sociales.

Y respecto de estas otras consideraciones, Schauer (2003: 131-154; 2022b: 130-131) aporta algunos criterios, cercanos a los que Dalhman menciona al tratar las generalizaciones discriminatorias. De modo muy sintético, cuando un estereotipo estadísticamente sostenible se explique como el producto de una historia de discriminación social o institucional anterior, su utilización para tomar decisiones sobre individuos o grupos de individuos será difícil de justificar[26].

Hasta aquí me he referido a cierta clase peculiar de consideraciones que autores como Schauer (2003; 2022b), Tillers (2005), Dahlman (2017), Arena (2021; 2022), Limardo (2021a), entre otros, utilizan para demostrar que, a veces, puede ser censurable el empleo en el razonamiento probatorio jurídico de generalizaciones empíricamente sostenibles. *Grosso modo*, estos autores se han enfocado en los costos que puede tener emplearlas –tales como el riesgo que deriven en desventajas sistemáticas en perjuicio de un grupo– y en la necesidad de compensar desigualdades históricas que están detrás de la generalización empírica. Si ponemos esto en términos jurídicos, los *derechos de igualdad* y *prohibición de discriminación* podrían ayudar a construir la argumentación en contra del uso de generalizaciones de esa clase[27].

Sin embargo, estos no son los únicos tipos de casos donde el derecho impone límites al uso de generalizaciones empíricamente sostenibles en la valoración de la prueba. El llamado *derecho al silencio*, según la interpretación dominante en muchos lugares del

26. Schauer usa como ejemplo la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, expuesta por la jueza Ruth B. Ginsburg, en el caso *United States vs. Virginia*, 518 U.S. 515. Allí se cuestionaba la legitimidad constitucional de la política del Instituto Militar de Virginia (VMI, por sus siglas en inglés), gestionado por el *Commonwealth of Virginia*, de limitar la admisión a los hombres. El instituto demandado sostenía que su política estaba justificada, entre otras razones, porque el entrenamiento apropiado para los futuros líderes cívico-militares era uno rigurosamente «combativo». Por ello, ante un primer fallo adverso de los tribunales federales, basado en la transgresión de la cláusula constitucional de trato igualitario, Virginia había ofrecido como remedio la creación de un programa educativo paralelo, destinado exclusivamente a mujeres, que prescindía de muchas de las características de entrenamiento «combativo», bajo el argumento de las mujeres, como clase, eran menos aptas para este tipo de entrenamiento que los hombres. Schauer indica que la decisión de la Corte puede ser leída en el sentido de aceptar, a puros fines argumentativos, la afirmación de que el entrenamiento «combativo» fuese menos adecuado para las mujeres, pero rechazar que esto pudiese usarse como argumento a favor del mantenimiento de esa política de admisiones, debido a que esa relación estadística entre «género» y «aptitud para sacar provecho de la educación combativa», si existía, era probablemente un producto «de cómo las mujeres habían sido criadas, formadas y socializadas en el pasado» (2022b: 130, nota 33).
27. Véase, por ejemplo, la rica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comentada en Uprimny Yepes & Sánchez Duque (2014: 580-605).

mundo, impide que los decisores extraigan del silencio del acusado inferencias sobre la ausencia de una explicación inocente, aunque en nuestra vida cotidiana razonemos de otro modo y esto sea perfectamente sensato, al menos cuando las pruebas apuntan hacia la culpabilidad y el acusado está en condiciones de proveer una explicación, si la tuviera[28]. Con invocación de los postulados del *derecho penal de acto*, o de la defensa de la autonomía moral del acusado, se defiende y aplica en muchos países una prohibición de uso de los antecedentes criminales como prueba de proclividad o propensión a delinquir. El respeto a la dignidad, la vida privada y la autonomía moral de las personas que denuncian haber sido víctimas de abuso sexual impide, cada vez en más legislaciones, que su comportamiento sexual previo pueda ser utilizado como indicador de una cierta proclividad a consentir relaciones sexuales o para restarle credibilidad a la testigo[29]. Y seguramente la lista se podría extender.

IV. LAS TÉCNICAS DEL DERECHO PARA LIDIAR CON GENERALIZACIONES ILEGÍTIMAS

IV.1. Advertencias, exclusión y mandatos y prohibiciones de uso de líneas inferenciales

Como se señaló en la introducción, en el contexto de los procesos judiciales a menudo encontramos reglas que le indican a las personas encargadas de decidir lo que deben tener en cuenta o lo que no deben hacer mientras deliberan o cuando justifican la premisa fáctica de la decisión.

El derecho interviene de diversas maneras. La que probablemente ha recibido más atención es también la más radical y consiste en *excluir* una o varias piezas de información relevante, de modo que los decisores no lleguen a conocerla o, si la hubieran conocido, no puedan usarla de ningún modo en su deliberación o en la motivación de la sentencia. Pero el derecho interviene también, con herramientas menos drásticas, cuando por alguna razón se considera que hay necesidad de asesorar a los decisores sobre hechos que no son generalmente conocidos, llamar la atención sobre un especial deber de prudencia o, más significativamente, cuando existe una razón normativa para apartarse de los principios del razonamiento en la vida práctica diaria. Ho (2008: 40 y ss.) identifica tres grandes técnicas para controlar la deliberación de los decisores en

28. Una posición interpretativa ampliamente difundida del derecho al silencio incluye entre sus componentes o facetas una inmunidad respecto de posibles inferencias probatorias adversas. Véanse Van Kessel (1998: 821-822); Laudan (2013: 209-227); Dennis (2013: 150-209 y 529-541); Ho (2020); Buosi (2022); así como el artículo 67.1.g del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que reconoce al acusado el derecho a «no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia».
29. Sobre estos dos últimos ejemplos, véase *infra*, apartado IV.2.

el *common law*. Aunque ciertamente habría que introducir algunos matices, creo que esas mismas tres técnicas son empleadas en la tradición de *civil law*[30].

Como indicaba, la más rigurosa de esas técnicas es la exclusión. Puede distinguirse (Ho, 2008: 43) entre una exclusión *perceptiva* (los decisores no se enteran de la existencia de una determinada prueba) y una exclusión *deliberativa* o *justificativa* (los decisores han conocido esa prueba, pero se les requiere que no la utilicen de ningún modo en sus deliberaciones o en el discurso que justifica la decisión). La exclusión puede fundarse en una multiplicidad de valores distintos, y es una operación que *restringe el conjunto de elementos de juicio* en el que podrá apoyarse la decisión. Esta operación es la que Ferrer Beltrán tiene en cuenta para el primer momento de la actividad probatoria.

En el otro extremo del arco, el *consejo o advertencia* es también una extendida forma de control de las deliberaciones de los jurados. Se trata de una forma más débil de control porque, al fin y al cabo, el decisor tiene la última palabra. Pero es también una herramienta más plástica, especialmente útil cuando una regla inflexible se considera inadecuada a la multiplicidad de formas en las que puede presentarse el problema probatorio que se quiere abordar. Por ejemplo, se suele instruir al jurado acerca de los riesgos de los reconocimientos de personas en rueda o mediante fotografías y de los parámetros que es prudente que tengan en cuenta al valorar esa prueba; esta instrucción está justificada en que la (falta de) confiabilidad de las pruebas de identificación, en muchos aspectos, no es una cuestión de «sentido común» y, por ende, los jurados necesitan una guía. En aquellos países donde la legislación permite derivar inferencias adversas del silencio del acusado, como en Inglaterra o Singapur[31], se advierte o aconseja al jurado acerca de algunos factores que deberían considerar a la hora de evaluar si ese silencio tiene valor como prueba de cargo. Hay otros muchos ejemplos (véase Ho, 2008: 40-41). A veces la necesidad de una instrucción viene exigida por una regla del sistema, otras veces los magistrados tienen cierta discrecionalidad para evaluar si es aconsejable o no usar una instrucción y, en caso afirmativo, cuál[32].

Como se aprecia, una advertencia acerca de las potenciales debilidades o riesgos inherentes a cierta clase de pruebas aspira a fortalecer, más que a constreñir el uso de las reglas generales de la racionalidad. Por tanto, el empleo de esta técnica no pone en cuestión la afirmación de Ferrer Beltrán de que el segundo momento de la actividad probatoria está gobernado exclusivamente por esos criterios generales de la lógica y la epistemología.

30. Véase, para un detallado examen comparativo, Damaška (2015).
31. Secciones 34 y 35 de la *Criminal Justice and Public Order Act 1944* (Inglaterra); Secciones 196(2) y 123(1) del Código de Procedimientos Criminales de Singapur (Ho, 2008: 41 y 2020).
32. El empleo de esta clase de advertencias es ciertamente extendido entre los juristas angloamericanos y parece menos familiar en nuestra tradición. Sin embargo, esa técnica no es completamente ajena a la cultura jurídica continental y latinoamericana. El deber de tratar con especial prudencia al testimonio de oídas o de referencia, por ejemplo, está presente bajo formas diversas. Véanse, al respecto, Damaška (1992 y 2015: 34-40); Ho (2008: 254-259); Rovatti (2020: 43).

La tercera gran técnica que el derecho emplea para controlar el razonamiento probatorio es la que Ho (2008: 42 y ss.) llama *«regulation»* y consiste en mandatos y prohibiciones de uso de ciertas líneas de razonamiento inferencial. Esta técnica se distingue de la anterior por su carácter prescriptivo que, en lugar de estimular y orientar la valoración discrecional de la prueba, la constriñe. A su vez, se diferencia de la exclusión porque no opera sobre un elemento de juicio o dato probatorio, segregándolo del conjunto de los que podrán valorarse, sino sobre el conjunto de inferencias que podrían extraerse de aquel. El uso de esta técnica, por ende, no tiene el efecto de reducir el conjunto de elementos de juicio que jueces o jurados luego valorarán libremente, sino el de estructurar el proceso mismo de valoración probatoria. Como sostiene Ho, una regulación de esta índole «triunfa sobre las líneas de razonamiento fáctico que uno seguiría ordinariamente en la vida práctica» (2008: 42). Cuando el juicio es por jurado, estos mandatos o prohibiciones de uso de ciertas inferencias probatorias se comunican en forma de instrucción. En cambio, cuando se trata de decisiones motivadas de jueces profesionales, el uso de esta técnica limita el conjunto de inferencias empíricas que el tribunal puede legítimamente usar como sostén argumental de la premisa fáctica de la sentencia.

Las presunciones son, precisamente, mandatos de uso. Ordinariamente, inferimos un hecho B de un hecho A sólo cuando consideramos que A es una razón lo suficientemente buena como para creer que B es verdadero. Las presunciones jurídicas interfieren con ese modo ordinario de razonar, pues le *ordenan* al decisor que tenga por probado el hecho B a partir del hecho A, incluso cuando no considere que A le brinda razones suficientes para creer en B[33]. A esta clase de inferencias González Lagier las denomina inferencias probatorias «normativas», para diferenciarlas de las «empíricas» y de las «interpretativas». Su particularidad consiste en que el enlace o garantía de la inferencia «está constituido por normas o reglas dirigidas al juez que lo obligan a aceptar como

33. Para mayor desarrollo, véanse Ullman-Margalit (1983); Mendonca (1998); Aguiló Regla (1999 y 2006). Como señala González Lagier, «[e]xplicitar el papel de las presunciones normativas en el razonamiento probatorio (si es mejor considerar que cumplen una función en el momento de valoración de la prueba o en un momento posterior, el de la decisión sobre los hechos probados) depende en última instancia de cómo se entienda el término "prueba" en contextos jurídicos» (2022: 373). Si se adopta una noción amplia, de acuerdo con la cual la prueba «engloba todo tipo de operaciones que tienden a establecer la premisa fáctica del silogismo judicial», entonces «puede decirse que las presunciones normativas cumplen el papel de indicarle autoritativamente al juez qué valoración debe hacer de ciertos hechos (estableciendo los efectos probatorios de la acreditación de esos hechos)» (*idem*). En contraste, bajo una perspectiva más estricta de prueba, como la que adopta Ferrer Beltrán, «las presunciones normativas no cumplen una función en la valoración de la misma, sino en el momento de decisión sobre qué hechos declarar probados, que habría que diferenciar del momento de la valoración. La función de las presunciones normativas sería la de decirle al juez qué decisión debe tomar ante la falta de pruebas» (2022: 374). En todo caso, cabe subrayar que los ejemplos que utilizo en el subapartado IV.2 son casos de *prohibición de uso* de ciertas líneas inferenciales a partir de elementos de juicio admitidos, que sólo pueden concernir a lo que Ferrer Beltrán identifica como momento de valoración de la prueba.

probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos»; estos enunciados pueden reconstruirse bajo la forma «*Si p, entonces debe darse por probado q*», lo que pone de relieve su respaldo normativo y no empírico o conceptual[34].

Por el contrario, cuando una regla jurídica *prohíbe* inferir B a partir de A, esa inferencia debe quedar excluida de la deliberación y de la justificación del fallo, aunque los jurados o los jueces piensen que de A se infiere B y ese sea, en efecto, un razonamiento epistémicamente correcto. Así sucede, por ejemplo, cuando se admiten los antecedentes condenatorios del acusado para examinar su credibilidad, o bien para graduar la sanción aplicable, pero queda vedado utilizar esos mismos antecedentes para inferir una proclividad o propensión a cometer delitos (o esa clase de delitos), o bien cuando se censura el empleo de la conducta sexual precedente de la denunciante para atacar su credibilidad o para inferir consentimiento. Es útil examinar con algo de detalle estos ejemplos, a fin de mostrar cómo esta tercera técnica interfiere en el segundo momento de la actividad probatoria.

IV.2. Dos ejemplos: antecedentes criminales del acusado y comportamiento sexual previo de la denunciante

Hasta aquí se ha señalado que es útil distinguir entre la corrección empírica de una generalización y la legitimidad de su empleo en el contexto de los procesos judiciales. No toda inferencia empírica correcta es legítima. El derecho veda el uso de algunas de ellas en resguardo de distintos valores que entran en competencia con el valor de averiguación de la verdad. En ocasiones, para evitar que los decisores utilicen una línea de razonamiento prohibida, se puede excluir del conjunto de las pruebas aquella de la que podría extraerse tal inferencia. En otras, en cambio, a un mismo elemento de juicio se le pueden dar múltiples usos y sólo algunos de ellos se consideran ilegítimos o problemáticos. En esos casos, en lugar de *tirar el grano con la paja*, el derecho veda el uso de una inferencia o línea de razonamiento y, de este modo, interfiere propiamente en la valoración de la prueba. En los apartados anteriores se han presentado algunos ejemplos en los cuales el derecho utiliza esta técnica y se ha dicho que el modelo de Ferrer Beltrán no da cuenta de esta peculiaridad del razonamiento probatorio jurídico. En las páginas que quedan, como señalaba, utilizaré dos de los ejemplos mencionados para ilustrar el punto.

34. González Lagier (2022: 371-379; 2018; 2005, cap. II). En la presentación de González Lagier sobre estos tres modos de razonar sobre los hechos, las inferencias probatorias «empíricas» tienen como enlace una generalización empírica o máxima de experiencia que, como se ha visto, puede ser verdadera o falsa, mientras que en las «conceptuales» o «interpretativas» una «definición, teoría o regla conceptual» cumple la función de enlace y sirve para calificar o interpretar un hecho individual, «bruto», en una clase o categoría de hechos (por ejemplo, establecer que una determinada acción *cuenta como* acción «intencional»).

Empecemos por las inferencias de proclividad criminal a partir de los antecedentes condenatorios del acusado. En la tradición de *common law*, las detalladas regulaciones sobre *bad character* y *criminal record evidence* en principio vedan el empleo de la personalidad desviada del acusado, o de las condenas previas que registrase, como prueba de proclividad o propensión delictiva (*i.e.,* de que *ahora* ha actuado *de conformidad con* esa personalidad). ¿Por qué? La respuesta estándar entre los teóricos del *common law* no ha sido la de negar la *relevancia* de esa evidencia[35], sino la de advertir sobre la necesidad de balancear el valor probatorio que pueda atribuírsele con el riesgo de generar un perjuicio indebido al acusado. Este último podría derivarse de que el jurado se vea a tal punto influenciado por su pasado criminal que le atribuya a ese elemento de juicio un valor superior al que en verdad tiene, o bien que desvíe el foco de atención hacia la persona acusada, en lugar de atender a las pruebas sobre el hecho imputado.

Se trata de la defensa corriente de las llamadas reglas probatorias «intrínsecas» (Damaška, 2015: 31-33) y puede reconocerse que el argumento tiene cierta fuerza. Pero autores como Duff *et al.* (2007: 110-116) o Ho (2008: 285-316) consideran que esa justificación no es suficiente para que pueda apreciarse de modo integral qué es lo que se considera inapropiado en esa clase de inferencias probatorias. Y hay algo que parece darles razón: el derecho de los países de Europa continental y de los latinoamericanos no contiene nada parecido a la regulación compleja y detallada de esas reglas probatorias características del *common law*[36], y es ajeno a esta tradición esa clase de balance o ponderación entre el valor probatorio de un elemento de juicio y el riesgo de distorsiones cognitivas a las que pueda dar lugar como fundamento de inadmisibilidad (Damaška, 1994: 57). Sin embargo, es también una opinión extendida entre los juristas

35. Como señalan Duff, Farmer, Marshall & Tadros (2007: 111), el hecho de que una persona tenga un antecedente criminal *no siempre* será relevante, pero, dentro de ciertos límites, el hecho de que una persona registre una o varias condenas tendrá con frecuencia algún valor probatorio, en el sentido de que incrementará en cierta medida la probabilidad de que el acusado haya cometido el delito que ahora se le atribuye. A modo de ejemplo: el hecho de que alguien imputado por defraudar a su empleador tenga una condena previa por abuso sexual infantil no parece contribuir de un modo mínimamente significativo, en términos epistémicos, a dar respuesta a la cuestión sobre su culpabilidad en este caso. En cambio, que una persona acusada de robo registre tres condenas por robo en los últimos cinco años no es un dato cuya relevancia –vía inferencia de propensión a cometer robos– pueda ponerse seriamente en duda.

36. En contraste con las detalladas y complejas reglas jurídicas agrupadas bajo el título *character evidence* en los sistemas angloamericanos, en la tradición continental no es fácil encontrar alguna previsión legislativa referida al tratamiento que los tribunales deberían dar a la información sobre el carácter o personalidad de una persona o, en particular, sobre instancias previas de comportamiento criminal. Del mismo modo, los problemas sobre los que discuten los juristas del *common law* bajo la etiqueta general de *propensity evidence,* y que resultan en ocasiones objeto de elaboradas doctrinas, reciben en general escasa atención de la academia y la magistratura continental. Como indica Damaška (1994: 55 y ss.), variadas razones explican ese contraste (un cierto rechazo del jurista continental a la evaluación anticipada del valor de las pruebas, nacido con la Revolución Francesa y la poderosa reacción ilustrada contra el sistema de pruebas legales del *Ancien Régime*; el carácter unitario y no bifurcado de los tribunales continentales; la ausencia de un juicio de cesura; etc.).

continentales y los latinoamericanos que la proclividad delictiva del acusado, inferida de la existencia de antecedentes condenatorios, no es una razón que sea apropiado dar en apoyo de una sentencia de condena. Spencer (2002: 616), por ejemplo, menciona los casos de Italia, Francia, Alemania y Bélgica como ejemplos donde no existe *cesura* del juicio y, por ende, la evidencia vinculada con la culpabilidad del acusado y la relacionada exclusivamente con la determinación de la pena son presentadas y oídas conjuntamente en el debate[37]. No obstante, aclara a renglón seguido que:

> aunque un tribunal criminal continental siempre conoce los antecedentes penales del acusado, eso no significa que por ello esté formalmente habilitado a emplear el hecho de que este tenga antecedentes como una de las razones que justifican la decisión condenatoria. Más allá de que esto no parece estar claramente establecido en ningún lado, los abogados continentales parecen asumir que, cuando se trata de explicar qué pruebas los convencieron, resulta inadecuado acudir a ese hecho como uno de los cuales condujeron a la condena, pero las cosas cambiarían si el hecho por el que recayó condena previa fuera muy similar a aquel por el que ahora se encuentra en juicio (2002: 616)

En fin, más allá de la ausencia de detalladas regulaciones legislativas, el jurista continental suele rechazar la idea de que pueda usarse un antecedente condenatorio como prueba de que el acusado es más propenso (que una persona que no tenga antecedentes) a cometer delitos, o incluso a cometer un delito de la misma clase[38]. Y esta constatación permite retomar lo que señalaba más arriba. Si no es la falta de relevancia epistémica, ni es el riesgo de errores cognitivos, ¿qué es lo que mueve al jurista de la tradición continental a expulsar a los argumentos de pura proclividad delictiva del ámbito de las razones apropiadas para dar sostén a una condena?

Para Duff *et al.* (*ibid.*), por ejemplo, tomar el hecho de que el acusado se hubiera comportado antes de modo censurable como evidencia de que es culpable en esta nueva oportunidad podría considerarse inconsistente con el respeto que le es debido como agente responsable. Como tal, bien pudo haber cambiado y regirse ahora por las razones que el derecho provee como guía de conducta. No obstante, al enrostrarle una propensión o proclividad a delinquir, tratamos a esa persona como si su pasado determinara su presente, lo que socavaría su autonomía moral. La preocupación no es epistémica: en nuestra vida cotidiana evaluamos constantemente a las personas en

37. Sobre esto mismo llama la atención Gosnell (2010: 433-434), para el caso del derecho penal internacional.
38. En palabras de Damaška, «en el folclore legal de los países continentales, uno incluso se encuentra con proclamaciones generales de que las condenas anteriores no tienen relación alguna con la determinación de la responsabilidad penal» (1994: 58, con referencias a Alemania e Italia). Estas proclamaciones no impiden, por supuesto, que en los procesos continentales o latinoamericanos se empleen como prueba los antecedentes del acusado cuando éstos son valiosos para probar, por ejemplo, un específico *modus operandi*, una inclinación inusual, etc., pero vale la admonición general contra los argumentos de mera propensión.

función de su comportamiento pasado y esto, en general, nos da resultados aceptables[39]. En cambio, en el contexto del proceso penal, se sostiene, la cuestión adquiere una dimensión moral. Si se le dice al acusado que una de las razones para concluir que él es el autor del robo que se le ha atribuido es que ha cometido otro robo en el pasado, él podría razonablemente contestar que es injusto juzgarlo ahora sobre la base de lo que ha hecho antes. Usar así sus acciones pasadas, podría añadir, significaría desplazar el foco desde su conducta (*haber cometido un robo)* hacia su persona (*ser un ladrón*) y poner así sobre sus espaldas la pesada carga de ofrecer pruebas de que se ha comportado conforme a derecho desde aquel entonces. O, siguiendo a Ho (2008: 83), podría decirse que usar el pasado reprobable de una persona para asumir a partir de allí que *lo ha hecho de nuevo* porque es *la clase de persona* que haría una cosa así es un modo de razonar que, aunque pueda ser estadísticamente intachable, expresa no obstante una falta de consideración por el otro, en tanto pone en entredicho su autonomía moral, su capacidad de abandonar ese pasado y convertirse en otra persona.

Por supuesto, hay mucho para discutir sobre estos argumentos[40], pero está fuera del alcance de este trabajo la búsqueda de la mejor fundamentación que pueda encontrarse para dar sentido a la prohibición de uso de una inferencia de mera propensión o proclividad criminal. En todo caso, una vez que se reconoce que se trata de información relevante, entran en consideración razones no epistémicas. Y propuestas como las brevemente examinadas resultan enriquecedoras precisamente porque echan luz sobre esas particularidades jurídicas que encontramos en los procesos judiciales en general y, en especial, en los procesos criminales.

Otro ejemplo interesante, como se adelantó, es de la prohibición de probar la conducta sexual precedente de la mujer que denuncia un delito contra la integridad sexual[41]. De un modo quizá demasiado esquemático, podría decirse que las reformas introducidas en distintos países durante las últimas décadas[42] procuraron censurar el

39. No le volvemos a confiar información sensible a quien no ha sabido guardar un secreto. En lugar de preocuparnos o de pensar que se olvidó de la cena, asumimos simplemente que un amigo llegará tarde, porque suele ser impuntual. Y también usamos este proceso de extrapolar del comportamiento pasado al presente y al futuro cuando lidiamos con asunto de mayor importancia: a la hora de decidir quién será contratado, ponemos énfasis en el CV y las referencias, y el pasado de los políticos juega un rol importante en las elecciones. Nada de esto suele ser visto como especialmente problemático (Redmayne, 2015: 1, 64).
40. Críticamente sobre el alcance de esta clase de argumentos, por todos, Redmayne (2015: 64-90).
41. Así formulada, pareciera que el derecho prohíbe o torna inadmisible ese *objeto de prueba* y con ello afectaría, «por extensión, la admisibilidad de todo medio de prueba y de todo elemento de prueba resultante que apunte a probar ese específico objeto de prueba prohibido» (Dei Vecchi, 2020: 45). Aunque podría concebirse una prohibición de esa clase, como veremos, la regulación estándar en esta materia se puede entender mejor como una *prohibición de uso de ciertas inferencias* a partir de la conducta sexual precedente de la víctima. Con otras palabras, en lugar de «no está permitido probar el comportamiento sexual pasado de la víctima», *a secas*, se trata más bien de «no está permitido probar el comportamiento sexual pasado de la víctima *para*…».
42. Véanse McColgan (1996), Durston (1997), Easton (2000), Birch (2002), Redmayne (2003), Simon-Kerr (2021).

empleo de ciertas líneas de razonamiento probatorio especialmente problemáticas. Por un lado, los ataques a la credibilidad de la denunciante de un abuso sexual fundados en su alegado carácter «impúdico» o «licencioso»[43]. Por el otro, las inferencias de proclividad o disposición a consentir relaciones sexuales, tales como «el hecho de que la denunciante consintiera tener relaciones sexuales en ocasiones anteriores con el acusado, hace más probable que hubiera consentido tener relaciones sexuales en esta ocasión»; o bien «el hecho de que la denunciante consintiera tener relaciones sexuales con varios hombres en los últimos meses, hace más probable que hubiera consentido esta relación sexual».

Por supuesto, podría pensarse que esta clase de generalizaciones carece de sustento empírico y que las reformas legales en esta materia sólo han venido a llamar la atención sobre ello. Se trataría de una legislación *redundante* (pues si el comportamiento sexual previo de la denunciante carece de valor probatorio bastaría con el análisis de *relevancia*), pero de una redundancia necesaria con fines didácticos. El análisis detenido de la cuestión quedará fuera de los límites de este trabajo, pero se han dado buenas razones para mostrar que es dudoso que la irrelevancia pueda afirmarse con carácter general[44]. Si esto es correcto, otras consideraciones son necesarias para cuestionar la *legitimidad de uso* de esas inferencias. El riesgo de que la caracterización de la víctima como una «chica fácil» o una «mujer promiscua» dispare prejuicios machistas respecto de la denunciante, la necesidad de dar prioridad a su derecho de reservar solo para sí misma aspectos íntimos de su vida privada, al menos cuando estos tienen escaso valor probatorio, etc., son razones de esa clase.

En todo caso, hay que tener en cuenta que el comportamiento sexual previo de la denunciante no sólo puede ser utilizado como premisa de inferencias que consideramos ilegítimas, como las anteriores. Piénsese, por ejemplo, en este caso: la denunciante le atribuye al acusado el haberla violado, sujetándola fuertemente de sus brazos y golpeándola en distintas zonas de su cuerpo. La fiscalía aporta las fotografías y los exámenes médicos que constatan lesiones compatibles con ese relato. La defensa pretende aportar evidencia de que la denunciante ha tenido una preferencia por las prácticas sexuales sadomasoquistas, con él y con terceras personas, durante los últimos meses; ofrece como prueba su testimonio y el de otros dos hombres. Su objetivo es probar que las lesiones son compatibles con esa clase de prácticas. O en este otro ejemplo, que tomo de Redmayne (2003: 97): supongamos que el imputado alega que, mientras mantenían relaciones sexuales, la denunciante usó una palabra particular, muy inusual, para referirse a sus genitales. La defensa pretende probar que ella ha usado esa palabra antes con otras personas con las que ha tenido relaciones sexuales consentidas y que el acusado no sabía de esos episodios anteriores al declarar (esto descarta un descargo

43. Sobre las generalizaciones implicadas en la inferencia que conduce a la falta de credibilidad y la reciente evolución del derecho norteamericano en esta materia, véase Simon-Kerr (2021: 373-375).
44. Véase Redmayne (2003: 77 y ss.), donde discute con McColgan (1996).

fabricado para introducir una similitud inexistente entre los casos). El objetivo es probar el consentimiento.

Estos ejemplos permiten advertir que el comportamiento sexual precedente de la denunciante en ocasiones puede ser empleado como material para construir argumentos probatorios que distan mucho de aquellos que se reputan censurables. Es precisamente por eso que, donde hay legislaciones detalladas sobre esta clase de evidencia, se la suele considerar admisible, por ejemplo, para probar algo distinto del consentimiento[45], o incluso para probar el consentimiento bajo ciertas condiciones específicas[46]. Ahora bien, cuando se admite evidencia sobre el comportamiento sexual previo de la denunciante en estos términos, ello no significa que los encargados de decidir tengan permitido entonces echar mano de cualquier inferencia que pudieran extraer de esa evidencia. Por el contrario, la prohibición de uso de las líneas de razonamiento ilegítimas restringe la valoración libre de la prueba.

El caso de los antecedentes criminales del acusado y el del comportamiento sexual previo de la denunciante son apenas dos ejemplos útiles para ilustrar el uso de una técnica que se emplea en múltiples ocasiones[47]. En términos generales, cada vez que una generalización empírica no espuria, sostenible, pueda derivarse de un elemento de juicio admitido, pero quede fuera de consideración por razones normativas, estaremos ante un ejemplo de esta técnica de control de las deliberaciones y del razonamiento justificativo del fallo.

Y esta técnica, insisto, es una que el modelo de razonamiento probatorio de Ferrer Beltrán deja afuera. Una caracterización *completa* de las particularidades jurídicas de la prueba en el derecho debería dar cuenta no sólo de las múltiples reglas de exclusión, que reducen la información disponible para los decisores, sino también de aquellas reglas jurídicas que, por razones no sólo epistémicas, les indican cómo deben (o cómo *no* deben) valorar la información que se les ha presentado tras superar la barrera de la admisibilidad.

V. CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto hasta ahora pueden extraerse algunas conclusiones.

En su caracterización de la prueba en el derecho, Ferrer Beltrán sostiene que, en sistemas de libre valoración, el segundo momento de la actividad probatoria estaría

45. Como en el primer ejemplo. Respecto de Inglaterra, véase la *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, s. 41(3)(a). Y para el caso de los Estados Unidos, véanse las *Federal Rules of Evidence*, rule 412(a) y 412(b)(1)(A).
46. Por ejemplo, cuando la similitud entre un comportamiento sexual previo de la denunciante y el comportamiento que, según el acusado, tuvo lugar durante el hecho no pueda ser explicada razonablemente como una coincidencia, como en el segundo caso expuesto. Véase la *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999*, s. 41(3)(c), examinada por Redmayne (2003: 93 y ss.).
47. Ho (2008:42-43) brinda varios ejemplos, vigentes y del pasado, en la práctica del *common law*.

gobernado exclusivamente por las reglas de la lógica y la epistemología. A su ver, no jugarían allí particularidades propiamente jurídicas, a diferencia de lo que sucede en el primer y tercer momento.

Esa caracterización puede estimarse incompleta, ya que desatiende la diferencia entre la sostenibilidad empírica y la legitimidad de las generalizaciones que usamos para construir argumentos probatorios. Además, soslaya que la exclusión o inadmisión de elementos de juicio en el primer momento de la actividad probatoria no es la única técnica que emplea el derecho para lidiar con generalizaciones empíricamente correctas pero moral o jurídicamente inaceptables. La combinación de estos dos factores parece demostrar, a contramano de lo que sostiene Ferrer Beltrán, que la valoración de la prueba en los procesos judiciales presenta particularidades jurídicas semejantes a las que el autor reconoce en el momento de conformación de los elementos de juicio y en el momento de toma de la decisión. En este trabajo se han visto algunos ejemplos para hacer más claro el punto.

Quizá podría contestarse a mis observaciones que los ejemplos utilizados en este texto constituyen tan sólo excepciones puntuales al principio de libre valoración y, por ende, no desmienten la afirmación de que un sistema *puro* de libre valoración sólo estaría gobernado por las reglas generales de la racionalidad epistemológica. Es cierto que las peculiaridades y limitaciones jurídicas que condicionan la valoración libre de la prueba no deben ser exageradas; con todo, creo haber demostrado que su presencia en distintos sistemas jurídicos no es simplemente una anomalía o excentricidad. Mi réplica, en todo caso, sería que *en este mundo* no hay ejemplares de sistemas puros de libre valoración, en los cuales reine sin competencia el valor de averiguación de la verdad. Y, mientras nos preocupen las peculiaridades de la prueba en los sistemas jurídicos *de este mundo*, creo que esa respuesta alcanza.

Una segunda posible objeción consistiría en señalar que el modelo de Ferrer Beltrán no es descriptivo, sino normativo; que no pretende decirnos cómo de hecho operan los jueces y juezas cuando valoran la prueba, o qué prevé el derecho de tal o cual país, sino cómo debería funcionar un sistema de libre valoración de la prueba. En este segundo sentido, podría sostenerse que un sistema de libre valoración que se precie de tal no debería admitir ninguna restricción no-epistémica a la hora de utilizar inferencias probatorias empíricamente sostenibles. Ese sería el *ideal regulativo*. En apoyo, podría invocarse incluso el *derecho a la prueba*.

Me parece, no obstante, que en ese caso la propuesta de Ferrer Beltrán se enfrentaría a otro escollo: como se ha visto en este trabajo, son también razones normativas, previstas en general en los textos de los instrumentos de derechos humanos y en las constituciones de los estados de derecho, las que –según la interpretación dominante en muchos lugares del mundo– prohíben emplear en sostén de una decisión judicial legítima generalizaciones discriminatorias, inferencias adversas del silencio del acusado, argumentos de pura proclividad criminal, etc. Por eso, al menos desde esta perspectiva, un modelo normativo *à la* Ferrer Beltrán sería simplemente indeseable. Como se sostuvo

más arriba, no todo lo empíricamente correcto es jurídicamente aceptable. Y los límites que el derecho impone a la averiguación de la verdad, en protección de otros valores, no juegan, como cree Ferrer Beltrán, al principio y al final, *juegan durante todo el partido*.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, J. (1999). Nota sobre «Presunciones» de Daniel Mendonca. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 22, 649-660. https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.28

Aguiló Regla, J. (2006). Presunciones, verdad y normas procesales. *Isegoría*, 35, 9-31. https://doi.org/10.3989/isegoria.2006.i35.27

Anderson, T., Schum, D. & Twining W. (2005). *Analysis of Evidence* (2.ª ed.). New York: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511610585

Arena, F. J. (2022). Estereotipos y hechos en el proceso. En F. J. Arena (coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (217-247). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Arena, F. J. (2021). La domesticación de los estereotipos. Algunas consideraciones sobre su incidencia en el razonamiento probatorio. *Pensar la prueba*, 2, 23-52.

Arena, F. J. (2019). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. En H. Bouvier & F. J. Arena (dirs.), *Derecho y Control 2* (11-44) Argentina: Ferreyra Editor.

Bex, F., Prakken, H.; Reed, C. & Walton, D. (2003). Towards a formal account of reasoning about evidence: Argumentation schemes and generalisations. *Artificial Intelligence and Law*, 11, 125-165. https://doi.org/10.1023/B:ARTI.0000046007.11806.9a

Birch, D. (2002). Rethinking Sexual History Evidence: Proposals for Fairer Trials. *Criminal Law Review*, 531-553.

Bonorino, P. (2015). Entimemas probatorios. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 38, 41-71. https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.02

Buosi, R. (2022). Sobre la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio de la persona acusada en la etapa de juicio: análisis crítico sobre los argumentos epistémicos y constitucionales. *Pensar la prueba*, 3, 19-70.

Carnelutti, F. (1982) [1947]. *La prueba civil* (2.ª ed.), trad. de N. Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma.

Colyvan, M.; Regan, H. M. & Scott, F. (2001). Is it a Crime to Belong to a Reference Class? *The Journal of Political Philosophy*, 9 (2), 168-181. https://doi.org/10.1111/1467-9760.00123

Dahlman, C. (2017). Unacceptable Generalizations in Arguments on Legal Evidence. *Argumentation*, 31, 83-99. https://doi.org/10.1007/s10503-016-9399-1

Damaška, M. R. (2015) [1997]. *El derecho probatorio a la deriva,* trad. de J. Picó i Junoy. Buenos Aires: Marcial Pons

Damaška, M. R. (1994). Propensity Evidence in Continental Legal Systems. *Chicago-Kent Law Review*, 70, 55-67.

Damaška, M. R. (1992). Of Hearsay and Its Analogues. *Minnesota Law Review*, 76, 425-458.

Dei Vecchi, D. (2022). *Prueba sin convicción* en su justa medida. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 337-373. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.12

Dei Vecchi, D. (2020). Admisión y exclusión de pruebas: índice para una discusión. *Pensar la prueba*, 1, 27-54.

Dennis, I. (2013). *The Law of Evidence* (5a. ed.). London: Sweet & Maxwell – Thomson Reuters.

Duff, A.; Farmer, L.; Marshall, S. & Tadros, V. (2007). *The Trial on Trial: Volume 3. Towards a Normative Theory of the Criminal Trial*. Oxford y Portland: Hart Publishing.

Durston, G. (1997). Cross-Examination of Rape Complainants: Ongoing Tensions Between Conflicting Priorities in the Criminal Justice System. *The Journal of Criminal Law*, 61, 91-104. https://doi.org/10.1177/002201839806200107

Easton, S. (2000). The Use of Sexual History Evidence in Rape Trials. En M. Childs & L. Ellison (eds.), *Feminist Perspectives on Evidence*. Cavendish: London.

Ferrajoli, L. (2009) [1989]. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (9.ª ed.), trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco & R. Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2019). La paradoja de la valoración probatoria con perspectiva de género. Ponencia en el marco de la Jornada sobre prueba con perspectiva de género del 26 de noviembre de 2019, Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. https://www.youtube.com/watch?v=SlsoI3WQLy4.

Ferrer Beltrán, J. (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En C. Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica* (21-39). Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2010). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 4 (1), 1-26.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Gama, R. (2021). En búsqueda de El Dorado. La concepción racional de la prueba y la formulación de estándares de prueba precisos y objetivos. *Revus*, 43, 1-22.

Gascón Abellán, M. (2010) [1999]. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (3.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

González Lagier, D. (2022). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En J. Ferrer Beltrán (coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (353-396). Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

González Lagier, D. (2021). Prólogo, *Pensar la prueba*, 2, 13-21.

González Lagier, D. (2020a). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. En J. Ferrer Beltrán Jordi & C. Vázquez (eds.), *El Razonamiento probatorio en el proceso judicial* (415-434). Marcial Pons, Madrid.

González Lagier, D. (2020b). What is Foundherentism, and what can it contribute to the Theory of Evidence in The Law? *Cosmos + Taxis: Studies in Emergent Order and Organization*, 8 (6+7), 44-54.

González Lagier, D. (2018). Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos). En. C. Vázquez (coord.), *Hechos y razonamiento probatorio* (17-42). Buenos Aires: Editores del Sur.

González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra-Temis.

Gosnell, C. (2010). Admissibility of evidence. En K. A. Khan, C. Buisman & C. Gosnell (eds.), *Principles of Evidence in International Criminal Justice* (375-441). New York: Oxford University Press.

Haack, S. (2014). Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects. En S. Haack, *Evidence Matters. Science, Proof, and Truth in the Law* (1-26). New York: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139626866.002

Haack, S. (2012). The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal. *Ratio Juris*, 25 (2), 206-235. https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2012.00510.x

Ho, H. L. (2021). Evidence and Truth. En C. Dahlman; A. Stein & G. Tuzet (eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law* (11-24). Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780198859307.003.0002

Ho, H. L. (2020). El silencio como prueba. En J. Ferrer Beltrán Jordi & C. Vázquez (eds.), *El Razonamiento probatorio en el proceso judicial* (189-217). Marcial Pons, Madrid.

Ho, H. L. (2013). The privilege against self-incrimination and right of access to a lawyer: a comparative assessment. *Singapore Academy of Law Journal*, 25, 826-846.

Ho, H. L. (2008). *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199228300.001.0001

Izenman, A. J. (2000a). Assessing the Statistical Evidence in the *Shonubi* Case. En J. L. Gastwirth (ed.), *Statistical Science in the Courtroom* (415-443). New York: Springer-Verlag. https://doi.org/10.1007/978-1-4612-1216-4_22

Izenman, A. J. (2000b). Introduction to Two Views on the *Shonubi* Case. En J. L. Gastwirth (ed.), *Statistical Science in the Courtroom* (393-404). New York: Springer-Verlag. https://doi.org/10.1007/978-1-4612-1216-4_20

Jackson, J. D. & Summers, S. J. (2012). *The internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. New York: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139093606

Laudan, L. (2013) [2006]. *Verdad, error y proceso penal*, trad. de C. Vázquez, y E. Aguilera. Buenos Aires: Marcial Pons.

Limardo, A. (2021a). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2, 115-153. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464

Limardo, A. (2021b). Valoración de la prueba y perspectiva de género. Una réplica a Jordi Ferrer Beltrán. Ponencia en el marco del Primer Encuentro Intergeneracional del Máster de Razonamiento Probatorio, celebrado el 15 de julio de 2021. https://www.youtube.com/watch?v=tMAunRxCuq0

McColgan, A. (1996). Common Law and the Relevance of Sexual History Evidence. *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 275-308. https://doi.org/10.1093/ojls/16.2.275

Maier, J. B. J. (2004) [1996]. *Derecho procesal penal: fundamentos* (2.ª ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mendonca, D. (1998). Presunciones. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21 (1), 83-98. https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.05

Moss, S. (2021). Pragmatic encroachment and legal proof. *Philosophical Issues*, 31 (1), 258-279.

Picinali, F. (2015). The Threshold Lies in the Method: Instructing Jurors about Reasoning Beyond Reasonable Doubt. *International Journal of Evidence & Proof*, 19 (3), 139-153.

Prakken, H., Reed, C. & Walton, D. (2003). Argumentation schemes and generalisations in reasoning about evidence. *Proceedings of the 9th international conference of artificial intelligence and law*, 32-41. https://doi.org/10.1145/1047788.1047794

Redmayne, M. (2015). *Character in the Criminal Trial*, Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199228898.001.0001

Redmayne, M. (2008). Review: Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology, by Larry Laudan, *New Criminal Law Review*, 11 (1), 181-185. https://doi.org/10.1525/nclr.2008.11.1.181

Redmayne, M. (2003). Myths, relationships and coincidences: The new problems of sexual history. *International Journal of Evidence & Proof*, 7(2), 75-101. https://doi.org/10.1177/136571270300700201

Rimoldi, F. (2022). Intrusión pragmática en epistemología. *Enciclopedia de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*. http://www.sefaweb.es/intrusion-pragmatica-en-epistemologia/

Roberts, P. & Zuckerman, A. (2004). *Criminal Evidence*. Oxford: Oxford University Press.

Rovatti, P. (2020). Testigos no disponibles y confrontación: fundamentos epistémicos y no epistémicos. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio,* 1, 31-66. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22327

Schauer, F. (2022a). *The Proof. Uses of Evidence in Law, Politics, and Everything Else*, Cambridge, Mass.-London: Harvard University Press. https://doi.org/10.4159/9780674276260

Schauer, F. (2022b). «La generalidad y la diferenciación del derecho, con especial atención a los estereotipos y su uso», trad. de B. Rusca. En F. J. Arena (coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (111-140). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Schauer, F. (2003). *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge, Mass.-London: Harvard University Press.

Schum, D. (1984). *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Illinois: Northwestern University Press.

Simon-Kerr, J. A. (2021). Relevance Through a Feminist Lens. En C. Dahlman, A. Stein & G. Tuzet (eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law* (364-379). Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780198859307.003.0025

Spencer, J. R. (2002). Evidence. En M. Delmas-Marty & J. R. Spencer (eds.), *European Criminal Procedures* (594-640). Cambridge: Cambridge University Press.

Stein, A. (2005). *Foundations of evidence law*. Oxford: Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198257363.001.0001

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, trad. de D. Accatino Scaglioti. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2009). Consideraciones sobre las máximas de la experiencia. En M. Taruffo, *Páginas sobre justicia civil* (439-453), trad. de M. Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*, trad. de L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos,* trad. de J. Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta.

Taruffo, M. (1984). Il diritto alla prova nel processo civile, *Rivista di diritto processuale*, 4.

Tillers, P. (1997). Introduction: Three Original Contributions to Three Important Problems in the Law of Evidence. *Cardozo Law Review,* 18, 1875-1889.

Tillers, P. (2005). If wishes were horses: discursive comments on attempts to prevent individuals from being unfairly burdened by their reference classes. *Law, Probability and Risk,* 4, 33-49. https://doi.org/10.1093/lpr/mgi001

Toulmin, S. (2019) [2003]. *Los usos de la argumentación*, trad. de M. Morrás y V. Pineda. Madrid: Marcial Pons.

Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*, trad. de D. Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons.

Twining, W. (1999). Narrative and Generalizations in Argumentation about Questions of Fact. *South Texas Law Review*, 40, 351-366.

Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial*, trad. de P. Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta.

Ullmann-Margalit, E. (1983). On presumption. *The Journal of Philosophy*, 30, 143-163. https://doi.org/10.2307/2026132

Uprimny Yepes, R. & Sánchez Duque, L. M. (2014). Artículo 24. Igualdad ante la Ley. En C. Steiner & P. Uribe (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada* (579-605). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Van Kessel, G. (1998). European Perspectives on the Accused as a Source of Testimonial Evidence, *West Virginia Law Review*, 100, 799-845.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 499-517
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.18

El razonamiento probatorio entre lo que es y lo que debe ser: una solución en clave de arquetipo a la ambivalencia metodológica del modelo de la plausibilidad relativa

Evidential Reasoning Between what Is and what Must Be: An Archetypal Solution to the Methodological Ambivalence of the Relative Plausibility Model

Alejo Joaquín Giles

Autor:
Alejo Joaquín Giles
Università degli Studi di Genova, Italia
Universidad de Girona, España
alejojoaquin.giles@edu.unige.it
https://orcid.org/0000-0001-5088-6469

Recibido: 17/09/2022
Aceptado: 01/06/2023

Citar como:
Joaquín Giles, Alejo (2024). El razonamiento probatorio entre lo que es y lo que debe ser: una solución en clave de arquetipo a la ambivalencia metodológica del modelo de la plausibilidad relativa *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 499-517. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.18

Financiación:
Este trabajo ha sido realizado con el apoyo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova y del Proyecto PID2020-114765GB-I00 de la Universidad de Girona, financiado por MCIN/ AEI /10.13039/501100011033.

Agradecimientos:
Este trabajo se ha beneficiado notablemente de las observaciones que, sobre diversos borradores previos, realizaron Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Jordi Ferrer Beltrán, María Laura Manrique, Julieta Rábanos, Giovanni Battista Ratti, Henry Reyes Garcés, Marcos Segatti y Carmen Vázquez Rojas, a quienes extiendo mis agradecimientos. Agradezco también por sus aportes a quienes evaluaron anónimamente la presente contribución.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Alejo Joaquín Giles

Resumen

Con su Modelo de la Plausibilidad Relativa, Ronald Allen y Michael Pardo pretenden dar cuenta del razonamiento probatorio judicial. Como destacaré, la propuesta adolece de una ambivalencia metodológica. Con ella se pretende explicar cómo sucede en los hechos el fenómeno de interés y, al mismo tiempo, guiar la conducta de quienes lo llevan a cabo, de acuerdo con lo que mandan ciertas normas jurídicas. El precio que paga a cambio es elevado. Entre otros problemas, esto dificulta comprender la naturaleza de las aserciones que componen el modelo y favorece las confusiones en el debate académico a su alrededor. Luego de descartar su interpretación como una teoría empírica, aquí propondré entenderlo como un arquetipo, lo cual clarifica sus criterios de corrección y lo sitúa en una mejor posición para afrontar algunas críticas significativas que ha recibido. En mi definición, un modelo arquetípico de razonamiento probatorio judicial es discurso que representa este fenómeno en su versión ideal según ciertas máximas, tomando a la realidad en parte como faro y en parte como límite.

Palabras clave: razonamiento probatorio; modelos; plausibilidad relativa; Allen & Pardo; teoría empírica; arquetipos.

Abstract

Ronald Allen and Michael Prado's Relative Plausibility Model attempts to explain the evidential legal reasoning. As I will show, this proposal is methodologically

ambivalent. It seeks to explain how judicial evidential reasoning is carried out in reality, but at the same time it also seeks to guide the behaviour of those who carry it out according to certain legal rules. This ambivalence makes it difficult to understand the nature of its claims, and fosters confusion in the academic debate about it. Having rejected its interpretation as an empirical theory, I propose to understand the model as an archetype, which clarifies its evaluation criteria and puts it in a better position to deal with the serious criticism it has received. In my definition, an archetypal model of evidential legal reasoning is a discourse that represents this phenomenon in its ideal version according to certain maxims, considering reality partly as a beacon and partly as a limit.

Keywords: evidential legal reasoning; models; relative plausibility; Allen & Pardo; empirical theory; archetypes.

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se ocupa de algunas cuestiones metodológicas relativas a la actividad de modelar el razonamiento probatorio judicial, a partir del análisis crítico del Modelo de la Plausibilidad Relativa formulado por Ronald J. Allen y Michael S. Pardo.

Hablaremos de «modelos de razonamiento probatorio judicial» para referirnos a los discursos con los cuales se busca representar o dar cuenta de aquella actividad que consiste en dar razones a favor de los enunciados probatorios («Está probado que *p*») contenidos en una sentencia. Buena parte de la discusión contemporánea sobre los modelos de razonamiento probatorio judicial gira en torno a la confrontación entre dos grupos de propuestas: la de los *explicacionistas*, que lo conciben como un caso especial de Inferencia a la Mejor Explicación, y la de los *probabilistas*, que lo representan mayormente como una inferencia estadística gobernada por el Teorema de Bayes. El Modelo de la Plausibilidad Relativa se enrola en el primer grupo. Aquí me ocuparé de su registro metodológico, es decir, de los criterios que establecen bajo qué condiciones es correcta su formulación.

En primer lugar, ofreceré una reconstrucción del aludido modelo enfocada en la metodología que adopta, según sus autores (§2). El trabajo permitirá advertir una doble valencia metodológica: con ese discurso se pretende describir cómo deciden los jueces acerca de los hechos probados en el proceso judicial y, al mismo tiempo, guiar estas decisiones de un modo consistente con lo que mandan ciertas normas jurídicas.

En segundo lugar, analizaré la posibilidad de interpretar el Modelo de la Plausibilidad Relativa como una teoría empírica y, luego de caracterizar este tipo de discursos, me inclinaré por la negativa (§3). Como lo conciben sus autores, se trata de un discurso que tiene pretensiones incompatibles con la búsqueda de una descripción y explicación exacta del fenómeno del razonamiento probatorio judicial.

En tercer lugar, propondré una interpretación alternativa del Modelo de la Plausibilidad Relativa, el entenderlo como un arquetipo (§4). Bajo esta lente, consiste en un discurso que da cuenta del razonamiento probatorio judicial en su versión ideal

según ciertas máximas, tomando a la realidad en parte como faro y en parte como límite (en un sentido que ya me encargaré de precisar). Interpretado de tal manera, el modelo se sitúa en una mejor posición para afrontar las críticas que ha recibido acerca de su falta de apoyo en investigaciones empíricas.

2. LA AMBIVALENCIA METODOLÓGICA DEL MODELO DE LA PLAUSIBILIDAD RELATIVA

Comencemos con una síntesis del Modelo de la Plausibilidad Relativa (Modelo P-R de ahora en más)[1]. Según este discurso, el razonamiento probatorio judicial (en adelante RP) es una actividad que consiste –a nivel macro– en evaluar la plausibilidad relativa de las explicaciones divergentes brindadas por las partes de un proceso judicial respecto de los datos reunidos en él; lo cual involucra dos etapas: la generación de explicaciones potenciales para los datos obtenidos y su comparación a la luz del estándar de prueba (o umbral de suficiencia) aplicable[2]. En los casos civiles, de acuerdo con el estándar de prueba que rige por defecto, se declara probada la explicación comparativamente mejor o más plausible; cualidad que se define atendiendo a criterios como la consistencia, la coherencia, el encaje con los conocimientos previos o de fondo, la simplicidad, la ausencia de lagunas y el número de asunciones de contenido improbable que las respectivas explicaciones requieran[3].

¿Qué hipótesis explica mejor, por ejemplo, el hecho de que el empleador haya despedido a su único trabajador sindicalista luego de una serie de tardanzas injustificadas? ¿Lo despidió por su actividad sindical (incurriendo en un acto de discriminación prohibida) o por el incumplimiento de su jornada laboral? Una hipótesis será comparativamente más plausible que la otra de acuerdo con la demás información que se hubiera recabado en el proceso. Saber que el empleador desconocía las actividades sindicales del trabajador inclinaría la balanza a favor de la segunda hipótesis. Pero si ese no fuera el caso, y se supiera que normalmente todos los trabajadores llegaban tarde al trabajo y que nunca antes se había despedido a alguien por ello, esto inclinaría la balanza a favor de la primera hipótesis.

El modelo es más rico en detalles y matices, pero no puedo detenerme ahora en ellos[4]. Lo que me interesa es subrayar aquello que Allen y Pardo dicen acerca del tipo de modelo de que se trata y del correspondiente registro metodológico en que se inscribe, arista en la cual se manifiesta la ambivalencia que he mencionado antes. ¿Qué están haciendo, exactamente, cuando caracterizan al RP del modo en que lo hacen?

1. Tengo en cuenta, en especial, las versiones desarrolladas en Allen & Pardo, 2019b, 2019a, 2021; y Pardo & Allen, 2008.
2. Conf. Allen & Pardo, 2019b, p. 15; y Pardo & Allen, 2008, pp. 229-230.
3. Conf. Allen & Pardo, 2019b, pp. 15-17; y Pardo & Allen, 2008, pp. 234-235, y sus citas.
4. Por más detalles véase Allen & Pardo, 2019b, pp. 14-19.

En palabras de sus autores, el Modelo P-R es actualmente «la mejor explicación [*explanation*] empírica de la prueba judicial» (en los Estados Unidos) (2019b, p. 15)[5], comparada con sus competidores, los enfoques probabilistas. Se trata de un enfoque «descriptivo y explicativo», que a la postre «puede guiar y condicionar la toma de decisiones judiciales con respecto a la admisibilidad y valoración de las pruebas»[6]. Su objetivo principal tiene naturaleza empírica. Consiste en responder a la pregunta sobre cuál es la mejor explicación de las «observaciones acerca de cómo el sistema jurídico estadounidense estructura la prueba judicial». Aunque también asume una segunda tarea, la de «considerar si lo empíricamente verdadero es normativamente apropiado, a la luz de los objetivos del sistema jurídico» (relativos, entre otros aspectos, a la precisión y distribución entre las partes del riesgo del error) (2019b, pp. 7-8).

Precisamente en lo empírico, en la «comprensión clara de lo que el sistema está haciendo realmente», es donde radica la diferencia principal del Modelo P-R con las posturas probabilistas (2019b, p. 7), y donde estas últimas salen derrotadas, según Allen y Pardo. El Modelo P-R es superior como explicación porque ofrece una «mejor descripción empírica», que a la vez «encaja mejor» con los objetivos del sistema jurídico y con las regulaciones existentes (admisibilidad, instrucciones al Jurado, etcétera)[7]. Tiene la ventaja de ser acorde con algunas teorías psicológicas referidas al comportamiento de los jurados, algo que lo vuelve sensible a las «limitaciones de la cognición humana»[8]. Pero también va más allá, aportando «una explicación de los estándares de pruebas y otras características del proceso probatorio», lo cual resulta virtuoso dado que el encaje con las reglas procesales «es una consideración importante para cualquier teoría de la prueba judicial (un desafío que nuestra teoría cumple, a diferencia de la probabilista convencional)»[9].

Según Allen y Pardo, el Modelo P-R encaja con el modo en que los jueces razonan realmente en torno a los hechos probados en el proceso, al tiempo que es consistente con la doctrina jurídica, las instrucciones al Jurado y los objetivos de política que subyacen a los estándares de prueba. Esto lo diferencia –sostienen los autores– de los modelos que meramente describen el comportamiento de aquellos sujetos[10]. El cumplir con ambas cosas al mismo tiempo es considerado como una ventaja del modelo que nos ocupa frente a sus competidores, en especial frente a los enfoques probabilistas[11].

Además de lo que dicen sobre los aspectos metodológicos del Modelo P-R, también es interesante atender a la forma en la que Allen y Pardo justifican las aserciones

5. Este y los demás fragmentos entrecomillados son traducciones propias del texto original.
6. Conf. Pardo & Allen, 2008, p. 226.
7. Conf. Allen & Pardo, 2019b, p. 8; y Pardo & Allen, 2008, pp. 225-226, 261-262.
8. Esto último lo volvería un enfoque *naturalista*: explica los estándares de prueba teniendo en cuenta, entre otras cosas, el modo en que razonan realmente las personas (Allen & Pardo, 2019b, p. 31).
9. Conf. Allen & Pardo, 2019b, p. 17, n. 86, 31.
10. Allen & Pardo, 2019b, p. 17, n. 86.
11. Véase Allen & Pardo, 2019b, pp. 14, 17.

que componen este modelo, aquellas según las cuales el RP se caracteriza de tal o cual modo[12]. Se hallan al menos tres recursos distintos, que conducen a tres clases de métodos diferentes. Uno: la referencia a investigaciones acerca del RP que describen cómo se da este fenómeno en la realidad, cuyo método es empírico[13]. Dos: la referencia a lo que prescriben ciertas sentencias acerca de cómo debe ser el RP en ciertos aspectos, una tarea típicamente dogmática, de descripción de las interpretaciones judiciales[14]. Tres: la referencia a trabajos epistemológicos dedicados a caracterizar el razonamiento abductivo[15], entre los cuales se destaca el aporte de P. Lipton, quien despliega una epistemología que –con varios matices– podría calificarse como normativa[16].

Los pasajes citados, así como los recursos invocados, permiten advertir una doble valencia metodológica en el Modelo P-R: con este discurso se pretende describir cómo deciden los jueces acerca de los hechos probados en el proceso judicial y, al mismo tiempo, guiar estas decisiones de un modo consistente con lo que mandan ciertas normas jurídicas.

Esa pretensión tiene algunos problemas. Para empezar, socava la coherencia interna del Modelo P-R dada la incompatibilidad de ambas empresas entre sí cuando son asumidas en simultáneo por el mismo discurso, algo de lo que me ocuparé a la brevedad. Por otra parte, la aludida ambivalencia tampoco ayuda a esclarecer la naturaleza de las aserciones con que se conforma el modelo, del tipo «El RP tiene tales o cuales propiedades». Cuando se afirma, por ejemplo, que al razonar sobre los hechos los jueces declaran probada la hipótesis más plausible que se les presenta, ¿se está informando acerca de la realidad, cumpliendo una función cognoscitiva, o se está expresando cómo deberían actuar frente a tal situación, cumpliendo una función normativa? La imprecisión en este aspecto, entre otras consecuencias negativas, prepara el terreno para la producción de seudo-desacuerdos en el debate académico, disputas que aparentemente versan sobre cómo modelar cierta actividad, pero que dependen en realidad de cómo entiende cada

12. Es decir, las aserciones que componen lo que más adelante denominaré «discurso *acerca del* modelo» (véase §4).
13. Se las invoca para demostrar que las hipótesis se eligen mediante una evaluación holística de plausibilidad explicativa (como lo sugeriría el *Story Model* de Pennington y Hastie), o en fragmentos menos decisivos, para dar cuenta de las dificultades de comprensión de cierto estándar de prueba. Véanse Allen & Pardo, 2019b, notas no 51, 77 y 86; y Pardo & Allen, 2008, notas no 3 y 35.
14. Este recurso es bastante utilizado. Se pueden encontrar ejemplos en Allen & Pardo, 2019b, notas no 51, 69, 71, 76 y 86.
15. En ellos se apoyan, fundamentalmente, cuando enuncian los criterios generales de plausibilidad (la consistencia, la coherencia, etcétera) y cuando caracterizan al RP como una evaluación comparativa. Véanse Allen & Pardo, 2019b, notas no 7, 73, 74 y 106; y Pardo & Allen, 2008, notas no 1 y 20.
16. Me refiero a *Inference to the Best Explanation* ([1991] 2004), la difundida obra en la que P. Lipton caracteriza dicha clase de razonamiento abductivo. Sobre su metodología, no exenta de ambigüedades, véase el comentario de van Fraassen (2005, pp. 344-346) a la segunda edición del libro, así como la respuesta del propio Lipton (2005, pp. 353-357). Cabe destacar, pero solo al pasar para evitar desviar el foco de atención, que hay una ligera similitud entre el modo en que Lipton entrelaza en su discurso lo fáctico con lo normativo y el modo en que lo hacen Allen y Pardo al formular su Modelo P-R.

contendiente la clase de modelo de que se trata[17]. Algo de esto puede advertirse en la discusión generada en torno al modelo que nos ocupa[18].

A continuación ofreceré dos alternativas interpretativas del Modelo P-R desde el punto de vista metodológico. Una consiste en entenderlo como una teoría empírica (§3) y la otra, en entenderlo como un arquetipo (§4). Intentaré demostrar que el Modelo P-R tiene dificultades insuperables si se lo encuadra en el primer registro, de las cuales se desprende si en cambio se elige la segunda alternativa. Durante el recorrido ofreceré una caracterización de la idea de modelos arquetípicos que permite sortear su relativamente escaso desarrollo metodológico.

3. EL MODELO DE LA PLAUSIBILIDAD RELATIVA COMO UNA TEORÍA EMPÍRICA

El objetivo principal del Modelo P-R es «descriptivo y explicativo», como indican sus creadores. Por eso comenzaré por la posibilidad de interpretarlo como una teoría empírica, lo más cercano a tal propósito. ¿Puede ser interpretado de tal manera? Esta pregunta no es empírica sino analítica. Remite a si, de acuerdo con el modo ordinario de entender las teorías empíricas en la filosofía de la ciencia, el Modelo P-R calificaría o no como una de ellas, tal como ha sido formulado[19].

El término «modelo» es utilizado con frecuencia tanto en el ámbito científico como en el Derecho bajo distintas acepciones. Esto puede generar algunas ambigüedades que quisiera evitar. En el ámbito científico se recurre a «modelo» al menos en dos sentidos[20]. Ambos expresan una relación de *representación* de un ente respecto de otro, como la que se traza entre una pintura y el objeto en ella pintado[21]. Pero, por fuera de ello, detentan una marcada diferencia: en uno se habla de «modelo» para referir al objeto pintado y en otro para referirse a la pintura que representa al objeto. En el ámbito de las ciencias formales lo común es llamar «modelo» a la *realización* de una teoría, al fragmento de la

17. G. Carrió (1986, p. 95 y ss.) les llamaba «seudo-disputas» a los desacuerdos en el estudio del Derecho originados en equívocos verbales. Estos desacuerdos dejan de serlo, se disuelven, elucidando los conceptos claves que orbitan en torno a la discusión.
18. Tengo en cuenta especialmente los comentarios que compendia el número especial dedicado al Modelo P-R en la *International Journal of Evidence & Proof* (2019, volumen 23).
19. Téngase en cuenta que las reglas que indican en qué consiste el (un) método científico, y de su mano qué es lo que cuenta como una teoría empírica, tienen base convencional. La metodología de la ciencia empírica no es, en sí misma, una ciencia empírica. Este es el punto de vista adoptado, por ejemplo, por Popper (2005, Capítulo 2), quien ha concebido al método científico como un conjunto de reglas a seguir en la investigación que, elegidas convencionalmente, satisfacen ciertos criterios (también convencionales), como la coherencia, utilidad y necesidad (pp. 31-34).
20. Véase el paneo ofrecido al respecto por Mosterín (2000, Capítulo 10). También puede consultarse a Suppes (1960) y Ferrater Mora (1973, 1994, p. 216).
21. Tomo la metáfora de Ferrater Mora, 1973, p. 89.

realidad donde la misma se cumple[22]. En cambio, en el ámbito de las ciencias empíricas suele utilizarse el término en un sentido distinto, más que eso, invertido; en ocasiones se habla de «modelo» para referirse a una *teoría empírica*. Esta última es la acepción que exploraré en la presente sección.

Entre una amplia gama de actividades, las ciencias empíricas llevan adelante dos empresas eminentes: la *descripción* de la realidad tal cual es, mediante el registro sistemático de datos, y la formulación de *teorías* a su respecto, que explican la realidad y que permiten hacer predicciones y retrodicciones partiendo de lo conocido[23]. Mientras que una descripción responde a la pregunta sobre qué es lo que sucede (o ha sucedido) en la realidad, una teoría nos dice por qué se da (o se ha dado) ello. Saber que el refrigerador no está funcionando es distinto a saber por qué no lo hace, algo que podría explicarse –imaginemos– por las frecuentes oscilaciones en la tensión eléctrica que produjeron que el motor del artefacto se quemara.

El discurso de las ciencias empíricas se conforma por tres piezas básicas: datos, leyes y teorías. Que el refrigerador no funciona y que el motor está quemado son *datos* empíricos obtenidos a partir de la experiencia. Se dice normalmente que éstos resultan explicados cuando se conocen sus causas[24]. Y las herramientas principales para concretar dicha tarea son las *teorías*, o siendo más preciso, las leyes y las teorías propiamente dichas. Mientras que los datos se expresan a través de enunciados singulares, éstas consisten en generalizaciones. Por ejemplo, la suerte del refrigerador de nuestro ejemplo podría explicarse sobre la base de una ley como la siguiente: «Las oscilaciones de tensión llevan frecuentemente a que se quemen los motores de los artefactos eléctricos»[25].

En línea con lo señalado, podemos entender del siguiente modo a los modelos de RP como teorías empíricas. Se tratan de aquellos discursos que explican el fenómeno del RP en todo o en parte, tal como se da en cierto contexto espaciotemporal, y que permiten hacer predicciones y retrodicciones a su respecto. El criterio de corrección de

22. Tarski utiliza este sentido en su teoría de modelos. Para él «un modelo es una entidad no lingüística en la que se satisface una teoría» (Suppes, 1960, p. 289, traducción propia). Así, por ejemplo, «nuestro sistema planetario es un modelo de la teoría de Kepler» (Mosterín, 2000, pp. 245-246).
23. Véase von Wright, 2001, p. 16. Se llama «predicción» a la inferencia que versa sobre hechos futuros y «retrodicción» a la que tiene por objeto hechos pasados.
24. En la ciencia empírica «explicar» suele entenderse como desentrañar las causas de los fenómenos (Cartwright, 2004; Hempel, 1965, p. 347 y ss.; Salmon, 1998, p. 3, 2006, pp. 46, 106). Parece haber acuerdo en que toda relación causal permite explicar fenómenos, pero que toda explicación dependa de hallar una relación de causalidad es objeto de controversia, como se advierte en Hempel, 1965, pp. 352-354; y Salmon, 2006, pp. 149-150.
25. Los datos, las leyes y las teorías están en niveles distintos, según su entendimiento estándar en el empirismo lógico. En un primer nivel tenemos los datos, sucesos particulares revelados por la observación. En un segundo nivel tenemos las leyes empíricas referidas a los hechos observables. Y en un tercer nivel tenemos las teorías, enunciados con un mayor grado de abstracción que se refieren a fenómenos inobservables y que explican las leyes. Por más detalles véanse Hempel, 1966, Capítulos 5-6; Nagel, 1961, p. 79 y ss.; Popper, 2005, Capítulo 3; y Salmon, 1971, pp. 6-7.

estos discursos es la correspondencia de lo que enuncian con la realidad[26]. Por ende, para ser correctos han de representar al fenómeno del RP tal cual es, incluyendo tanto los aspectos que bajo otros criterios se considerarían positivos, como los que conllevarían rechazo o desaprobación (piénsese, por ejemplo, en los razonamientos con defectos lógicos o en aquellos gobernados por estereotipos o simplemente por la pereza intelectual). Mostrar lo que sucede sin valorar es el quid de todo acercamiento empírico a un fenómeno cualquiera[27].

Algunos ejemplos servirán para ilustrar la especie de modelo de la que se habla aquí. Por un lado, no puede dejar de mencionarse la investigación de Pennington y Hastie (1991) –citada por Allen y Pardo como apoyo– en que presentan su *Story Model*, una teoría cognitiva de la toma de decisiones por parte de los jurados. En ella se propusieron «desarrollar una descripción científica de la mente del jurado tal y como se revela en el proceso de toma de decisiones» en el proceso judicial. Y su conclusión principal fue que lo que hacen los jurados, de hecho, es procesar los datos provenientes de las pruebas y «crear un resumen significativo» (una *historia*) «que explique lo que ocurrió en los acontecimientos descritos» por esas fuentes[28]. Por otro lado, también se pueden señalar otras investigaciones consagradas al razonamiento judicial en general. Una de ellas es la llevada adelante por Danziger (2011), donde se estudiaron los factores que explicaban el contenido de la decisión de conceder o no la libertad condicional a personas privadas de la libertad. ¿Eran sólo las normas vigentes o había algo más? La tasa general de rechazos de esos beneficios era del 64,2%. Sin embargo, se advirtió que se reducía aproximadamente al 35% cuando los jueces acababan de retomar el trabajo luego de la pausa, y aumentaba a medida que pasaba más tiempo desde ese hito, hasta acercarse al 100% en el momento inmediato anterior a un nuevo descanso (p. 6890). Había otro factor, más allá de las normas vigentes y las particularidades de los casos, que explicaba tales decisiones.

Volvamos ahora a la pregunta inicial: ¿puede ser considerado como una teoría empírica el Modelo P-R? La respuesta es negativa.

El Modelo P-R no puede ser considerado una teoría empírica porque, tal como es concebido por sus autores, se trata de un discurso que tiene pretensiones incompatibles con la búsqueda de una descripción y explicación exacta del fenómeno del RP. Pretender que el modelo «encaje» en lo que mandan las normas, supone aceptar distanciarse de lo que el fenómeno realmente es para formular una *descripción corregida* de la realidad, lo

26. ¿Bajo qué condiciones cabe afirmar que una hipótesis se corresponde con la realidad? La respuesta es objeto de debate. Popper ha observado que el método científico no está en condiciones de seleccionar positivamente las hipótesis verdaderas, pero sí es capaz de realizar una selección negativa, esto es, excluir aquellas que se hayan demostrado falsas. Cuando no es el caso, cuando luego de haber intentado no se han encontrado razones para desechar una hipótesis, se dice que esta resulta «corroborada» (y que *puede ser* verdadera). Véase Popper, 1972, Capítulo I.7, pp. 13-17.
27. Véase, en este sentido, lo que señala van Fraassen (2005, p. 345) al comentar la obra de Lipton.
28. Conf. Pennington & Hastie, 1991, p. 519, traducción propia.

cual no puede tenerse por una descripción en sentido estricto. Los dos grandes objetivos del modelo, describir-explicar y guiar la conducta, remiten a métodos que están en tensión entre sí. Si se diera que la realidad no se ajusta al mandato de las normas, una de las dos empresas necesariamente naufragaría. Tendría que elegirse entre describir lo normativamente incorrecto, o formular un modelo que, sin ser verdadero, se ajuste a lo debido. Cualquier corrección del modelo sobre la realidad, para lograr el encaje, supone dejar de describirla.

Proponerse demostrar cómo es que razonan los jueces acerca de los hechos probados en juicio, además, podría ser sorpresivo e inconveniente para una empresa que pretenda, directa o indirectamente, guiar su conducta. En particular si se encontrara que aquello que explica realmente las decisiones sobre los hechos probados en un contexto espaciotemporal determinado es algo que nada tiene que ver con criterios de suficiencia probatoria sino con cuestiones más mundanas, como si quien decidía estaba cansado y quería terminar rápido la sesión, o más lamentables, como la adhesión consciente o inconsciente a estereotipos en contra de una de las partes, entre tantos otros factores que ciertas investigaciones empíricas han encontrado relevantes y con potencial explicativo en algunas ocasiones. Una empresa cognoscitiva, si no quiere estar reñida con su propio registro metodológico, tiene que dar cuenta también de todos esos casos que podríamos denominar de «*insana* crítica»[29]. Pero eso no es lo que los autores pretenden, ni logran, hacer.

Por otra parte, la interpretación del Modelo P-R como una teoría empírica lo perjudica notablemente, exponiéndolo a una crítica que sus creadores no han sabido responder. Me refiero al cuestionamiento que le imputa no estar fundado lo suficiente en investigaciones empíricas[30]. ¿Realmente deciden los jueces (estadounidenses) del modo en que el Modelo P-R indica? Siguiendo este modelo, ¿podría predecirse el modo en que se van a decidir uno o una serie de casos concretos? Allen y Pardo no están en buenas condiciones para responder ya que no han conducido estudios que sustenten sus aserciones[31]. En cambio, se han limitado a mencionar ciertas investigaciones que apoyan algunas de sus afirmaciones (como la de Pennington y Hastie ya mencionada), pero también otras que –como llamativamente parecen reconocer– debilitan aserciones muy importantes para su propuesta. Mientras que el Modelo P-R asume que los jueces (jurados) utilizan distintos estándares de prueba según la materia de que se trate, los

29. Lo contrario a la «sana crítica», aquel criterio que debe guiar el razonamiento probatorio judicial según lo que suelen prescribir los sistemas procesales iberoamericanos.
30. Véanse, por ejemplo, Hastie, 2019; Simon, 2019; y Vázquez, 2019. Por otro lado, también se le cuestiona no ser un modelo lo suficientemente preciso y propositivo acerca de los criterios de plausibilidad en las explicaciones. Por ejemplo, en Amaya, 2019; Clermont, 2019; y Vázquez, 2019.
31. En su defensa, han afirmado que no se puede pedirle a la P-R que explique «cada aspecto de una práctica social tan compleja y dinámica como la prueba judicial» ni que prediga todo (Allen & Pardo, 2019b, p. 23). Sin embargo, esta no es una buena respuesta a un cuestionamiento que no le reprocha al Modelo P-R el carecer de alcance universal, sino la falta de pruebas suficientes a favor de lo que sostiene, tenga el alcance que tenga.

autores mencionan investigaciones en las cuales se reporta que al menos uno de esos criterios no sería comprendido por los jurados como es esperado cuando son instruidos a aplicarlo[32].

Una de las ventajas de los enfoques explicacionistas, apuntan Allen y Pardo, es que «proporcionan cierta claridad al especificar los criterios que le dan contenido» a los estándares de prueba[33]. Pero lo hacen, claro está, alejándose de la posibilidad de concretar cabalmente cualquier aspiración netamente descriptiva.

Ahora bien, el rechazo de la filiación como teoría empírica del Modelo P-R no lo condena al ostracismo. Hay una interpretación más caritativa que lo rescata de ese destino, pero que es necesario desarrollar con detenimiento. Lo intentaré a continuación.

4. EL MODELO DE LA PLAUSIBILIDAD RELATIVA COMO ARQUETIPO

Recuperemos la idea de *descripción corregida*. Según su entendimiento habitual, para ser correctas, las descripciones y explicaciones han de reflejar su objeto tal cual es. Desde el momento en que se lo corrige, buscando satisfacer otros criterios distintos a la correspondencia con la realidad, se deja de hacer ciencia empírica. Esto es exactamente lo que sucede con el Modelo P-R. ¿Pero podría interpretarse de un modo que su parcial despegue de la realidad no le resulte problemático, bajo otro registro metodológico más acorde con lo que sus creadores pretenden construir? La pregunta nos conduce hacia la idea de modelos arquetípicos.

Unas páginas atrás señalé que el término «modelo» suele utilizarse en más de un sentido, no sólo en el ámbito científico sino también en el Derecho. En *Modelli nella filosofia del diritto* (1968), E. Di Robilant ha estudiado las distintas acepciones con que se recurre al vocablo en la arena iusfilosófica. Por la frecuencia en que se usan, señala que las más relevantes son estas cuatro: «modelo» como teoría empírica, como norma de conducta, como analogía y como arquetipo[34]. Cada una de ellas tiene su propio correlato metodológico, es decir, denotan discursos a los que se aplican distintos criterios de corrección[35]. De la primera ya nos hemos ocupado. En esta sección me enfocaré en

32. En efecto, destacan que algunos «[e]studios empíricos confirman que el estándar» de la prueba clara y convincente «es poco comprendido» (conf. Allen & Pardo, 2019b, p. 16, n. 77, y sus citas).
33. Conf. Allen & Pardo, 2019b, p. 17, n. 77.
34. Véase Di Robilant, 1968, Capítulo II. Los términos con que expreso cada variante son una adaptación propia. En Wróblewski (1992, Capítulo III) se encuentra una aproximación con algunas similitudes, enfocada en el razonamiento judicial.
35. Conf. Di Robilant, 1968, pp. 63-64, 185-186. La obra citada parte del rechazo a una comprensión reduccionista del ámbito de estudio de la Filosofía del Derecho y se dedica a sistematizar distintos conceptos de modelo y sus respectivos criterios de corrección según el tipo de objetivo perseguido al investigar. Cada objetivo tiene su modelo y cada modelo, sus criterios.

la última variante (§4.1), lo que dará pie para proponer una lectura del Modelo P-R dentro de su molde (§4.2).

4.1. Modelos arquetípicos de razonamiento probatorio judicial

Para empezar, presentaré una caracterización de la idea de modelo arquetípico, haciéndome cargo de un problema que Di Robilant ya señalaba en su tiempo y que aparentemente no ha sido resuelto todavía, al menos en lo que concierne al estudio del razonamiento probatorio judicial. Observaba el autor que, en comparación con otras acepciones, y pese a ser la más utilizada en su momento en el discurso de la Filosofía del Derecho, la versión arquetípica había sido la menos elaborada a nivel metodológico, en desmedro del rigor de los discursos denotados por ella. En sus palabras:

> La misma variedad de fenómenos a los que se refiere y la misma diversidad de contextos en los que se utiliza el término 'modelo' bajo esta (…) acepción, hacen que los matices y oscilaciones que en él se advierten sean más numerosos que para los otros significados. Se puede afirmar, por lo tanto, que esta acepción de 'modelo' es la menos rigurosa, la que ha tenido una elaboración menos consciente, o no la ha tenido en absoluto. Esta falta de elaboración, y consecuente imprecisión en la definición, nos lleva a pensar que, en este sentido, el término 'modelo' ha sido importado en la Filosofía del Derecho un poco de oído, quizás a raíz del éxito que ha tenido en las ciencias, pero asignándole simplemente uno de los significados que tiene en el lenguaje común. (Di Robilant, 1968, pp. 73-74, traducción propia)

Mediante una serie de definiciones estipulativas, buscaré contribuir a que la acepción que nos ocupa escape de esa objeción, particularmente cuando el RP resulta el fenómeno a modelar[36].

Un modelo arquetípico, como lo entenderé, consiste en un discurso con el cual se representa un fenómeno. Pero no es precisamente su espejo, no pretende mostrarlo tal como se da en la realidad. Tampoco expresa cómo debe darse. Se trata más bien de la *determinación*[37] de cómo se conforma su versión ideal o ejemplar según ciertas máximas o asunciones. Los discursos que denomino «modelos arquetípicos» –mejor dicho, el acto de emitirlos– tienen una función que no es ni cognoscitiva ni normativa, sino determinativa. Con ellos se aspira a establecer cuáles son las propiedades que han de tener las instancias de un fenómeno genérico para calificar como conformes a su versión ideal, aquellos rasgos que distinguen a sus casos (considerados) ejemplares de aquellos

36. Recuérdese lo señalado al comienzo del apartado §3 acerca de la base convencional de las reglas que indican en qué consiste el método científico. Las reglas metodológicas de la construcción de arquetipos descansan sobre un pilar de igual naturaleza.
37. Uso «determinar» en el sentido en que lo hace von Wright (1963, pp. 3-6) al referirse a las leyes de la lógica: ellas no prescriben como debemos razonar, tampoco describen como razonamos; *determinan* lo que cuenta como razonar correctamente.

que no lo son[38]. Su forma básica es la siguiente: «Las instancias arquetípicas de X tienen tales o cuales propiedades», donde X denota aquello sobre lo que el modelo predica.

De la definición puede advertirse que el discurso correspondiente a los modelos arquetípicos tiene un componente evaluativo. Cuando se afirma que la posesión de tales o cuales propiedades hace que algo sea ejemplar en su género, se la está valorando positivamente frente a lo contrario: la carencia de esas propiedades. Percatados de ello, se vuelve interesante clarificar los papeles que cumplen, así como los que no cumplen, estos juicios de valor en los discursos arquetípicos referidos al RP.

Incluso teniendo en claro de qué se habla cuando se refiere a un «modelo arquetípico», todavía podría preguntarse qué es lo que hace a unos mejores que otros. Cuáles son, en otras palabras, los criterios de corrección de estos discursos. En mi propuesta, tales pautas están dadas –principalmente– por la relación instrumental que se dé entre las instancias de un modelo dado y el logro de uno o varios objetivos que han de alcanzarse según ciertas *máximas* últimas que guían su formulación[39]. Un modelo arquetípico determinado será más o menos correcto de acuerdo con el grado de satisfacción en sus objetivos que se logra (o lograría) si las instancias de aquello que es modelado poseyeran las propiedades que según él las vuelven ideales. El componente evaluativo mencionado en el párrafo anterior radica, precisamente, en la elección o aceptación de los objetivos que guían la formulación del modelo y deben ser perseguidos por sus instancias.

Siempre es posible inquirir, respecto de un modelo arquetípico dado, por qué las propiedades a él asignadas son unas y no otras. Eso da pie a una actividad argumentativa, a un discurso referido al modelo en el cual se incorporan razones a favor de dicha elección. Podemos distinguir, así, entre el discurso *del* modelo y el discurso *acerca del* modelo. El primero es aquel que determina las propiedades que algo ha de tener para ser ejemplar en su género. El segundo, en cambio, se posa en un nivel de lenguaje superior, es un metadiscurso que versa sobre un modelo determinado: lo justifica, critica, ordena llevarlo a cabo, describe tal como ha sido formulado, etcétera. La tarea de justificación, de ser continuada lo suficiente, culminará indefectiblemente con el apoyo en las mencionadas máximas.

En línea con la definición propuesta, un modelo arquetípico de razonamiento probatorio judicial (RP) consiste en un discurso con el cual se representa la versión ideal del RP, respecto de todos o algunos de sus elementos. Lo «representa» determinando las propiedades que han de tener las instancias de este fenómeno para ser ejemplares en

38. De este modo se divide el conjunto de los casos que son instancias del fenómeno genérico concernido en dos subconjuntos (excluyentes entre sí y mutuamente exhaustivos), en uno se ubican sus casos arquetípicos y en otro, los que no lo son.

39. Acoto «principalmente» porque puede pensarse también en otros criterios de corrección auxiliares. Por ejemplo, en un criterio de *economía de propiedades*, según el cual los modelos deban incluir exclusivamente aquellas propiedades que lleven a cumplir con sus objetivos. Esto evitaría que se le negara el carácter arquetípico a un fenómeno que tenga todas las propiedades relevantes para lograr sus propósitos pero que carezca de otras que sean irrelevantes a dicho efecto.

su género, de acuerdo con ciertas premisas que se asumen como máximas. El criterio de corrección de este discurso es su aptitud para alcanzar el estado de cosas en que se cumplen (siempre o frecuentemente) los objetivos a los que responde, según los resultados esperables de la concreción de RP que sean instancias de su arquetipo[40].

Si bien los modelos arquetípicos de RP no tienen directamente una función normativa[41], sí la tienen de manera indirecta. Cuando los sistemas jurídicos mandan a valorar la prueba de conformidad con las reglas de la «sana crítica»[42], podría interpretarse que el *contenido* de tales normas de conducta remite, precisamente, a un modelo arquetípico. Los operadores jurídicos a los que les toca probar o resolver si se ha probado la ocurrencia de ciertos hechos en un proceso judicial suelen preguntarse en qué consiste el contenido de una prescripción como esa. La respuesta demanda, en mi opinión, un ejercicio de determinación como el que se está caracterizando aquí, y es algo que no pueden proveer los modelos teórico-empíricos de RP, básicamente porque, de ser fieles a su naturaleza, habrán de dar cuenta también de las experiencias recalcitrantes, de los casos de *insana* crítica.

Las *máximas* de los modelos arquetípicos de razonamiento probatorio no están dadas, sino que son –al menos potencialmente– objeto de debate en la Filosofía de la Prueba. Para el ámbito judicial, me parece plausible asumir, por lo menos, las tres que listaré a continuación; criterios que también son los que subyacen –según mi interpretación– en el discurso que ofrecen Allen y Pardo acerca del registro metodológico de su Modelo P-R.

a) *La verdad como faro*. De acuerdo con la primera máxima, un RP arquetípico ha de basarse en criterios inferenciales que, de ser seguidos, ayuden a lograr el objetivo de averiguar la verdad[43]. En este punto, la relación entre la actividad de determinar modelos arquetípicos y la actividad jurisdiccional es similar a la que se traza entre la epistemología y la investigación científica: una se refiere a cómo razonar, asumiendo el objetivo de averiguar la verdad, y la otra recolecta pruebas sobre la base de algún método y razona acerca de las conclusiones que cabe extraer de los elementos hallados.

b) *Lo posible como límite*. De acuerdo con la segunda máxima, un RP arquetípico no debe incluir conductas que no puedan, material y humanamente, realizarse.

40. No cabe confundir el criterio de corrección *del discurso determinativo* de un modelo arquetípico, con los criterios de corrección *del razonamiento probatorio* de acuerdo con un modelo arquetípico dado.
41. Como tampoco lo tiene el discurso de la lógica, siguiendo con la observación de von Wright mencionada unas páginas atrás a propósito del uso del término «determinar».
42. La mayoría de los sistemas procesales iberoamericanos en materia civil adoptan el criterio de la libre valoración de la prueba y se refieren a él como regla de la «sana crítica». Su fuente histórica probablemente se encuentre en el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 1855 (Couture, 1948, p. 184).
43. La asunción de una relación teleológica entre prueba y verdad es uno de los componentes de la concepción racionalista de la prueba. Véanse Accatino, 2019, p. 6; y Ferrer Beltrán, 2005, p. 55 y ss.

Lo que se determine como arquetípico ha de poder llevarse a cabo por los sujetos involucrados en dicha actividad mediante esfuerzos razonables[44].

c) *El derecho como límite*. De acuerdo con la tercera máxima, si un modelo arquetípico de RP dado le da contenido a una norma de conducta sobre la valoración de la prueba, tal norma debe resultar consistente con las demás normas del sistema jurídico que rigen la prueba judicial. Lo que no se daría, por ejemplo, si la primera mandara algo (v.g., «obligatorio valorar todas las pruebas disponibles al momento de la decisión, estén incorporadas o no al proceso») que otra norma del sistema prohíba, total o parcialmente, hacer (v.g., «prohibido valorar las pruebas no incorporadas al proceso»). En un supuesto así, no habría conducta que los destinatarios de las normas pudieran realizar y los mantuviera indemnes, sin incumplir norma alguna[45].

El recorrido realizado hasta este punto arroja alguna claridad sobre el lugar de los discursos prescriptivos y cognoscitivos *acerca de* los modelos arquetípicos. Los discursos prescriptivos pueden operar en dos niveles discursivos: cuando se ordena llevar a cabo un modelo dado (norma de conducta que lo tiene como objeto) y cuando se eligen las máximas a las que un modelo dado debe responder (juicio de valor epistémico o moral). Por su parte, los discursos cognoscitivos operan típicamente al nivel de las máximas. Si una máxima consiste en acercarse a la verdad, las pautas de inferencia deben apoyarse en métodos epistemológicos fiables y esto último –la fiabilidad de un método– puede ser objeto, al menos parcialmente, de corroboración empírica. Si otra máxima consiste en no exigir lo que no puede humanamente realizarse, será preciso contar con descripciones acerca de cuáles son las capacidades y límites cognoscitivos de los sujetos puestos a razonar acerca de los hechos probados en juicio. Si otra máxima consiste en no llevar a inconsistencias con las otras normas que rigen el RP, se necesitará incorporar como premisas proposiciones normativas que informen cuáles son y en qué consisten esas normas.

44. Esta conocida máxima moral según la cual «debe implica puede» también se trata, en la mirada de B. Celano (2013, sec. 4), de un requisito básico del Estado de Derecho (al que denomina *compliability*). Celano adopta una concepción instrumental del Estado de Derecho según la cual esta idea comprende todo aquello necesario para lograr el propósito de guiar el comportamiento humano mediante reglas, respetando así la dignidad de las personas (p. 133). La razón de ser del requisito que nos ocupa es que este objetivo solo se cumple si lo ordenado es «humanamente posible», es decir, cuando además de ser lógica y físicamente posible, está al alcance de las habilidades y capacidades de personas normales (p. 141).

45. Según Celano (2013, sec. 4), la consistencia es otro de los requisitos básicos del Estado de Derecho, por idénticas razones que las del requisito anterior: cuando una misma conducta es objeto de dos normas contradictorias entre sí, no se cumple el objetivo de guiar la conducta de las personas mediante reglas ni se respeta su dignidad (pp. 139-140).

4.2. El Modelo de la Plausibilidad Relativa como arquetipo

El Modelo P-R sale muy favorecido si es interpretado como un arquetipo. Un entendimiento que va en contra de lo que sus creadores han postulado expresamente pero resulta más acorde con los propósitos de su empresa.

Según la interpretación alternativa que propongo, en vez de afirmar que el Modelo P-R «describe y explica» el fenómeno de la prueba judicial, para fortalecerlo y blindarlo de ciertas críticas debería sostenerse, en cambio, que expresa su *arquetipo*. Este discurso consistiría, bajo la nueva lente, en un modelo que da cuenta del razonamiento probatorio judicial en su versión ideal según ciertas máximas, tomando en cuenta la realidad. La realidad actúa como *faro*, al indicar qué métodos son fiables para realizar inferencias. Pero también actúa como un *límite* que se posa tanto sobre las capacidades cognitivas de quienes realizan estas operaciones como sobre lo ordenado por las normas que rijan la prueba judicial.

Sus autores podrían sostener que el Modelo P-R cumple con todo ello. Parecen estar en buenas condiciones de defender, entre otras aristas, que la Inferencia a la Mejor Explicación (en las raíces del modelo) es un método fiable que no supera las capacidades cognoscitivas de los operadores jurídicos (dado que es practicada por el común de las personas)[46].

Esta interpretación armoniza el interés de Allen y Pardo de ser sensibles a lo que pasa en la realidad, con la pretensión de que el modelo encaje con el contexto normativo que rodea al proceso, incluyendo la pretensión de que el modelo formulado, de ser seguido, sea propicio para que los operadores arriben a conclusiones verdaderas.

Por otra parte, la lectura sugerida tiene la virtud de delimitar el objeto legítimo de las críticas de naturaleza empírica al Modelo P-R de una manera en que este discurso puede defenderse mejor a como lo haría si se lo inscribe en un registro metodológico teórico-empírico. Interpretado como un modelo arquetípico, las objeciones no podrían legítimamente consistir en que no se haya probado que todos, la mayoría o cierta

46. En algunos de los comentarios al Modelo P-R se propone una interpretación similar. Por ejemplo, M. Spottswood (2019) la caracteriza como un híbrido entre un modelo descriptivo (psicologista y doctrinario) y uno normativo, en el que se sacrifica profundad por amplitud. E. Kolflaath (2019) propone una metodología como esta para empresas como el Modelo P-R: establecer un método de razonamiento fiable, que los jueces sean capaces de llevar a cabo (véase pp. 122 y ss.). También Michael S. Pardo (2013, pp. 598-599), por sí solo, parece estar cerca de esta interpretación al distinguir entre los proyectos *empíricos* (así califica al *Story Model*, de corte psicológico) y los proyectos *teóricos*, como califica a la concepción explicativa de la prueba judicial (donde se inscribe el Modelo P-R). La superposición entre ambos, señala, es virtuoso para la teoría porque la hace coherente con los procesos de razonamientos que realmente realizan los operadores y, de ese modo, hace más factibles las prescripciones basadas en ella. En lo que divergen los modelos que surgen de los respectivos proyectos, afirma, la teoría ofrece una *guía normativa*. Esto es lo mismo que decir que la «teoría», como la está entendiendo Pardo, expresa un modelo arquetípico que se ajusta por lo que los operadores son capaces de hacer y por el contexto institucional y las reglas que rigen la práctica (esto es, poniendo a lo posible como límite).

proporción de los operadores razonan como el modelo lo indica, básicamente porque no consistiría en un discurso cognoscitivo, sino en uno determinativo (del arquetipo del fenómeno sobre el que versa). Así, el objeto legítimo de las críticas de naturaleza empírica no recae sobre el discurso del modelo sino sobre el valor de verdad de las premisas cognoscitivas contenidas en el discurso *acerca del* modelo que justifican su formulación (aquellas que justifican que se le asigne al modelo tales o cuales atributos); en este caso, sobre aquellas premisas según las cuales la Inferencia a la Mejor Explicación contiene criterios inferenciales fiables y los operadores son cognitivamente capaces de llevarla a cabo, al contrario de lo que sucedería con los enfoques probabilistas. Estos puntos tampoco han recibido un apoyo significativo en los artículos de Allen y Pardo estudiados, pero son más fáciles de defender que la correspondencia del Modelo P-R con la realidad.

En paralelo a ello, la interpretación del Modelo P-R como un arquetipo también debería llevar, por coherencia, a reformular algunas de las críticas que Allen y Pardo hacen a los enfoques probabilistas del RP. Por ejemplo, cuando les achacan ser «inconsistentes con el modo en que los jurados procesan y razonan acerca de la evidencia» (2019b, p. 13), las razones por las cuales esto sería un problema deberían relacionarse con la imposibilidad (acreditada) de estos operadores de comportarse como los probabilistas proponen (la realidad como límite) y no simplemente con que no se corresponde con la realidad (criterio de corrección propio de un modelo teórico-empírico).

5. CONCLUSIONES

En este trabajo me ocupé de algunas cuestiones metodológicas de la actividad de modelar el razonamiento probatorio judicial (RP), a partir del análisis crítico del Modelo de la Plausibilidad Relativa (P-R) formulado por Ronald J. Allen y Michael S. Pardo.

En primer lugar, ofrecí una reconstrucción del Modelo P-R enfocada en la metodología que adopta, según sus autores. El trabajo permitió advertir una doble valencia metodológica: con ese discurso se pretende describir cómo deciden los jueces acerca de los hechos probados en el proceso judicial y, al mismo tiempo, guiar estas decisiones de un modo consistente con lo que mandan ciertas normas jurídicas. Lo cual es un problema ya que ambas empresas resultan incompatibles entre sí cuando son asumidas simultáneamente por el mismo discurso. Tal ambivalencia resulta problemática, además, porque dificulta la comprensión de la naturaleza de las aserciones que componen el modelo y favorece las confusiones en el debate académico a su alrededor.

En segundo lugar, estudié la posibilidad de interpretar el Modelo P-R como una teoría empírica y, luego de caracterizar este tipo de discursos, me incliné por la negativa. Como lo conciben sus autores, se trata de un discurso que tiene pretensiones incompatibles con la búsqueda de una descripción y explicación exacta del fenómeno

del RP. Pretender que el modelo «encaje» en lo que mandan las normas jurídicas supone aceptar distanciarse de lo que el fenómeno realmente es para formular una *descripción corregida* de la realidad, lo cual no puede tenerse por una descripción en sentido estricto.

En tercer lugar, propuse una interpretación alternativa del Modelo P-R, el entenderlo como un arquetipo. Bajo esta lente, en un discurso que da cuenta del razonamiento probatorio judicial en su versión ideal según ciertas máximas, tomando en cuenta la realidad. La realidad actúa como *faro* al indicar qué métodos son fiables para realizar inferencias. Pero también actúa como un *límite* que se ubica tanto en las capacidades cognitivas de quienes realizan estas operaciones como en lo ordenado por las normas que rijan la prueba jurídica. Interpretado de tal manera, el Modelo de la Plausibilidad Relativa se sitúa en una mejor posición para afrontar las críticas que ha recibido acerca de su falta de apoyo en investigaciones empíricas.

BIBLIOGRAFÍA

Accatino, D. (2019). «Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora?» *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 39. https://doi.org/10.4000/revus.5559

Allen, R. J., & Pardo, M. S. (2019a). «Clarifying relative plausibility: A rejoinder». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 205-217. https://doi.org/10.1177%2F1365712718816760

Allen, R. J., & Pardo, M. S. (2019b). «Relative plausibility and its critics». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 5-59. https://doi.org/10.1177/1365712718813781

Allen, R. J., & Pardo, M. S. (2021). «Inference to the Best Explanation, Relative Plausibility, and Probability». En C. Dahlman, A. Stein, & G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press.

Amaya, A. (2019). «The explanationist revolution in evidence law». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 60-67. https://doi.org/10.1177%2F1365712718816239

Carrió, G. R. (1986). *Notas sobre derecho y lenguaje* (Tercera edición aumentada). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cartwright, N. (2004). «From Causation To Explanation and Back». En B. Leiter (Ed.), *The Future for Philosophy* (pp. 230-245). Oxford: Oxford University Press.

Celano, B. (2013). «Law as Power: Two Rule of Law Requirements». En W. Waluchow & S. Sciaraffa (Eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Clermont, K. M. (2019). «The silliness of magical realism». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 147-153. https://doi.org/10.1177%2F1365712718813797

Couture, E. J. (1948). *Estudios de derecho procesal civil* (Vol. 2). Buenos Aires: Ediar.

Danziger, S., Levav, J., & Avnaim-Pesso, L. (2011). «Extraneous Factors in Judicial Decisions». En *Proceedings of the National Academy of Sciences* (Vol. 108, Número 17, pp. 6889-6892).

Di Robilant, E. (1968). *Modelli nella filosofia del diritto* (Vol. 72). Bologna: Il mulino.

Ferrater Mora, J. (1973). «Pinturas y modelos». En *Filosofía y Ciencia en el Pensamiento Español Contemporáneo (1960-1970)* (pp. 87-98). Madrid: Tecnos.

Ferrater Mora, J. (1994). *Diccionario de filosofía: Vol. II*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.

Hastie, R. (2019). «The case for relative plausibility theory: Promising, but insufficient». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 134-140. https://doi.org/10.1177%2F1365712718816749

Hempel, C. G. (1965). *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science*. New York: The Free Press.

Hempel, C. G. (1966). *Philosophy of Natural Science*. London: Prentice-Hall.

Kolflaath, E. (2019). «Relative plausibility and a prescriptive theory of evidence assessment». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 121-127. https://doi.org/10.1177%2F1365712718815013

Lipton, P. (2004). *Inference to the Best Explanation* (First Edition: 1991). London: Routledge.

Lipton, P. (2005). «Review of Lipton's Inference to the Best Explanation (2004)». *Metascience*, 14(3), 353-361. https://doi.org/10.1007/s11016-005-3431-7

Mosterín, J. (2000). *Conceptos y teorías en la ciencia* (Primera edición: 1984). Madrid: Alianza Editorial.

Nagel, E. (1961). *The Structure of Science: Problems in the Logic of Scientific Explanation*. New York: Harcourt, Brace & World, Inc.

Pardo, M. S. (2013). «The Nature and Purpose of Evidence Theory». *Vanderbilt Law Review*, 66, 547-613.

Pardo, M. S., & Allen, R. J. (2008). «Juridical proof and the best explanation». *Law and Philosophy*, *27*(3), 223-268. https://doi.org/10.1007/s10982-007-9016-4

Pennington, N., & Hastie, R. (1991). «A Cognitive Theory of Juror Decision Making: The Story Model Decision and Interference Litigation». *Cardozo Law Review*, 13, 519-557.

Popper, K. R. (1972). *Objective knowledge: An evolutionary approach*. Oxford: Oxford University Press.

Popper, K. R. (2005). *The Logic of Scientific Discovery* (First English edition: 1959). London: Routledge.

Salmon, W. C. (1971). «Introduction». En W. C. Salmon (Ed.), *Statistical Explanation and Statistical Relevance* (Vol. 69, pp. 3-18). University of Pittsburgh Press.

Salmon, W. C. (1998). *Causality and Explanation*. Oxford University Press.

Salmon, W. C. (2006). *Four Decades of Scientific Explanation* (First Edition: 1989). Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Simon, D. (2019). «Thin empirics». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 82-89. https://doi.org/10.1177%2F1365712718815350

Spottswood, M. (2019). «On the limitations of a unitary model of the proof process». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 75-81. https://doi.org/10.1177%2F1365712718815341

Suppes, P. (1960). «A Comparison of the Meaning and Uses of Models in Mathematics and the Empirical Sciences». *Synthese*, 12(2/3), 287-301. https://doi.org/10.1007/978-94-010-3667-2_16

Van Fraassen, B. C. (2005). «Review of Lipton's Inference to the Best Explanation (2004)». *Metascience*, 14(3), 344-352. https://doi.org/10.1007/s11016-005-3431-7

Vázquez, C. (2019). «Less probabilism and more about explanationism». *The International Journal of Evidence & Proof*, 23(1-2), 68-74. https://doi.org/10.1177%2F1365712718815353

Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. New York: Routledge & Kegan Paul.

Von Wright, G. H. (2001). *A treatise on induction and probability* (First published in 1951, Vol. 7). London: Routledge.

Wróblewski, J. (1992). *The Judicial Application of Law* (Vol. 15). Berlin: Springer Science & Business Media.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 519-540
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.19

Jueces virtuosos

Virtuous Jugdes

Rocío Villanueva Flores

Autora:
Rocío Villanueva Flores
Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú
mrvillan@pucp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-0183-6558

Recibido: 31/12/2022
Aceptado: 21/11/2023

Citar como:
Villanueva Flores, Rocío (2024). Jueces virtuosos *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 519-540. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.19

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

La autora declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Rocío Villanueva Flores

Resumen

Este artículo aborda la importancia de tomar en cuenta determinados rasgos de carácter en la selección de jueces, no solo por el poder que ostentan y las altas exigencias de la función judicial, sino por los problemas graves de corrupción judicial, cuando ellos tienen lugar. Dar más importancia a ciertas virtudes en la selección de jueces no supone aceptar el perfeccionismo ético. Por el contrario, es preciso delimitar a qué tipo de virtudes nos referimos, de tal manera de no afectar de manera desproporcionada la autonomía individual. Sin embargo, son virtudes que deben ser practicadas tanto en el ámbito público como en el privado pues no hay que pensar que las personas cambiarán cuando asumen una función pública. Por ello, en la asignación de cargos judiciales, el Estado puede tomar partido por ciertas formas de vida, aquellas que puedan exhibir determinadas virtudes, como la de la integridad. La integridad es mencionada en los Principios Básicos de Naciones Unidas para la Independencia de la Judicatura o en el Código Iberoamericano de **É**tica Judicial. La autora propone que la integridad sea entendida como una virtud, compuesta a su vez por otras dos: la honestidad y la responsabilidad, las mismas que son definidas en el artículo.

Palabras clave: Autonomía; perfeccionismo ético; virtudes; integridad.

Abstract

This article addresses the importance of considering certain character traits in the selection of judges, not only due to the power they hold and the high demands of the judicial function, but also the serious problems of judicial corruption, when they occur. Placing more importance on certain virtues in the selection of judges does not mean accepting moral perfectionism. On the contrary, it is necessary to define the type of virtues to which we are referring, so as to avoid affecting individual autonomy

disproportionately. However, they are virtues that should be practiced in both the public and private spheres, as it should not be assumed that people will change when they take on a public role. Therefore, in making judicial appointments, the State can favor certain ways of living, those that show certain virtues, such as integrity. Integrity is mentioned in the Basic Principles of the United Nations on the Independence of the Judiciary and the Ibero-American Code of Judicial Ethics. The author proposes that integrity should be understood as a virtue composed, in turn, of two others–honesty and responsibility–which are defined in the article.

Keywords: Autonomy; moral perfectionism; virtues; integrity.

> *En la justicia están incluidas todas las virtudes. Es la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo*
>
> Aristóteles

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción judicial es un serio problema en cualquier democracia, más aún cuando involucra a las más altas instancias. A manera de ejemplo, en el año 2021, en Perú fueron destituidos tres jueces titulares de la Corte Suprema, tres fiscales supremos, un juez supremo provisional, el presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao y un juez constitucional de Lima. A esa lista hay que añadir la destitución por el Congreso de la República, en 2018, de otro juez supremo y de los integrantes del entonces Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), encargado de la selección de todos los jueces y fiscales del país[1]. Los mencionados jueces y fiscales, así como varios de los integrantes del ex CNM destituidos son presuntos integrantes de la organización criminal Los Cuellos Blancos del Puerto, investigada principalmente por tráfico de influencias, cohecho activo y pasivo.

Los conocimientos técnicos no han impedido que los jueces peruanos, incluidos los de más alto nivel, se involucren en actos de corrupción[2]. Uno de los jueces destituidos

1. En enero de 2019, la Constitución fue modificada para sustituir al CNM por la Junta Nacional de Justicia (JNJ). De acuerdo al artículo 154 de la Constitución, la Junta Nacional de Justicia es la encargada de nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles, así como de ratificarlos cada siete años. La JNJ también aplica la sanción de destitución.
2. En el año 2022, la JNJ sancionó con destitución al ex magistrado Hinostroza Pariachi, previamente destituido por el Congreso de la República en el 2018. Las resoluciones de destitución son un ejemplo de los severos problemas de corrupción judicial. El citado ex juez de la Corte Suprema fue sancionado por interferir a favor de la ratificación de un juez constitucional, realizar coordinaciones con una juez superior a favor del demandante (empresario) en un proceso de amparo contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mantener relaciones extraprocesales con el abogado de dos condenados a dieciocho años de prisión por narcotráfico (detenidos mientras transportaban más de ciento cincuenta kilos de alcaloide de cocaína), a fin de lograr su excarcelación, tener relaciones extraprocesales con un fiscal superior para lograr el levantamiento de la medida de incautación de dieciocho barras de oro de cincuenta kilos, ordenada en el marco de un proceso de lavado de activos, favorecer a un sentenciado

en el año 2021 había ocupado el primer puesto en la convocatoria de 2017, realizada por el ex CNM, para cubrir las plazas vacantes de jueces supremos. En otros casos eran docentes universitarios. En mi opinión, en un contexto de severa corrupción judicial como el peruano hay que prestar una mayor atención a ciertas virtudes en la selección de jueces, lo que en modo alguno implica dejar de tomar en cuenta los conocimientos técnicos de los postulantes a la judicatura.

La cuestión de las virtudes (de la excelencia personal) debe ser tratada con cautela a fin de no caer en posturas antiliberales, como el perfeccionismo ético. Por esa razón, este artículo empieza con una breve revisión de esta corriente de pensamiento. El artículo se ocupa también del poder de los jueces en las democracias contemporáneas y de las altas exigencias de la función judicial, pues ambos son aspectos que refuerzan la relevancia de ciertas virtudes; especialmente en el caso peruano. Una de tales virtudes es la integridad, a la que se refieren, por cierto, documentos internacionales, así como distintas normas nacionales. A la claridad de su concepto pretende contribuir, asimismo, este artículo.

2. PERFECCIONISMO ÉTICO, LIBERALISMO Y AUTONOMÍA PERSONAL: UNA BREVE REVISIÓN

Como se sabe, la concepción perfeccionista 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, por lo tanto, el Estado puede imponer a los individuos ideales de excelencia o planes de vida, al margen de sus preferencias personales (Nino, 1989, pp. 204-205; 2013, pp. 128 y 143).

La concepción perfeccionista se opone al principio de autonomía, que considera valiosa la libre elección de proyectos de vida y de ideales de excelencia humana. Los defensores de tal principio sostienen que al Estado le está vedado interferir en las conductas que no causen daño a terceros, pues tal interferencia podría «implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos» (Nino,1989, p. 205). Por tal razón, el Estado debe limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de los planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud o excelencia personal sin dar preferencia a ninguno de ellos[3].

Una primera cuestión que conviene advertir es que, liberales como Nino, defienden la objetividad en materia valorativa (Nino, 2013, p. 141). Es precisamente en aras de la

por tráfico de billetes falsos, en agravio del Estado peruano y de los Estados Unidos de Norteamérica; y realizar coordinaciones irregulares para la designación de dos juezas supernumerarias en la Corte Superior de Lima Sur. Véanse las Resoluciones N.° 082-2022-PLENO-JNJ, N.° 122-2022-PLENO-JNJ, N.° 130-2022-PLENO-JNJ.

3. En este artículo no me ocupo del paternalismo jurídico.

protección del valor objetivo de la autonomía individual que estos exigen que el Estado respete las distintas concepciones sobre la vida buena; es decir, los distintos modelos o ideales de vida personal. Sin embargo, hay también un liberalismo perfeccionista que sostiene la tesis de que el Estado «debe tener como uno de sus cometidos la promoción de formas de vida moralmente valiosas de las personas» (Colomer, 2001, p. 252). Es el caso de Raz, quien sostiene que la autonomía es un principio perfeccionista pues es valiosa solo si es usada para buscar proyectos y relaciones valiosos, si se ejerce para perseguir el bien (1987, p. 330), lo que no obsta a que haya estilos de vida valiosos, diferentes e incompatibles (2005, p. 131). Por lo tanto, el principio de autonomía no solo permite, sino que «requiere que los gobiernos creen oportunidades moralmente buenas y eliminen las repugnantes» (1986, p. 417; 1987, p. 330). De acuerdo con tal principio, los individuos deben contar con una adecuada gama o variedad de opciones para escoger durante el curso de sus vidas (1986, p. 347), aunque Raz no especifica cuáles son los parámetros de esa «adecuada» gama de opciones (Christman, 2017, p. 9). En esa medida, el objetivo de la acción política es posibilitar que los individuos persigan concepciones válidas sobre la vida buena y desalentar aquellas que son malas o vacías (Raz, 1986, p. 133). El valor moral de las formas de vida es fundamental para que puedan ser toleradas y protegidas.

De acuerdo con Nussbaum, las ideas de Raz suponen que los gobiernos tengan también como labor ordenar y clasificar las distintas doctrinas comprehensivas sobre el propósito de la vida (de su significado o su sentido último) en un *ranking* que establezca cuáles son genuinamente valiosas y cuáles no lo son, pero reafirmando al mismo tiempo que una pluralidad de doctrinas comprehensivas tienen valor moral (2011, p. 12)[4].

En oposición al liberalismo perfeccionista, desde el liberalismo político se exige el respeto por las personas y no por las doctrinas que ellas abrazan o por sus fundamentos, según Nussbaum (2011, p. 33). Ese respeto requiere que el Estado no se construya sobre la base del predominio de alguna doctrina comprehensiva particular, por más excelente que ésta sea (2011, p. 22; 2014, pp. 8-9 y 24). Eso sí, el liberalismo político demanda que el Estado garantice las condiciones básicas necesarias para elegir y vivir una vida humana buena y plena, sin patrocinios mal dirigidos o excesivamente enérgicos que puedan dar lugar a ciudadanos de primera y de segunda categoría (Nussbaum, 1990, p. 203; 2000, p. 347)2014, pp. 15 y 19).

El respeto por las personas y por su derecho a elegir concepciones de lo bueno no implica defender el relativismo pues, como señalaba Dworkin, no se puede «dar sentido a la experiencia ética a menos que supongamos que es objetiva: una vida particular no puede ser buena para mí solo porque yo piense que lo es, y yo puedo equivocarme al

4. Recordemos que Rawls denomina doctrinas comprehensivas a aquellas que «incluyen concepciones acerca de qué es lo valioso en la vida humana, ideales de virtud y carácter personales y cosas similares, que deben orientar gran parte de nuestra conducta no política (y, en el tope, toda nuestra vida)» (1988, p. 252). Las doctrinas comprehensivas deben extenderse más allá de las virtudes y valores políticos, deben incluir virtudes y valores no políticos.

pensar que una vida particular es buena» (1993, p. 141). Es más, Dworkin criticó lo que él denominaba la «estrategia de la discontinuidad», por la cual los filósofos liberales intentaban encontrar motivos por los que las personas ponen entre paréntesis sus propias concepciones sobre la vida buena cuando actúan políticamente (1993, p. 43). Para el referido autor, el liberalismo debía adoptar una postura respecto de lo que hay que entender por vida buena (cómo la gente debe pensar y actuar en su vida privada), a fin de ofrecer una teoría política continua (no en conflicto) con la ética personal, robusta y no austera o gris (1993, pp. 44 y 55). En términos muy breves, Dworkin propuso que vivir bien exigía dos condiciones: el autorrespeto (tener respeto por nuestra propia vida y considerar que es importante vivir bien) (2014, p. 356) y la autenticidad (tomarnos en serio, buscar «un modo de vida que nos cautive como correcto para nosotros mismos y nuestra circunstancia», un compromiso con ideales sobre cuya base actuemos) (2014, p. 261)[5].

La objetividad es también importante pues difícilmente tendría sentido hablar de corromper una actividad si no pensáramos, por ejemplo, «que determinadas maneras de ser padre o ser ciudadanos son mejores que otras» (Sandel, 2013, p.22). No obstante, aunque objetivamente sea posible distinguir entre formas de vida más o menos valiosas (desde algún punto de vista imparcial), los liberales que se oponen al perfeccionismo sostienen que las personas que siguen formas de vida tontas o inútiles no tienen que abandonarlas (Nagel, 1990, p. 98). Las personas tienen derecho a conducir libremente sus vidas aún si estas, como decía Dworkin, son innobles o equivocadas (1985, p. 353).

El liberalismo político considera valioso que las personas elijan y vivan de la forma que les parezca mejor. Deben tener la libertad de vivir en la creencia de que sus formas de vida son valiosas e, incluso, pueden adoptar formas de vida contrarias a los valores de la sociedad liberal (Colomer, 2014, p. 141); aunque, evidentemente, dentro de ciertos límites. Hay que recordar que Rawls defiende la primacía de lo justo o correcto sobre lo bueno (1988).

Sin embargo, y a pesar de que las personas pueden adoptar formas de vida contrarias a los valores de la sociedad liberal, Rawls reconoce que en las sociedades cuyas constituciones incorporan determinados derechos, estas tienen un rol de contención de las doctrinas comprehensivas que rechazan una o más de las libertades democráticas (2006, p. 95). Además, afirma que los principios de justicia, elevados al rango constitucional, tienden incluso a modificar las doctrinas comprehensivas de los ciudadanos, «de manera que estos acaben aceptando al menos los principios de una constitución liberal» (2006, p. 196).

Por lo tanto, es imposible negar que la estructura básica de las sociedades liberales puede tener importantes efectos e influencias sobre qué doctrinas comprehensivas

5. Cabe señalar que los liberales antiperfeccionistas tienen distintos planteamientos sobre la vida buena. Por ejemplo, Rawls (1988) defiende una teoría débil sobre lo bueno, mientras que Nussbaum (1988, 1990) aboga por una teoría liberal densa.

adherir (Rawls, 1988, p. 262). Es más, según Nussbaum, el Estado puede criticar e incluso excluir ciertas doctrinas comprehensivas, como las que defienden la esclavitud o la subordinación de las mujeres; pero no puede considerar inferiores a las personas que creen en esas doctrinas ni establecer *rankings* o jerarquías entre las distintas formas de vida (2011, pp. 29, 33 y 36; 2014, p. 17).

Los liberales antiperfeccionistas no pueden prescindir del todo de las concepciones sobre el valor de la vida individual al fundar su concepción de la acción política (Colomer, 2001, p. 253; Rawls, 1988, p. 251 y 2006, p. 238). Sin embargo, ello no impide que insistan en defender la libertad de elegir proyectos de vida, y que sean conscientes del problema político o «jurisdiccional» de establecer qué autoridad o institución estatal sería competente para juzgar y decidir qué vidas son más valiosas que otras (Colomer, 2014, p. 165), un problema que, por cierto, no parece preocupar demasiado a Raz (2005, p. 130).

Los liberales antiperfeccionistas tampoco niegan que el Estado pueda promover determinadas actividades relacionadas con el arte, por ejemplo, o ciertos rasgos de la cultura pública, entre ellos, el espíritu crítico (Colomer, 2014, p. 172). En las democracias contemporáneas el Estado no solo suele fomentar la cultura, sino desincentivar ciertas prácticas a través de impuestos, como el juego o el consumo de tabaco (piénsese también en las fotografías de las cajetillas de cigarro).

Sin embargo, aunque los liberales antiperfeccionistas no nieguen la influencia de la estructura básica en las concepciones de lo bueno y que el Estado pueda alentar el arte o desincentivar determinadas conductas, sí afirman –como ya se ha dicho– que este no puede imponer concepciones sobre lo bueno; y, más bien, debe permitir la libre discusión sobre los posibles méritos de todas estas.

3. PODER DE LOS JUECES Y ALTAS EXIGENCIAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

De acuerdo con Garzón Valdés, la función principal (e importante) que se encomienda a los jueces es la de garantizar la estabilidad de los sistemas políticos, lo que en nuestras democracias contemporáneas significa evaluar y controlar que la conducta gubernamental, legislativa y de los ciudadanos se lleve a cabo en el marco de la Constitución y la ley (2008, pp. 29 y 31). Ello explica la expansión en las democracias contemporáneas del papel de la jurisdicción, que «comporta cierta *redistribución* del poder en favor del judicial» (Andrés Ibáñez, 2003, p. 252).

En definitiva, en nuestras democracias contemporáneas los jueces salvaguardan los derechos de las personas «ante su amenaza por los organismos públicos, las fuerzas del mercado o sus propios conciudadanos» (Malem, 2008, p. 11). Es claro que, por la propia naturaleza de su función, los jueces ostentan un poder social y legal importante

(Laporta, 2020, p. 416), que ya era reconocido por Aristóteles (2011, Libro III, 1275a, 7, pp. 326-327).

De acuerdo con Laporta, se puede hablar de dos nociones de poder. Según la primera de ellas, este tiene una naturaleza empírica pues quien lo tiene logra que «alguien haga u omita algo que de otro modo no haría u omitiría» (1996, p. 444). Se trata, pues, de una relación fáctica entre individuos o sujetos individualizados (1996, p. 445). Sin embargo, según el mencionado autor, esta primera noción es insuficiente para dar cuenta de las relaciones de poder en las sociedades modernas, en las que tales relaciones tienen que ver con la posesión de recursos, las estructuras económicas o comunicativas (1996, p. 445), o con la raza y el género (Quijano, 2014, p. 780). En tales sociedades, el poder debe ser entendido como algo creado y producido por prácticas sociales complejas, que incluyen distintos tipos de normas (Laporta, 1996, p. 446). De acuerdo con la segunda noción, el poder no es un fenómeno individual –que puede ser descrito en términos de puros hechos–, sino un fenómeno colectivo del que se puede dar cuenta solo si se considera la presencia de normas –prácticas sociales de naturaleza normativa, en virtud de las cuales se adscriben roles, se determinan funciones o se establecen objetivos–, como ocurre con el derecho y las normas de competencia (1996, pp. 446-447). Recordemos que, como afirmaba Hart, las normas de competencia son aquellas que confieren poderes. En el caso de los jueces, se trata del poder legal «de aplicar el derecho a los casos concretos, resolviendo de manera definitiva las controversias» (Aguiló, 2021, p. 200). Ellos controlan, a través de un conjunto variado de procesos, que la conducta gubernamental, legislativa y de los ciudadanos se lleve a cabo en el marco de la Constitución y la ley. Su poder –fáctico y legal– es muy grande pues, sin duda, las decisiones que toman afectan la vida de las personas y las hacen tomar cursos de acción que, de otro modo, no tomarían. La ejecución de tales decisiones cuenta, además, con el respaldo legítimo de la coacción estatal.

Aunque en democracias frágiles se hable también de una expansión mayor del papel jurisdiccional, se hace en un sentido adicional. Esta mayor expansión del papel jurisdiccional, y por tanto del poder de los jueces, tiene que ver con el hecho de que en este tipo de democracias la actividad judicial se amplía pues, en muchas ocasiones, la alternativa a la actuación judicial es el desamparo de las personas (Atienza 2019, p. 8). Es en ellas donde, por ejemplo, debería cobrar más fuerza la idea de Atienza de que los jueces constitucionales tienen la fortuna moral de poder contribuir, casi como ningún otro órgano o individuo, a combatir la injusticia (2013, p. 26).

Ahora bien, la tarea de resolver controversias no es sencilla, es más bien exigente. Los jueces deben llevarla a cabo adecuadamente, a fin de evitar la arbitrariedad o subjetividad, cumpliendo con los típicos deberes del rol judicial: debida motivación, independencia e imparcialidad (Hierro, 2020, pp. 401-402). El ejercicio de la función judicial, en tanto no deja de ser un desempeño profesional, requiere determinadas capacidades y conocimientos técnicos (Garzón Valdés, 1993, p. 543).

Respecto al deber de debida motivación, es pertinente mencionar dos cosas que abonan en la consideración de que los jueces cumplen una exigente (y delicada) función. Por un lado, están obligados a justificar sus decisiones de manera objetiva, invocando razones que el derecho provee (Aguiló, 2021, p. 209). La demanda de que los jueces resuelvan de manera objetiva puede requerir que se aparten de la doctrina comprehensiva que adhieren, como sucede en el caso de un juez que, siendo católico, tiene que declarar fundada una demanda de divorcio –en la que se ha probado la causal– a pesar de que, según sus convicciones religiosas, el vínculo matrimonial es indisoluble. Debe, por tanto, apartarse de la jerarquía de valores que rige la doctrina comprehensiva que abraza. Tratándose de los jueces, aplicar los principios de la moral privada a la actuación pública podría significar la frustración de la tarea encomendada, como recuerda Garzón Valdés (1993, p. 549).

Por otro lado, la justificación de las decisiones judiciales exige, en los casos más complejos, deliberación práctica, una argumentación no exenta de juicios de valor. En tales casos, como sostiene Laporta, el mensaje que envían las fuentes del derecho vigente no es claro y sencillo (2020, p. 416). Es lo que sucede, por ejemplo, en las controversias que dan origen al conflicto entre principios, las que plantean problemas sobre su interpretación, o de lagunas, casos en los que el razonamiento justificativo judicial no es meramente deductivo, sino que incluye componentes morales (Dworkin, 1985, pp. 17, 26 y 30; 2007, p. 87). Sin embargo, en estos casos, no puede reinar la absoluta discrecionalidad pues los jueces deben sustentar sus decisiones en razones aptas para justificarlas, sopesándolas cuidadosamente y evaluando las consecuencias, a fin de encontrar las soluciones más justas en el marco del derecho (Higa y otros, 2022, p. 58). El poder de los jueces tiene que ser ejercido de manera responsable también en los casos más complejos, que deben ser resueltos de manera objetiva.

De la imparcialidad e independencia me he ocupado en otro lugar (Villanueva, 2021 y 2022b). En este texto quiero enfatizar, más bien, que tales deberes tienen por finalidad controlar los móviles o motivos que llevan a los jueces a decidir. El principio de independencia exige que el juez resista las influencias indebidas, como las que pueden provenir de los poderes económicos y del poder político (Taruffo, 2019, pp. 18-19). Se afirma que el juez debe ser independiente incluso de sus propios credos autónomamente aceptados (Aguiló, 1997, p. 76), pues su rol puede requerir que se aparte de la doctrina comprehensiva que abrace. Por su parte, el principio de imparcialidad requiere que la resolución de las controversias se lleve a cabo sin favoritismos, prejuicios o sesgos en relación con alguna de las partes. Los deberes judiciales tienen por objeto garantizar a los ciudadanos que los jueces tomarán decisiones fundadas en el derecho.

Finalmente, las exigencias respecto de los jueces tienen que ver, asimismo, con su comportamiento personal. Como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «hasta las apariencias importan» (Pabla KY vs. Finland, párrafo 27). Lo que está en juego es la confianza que los tribunales han de inspirar no solo a las partes en el caso,

sino a los ciudadanos en una sociedad democrática (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Duque vs. Colombia, 2016, párrafo, 162; Malem, 2008, p. 173).

En Perú los jueces deben, además, resistir la corrupción (el ofrecimiento de beneficios indebidos a cambio del incumplimiento de sus deberes). Los casos más complejos pueden ser el escenario propicio para la arbitrariedad, precisamente porque las razones autoritativas son insuficientes para solucionarlos, lo que es aprovechado para manipular el derecho y ponerlo al servicio de intereses espurios (Villanueva, 2022a).

El Poder Judicial peruano es percibido como la tercera institución más corrupta del país (Proética, 2022, p. 26). Este dato da una idea de la extensión de la corrupción en el sistema de justicia. Los jueces carecen de credibilidad y no son percibidos como garantes de los derechos ni como autoridades que controlan la conducta gubernamental, legislativa o ciudadana. Hay varios casos emblemáticos que evidencian que el poder que tienen los jueces, en muchas ocasiones, es puesto al servicio de oscuros intereses (Idehpucp, 2022). En una realidad de este tipo, en mi opinión, está justificado volver la mirada hacia ciertas virtudes, especialmente en la selección de jueces. Como afirma Nussbaum, es correcto, «objetivamente, en cuaquier parte del mundo humano, prestar atención a las características particulares del contexto propio» (2000, p. 337). Precisamente, el resurgimiento de la ética de la virtud obedece, sobre todo, a dos razones. En primer lugar, a la relevancia que se debe dar al contexto en el que tiene lugar la experiencia humana. En segundo lugar, al hecho de que las reglas universalizables, que apuntan a unos derechos y deberes, son muy difíciles de cumplir sin la forja del carácter de los individuos, sin el ideal de un buen ciudadano (Díaz, 2007, pp. 407 y 438). La experiencia humana real y las elecciones a las que se enfrentan los individuos son el terreno de las virtudes (Nussbaum, 2000, p. 329), unas virtudes que deben permitir a las personas responder correctamente ante los desafíos que se les presentan (Lariguet, 2013, p. 113).

4. VIRTUDES Y VIDA PRIVADA DE LOS JUECES

Para los helenos una persona virtuosa era alguien diestro en su oficio, que realizaba el bien, o que era «*buena* o *excelente* en la actividad que desempeñaba» (Díaz, 2020, p. 412). Decía Aristóteles que ninguna de las virtudes se producía en nosotros por naturaleza, «puesto que ninguna cosa que existe por naturaleza se modifica por costumbre» (2014, 1103 a, p. 52)[6]. La experiencia era fundamental; por eso, el Estagirita afirmaba

6. Como se sabe, Aristóteles distinguía dos clases de virtudes: las dianoéticas y las éticas. Las primeras se originan y crecen por la enseñanza (requieren tiempo y experiencia), las segundas proceden de la costumbre o hábito. La virtud fundamental era la prudencia, que pertenecía al ámbito de la dianoética pero ninguna de ellas era un producto natural. Las virtudes éticas estaban estrechamente vinculadas a la formación del carácter.

que nos hacíamos constructores construyendo casas, citaristas tocando la cítara y justos practicando la justicia.

Según MacIntyre, las virtudes son cualidades humanas adquiridas (2001, p. 237), rasgos de carácter o disposiciones para actuar de una determinada manera. Una disposición es algo querido por la voluntad y que se convierte en hábito, al punto de «que acaba siendo asimismo objeto de deseo» (Camps, 2019, p. 38). Como sostiene Pence, aunque el término virtud suene anticuado, las cuestiones relativas al carácter personal tienen un lugar central en la ética porque atañen a lo que haría una buena persona en situaciones de la vida real (1993, p. 348). Es importante recordar que las concepciones sobre la vida buena están conformadas por distintos valores y bienes, entre los que se encuentran no solo los recursos materiales sino las virtudes de carácter (Colomer, 2012, pp. 151-152).

Las virtudes no eliminan los deseos o emociones sino que sirven para encauzarlos (Camps, 2020, p. 64). No obstante, a fin de no caer en posiciones perfeccionistas, cuando se resalta la importancia de las virtudes, hay que ser cuidadosos no solo en señalar a qué tipo de virtudes nos referimos sino en delimitar la actuación que le corresponde al Estado en relación a ellas. Por ejemplo, Rawls se refiere a las virtudes políticas, que son aquellas que se esperan de los ciudadanos, pues son las que perfilan el ideal de un buen ciudadano en un Estado democrático: «un rol especificado por sus instituciones políticas» (1988, p. 263). Estas son las virtudes de la cooperación social, como la civilidad y tolerancia, la razonabilidad y el sentido de la equidad o justicia (1988, pp. 251 y 263). Por su parte, desde una perspectiva semejante a la rawlsiana, Camps se refiere a las virtudes públicas y las denomina de esa forma porque son actitudes (prácticas, disposiciones o cualidades) coherentes con la búsqueda de la libertad e igualdad (2019, p. 43). En su opinión, las virtudes públicas de tolerancia, responsabilidad y solidaridad son las que necesita el ciudadano para ejercer de ciudadano (Camps, 2019, p. 251).

Como se puede apreciar, no se trata de virtudes que son el simple reflejo de tradiciones o de la moral social, sino de «actitudes o maneras de ser de las que depende el buen funcionamiento de una sociedad democrática» (Camps, 2019, p. 260), de los rasgos de carácter que, como se ha dicho, perfilan el ideal del buen ciudadano. Por ello se afirma, en mi opinión correctamente, que el Estado podría promover ciertas virtudes, pero no imponerlas (Marciani, 2018, p. 116). Algo que quiero resaltar es que, para Rawls, las instituciones políticas que incorporan los principios fundamentales, cuando funcionan exitosa y efectivamente durante un período sostenido de tiempo, estimulan las virtudes (2006, p. 195).

Por otro lado, hace varios años, Malem afirmó que, a partir de la incorporación del deber de motivación en el ordenamiento jurídico español, en 1829, las históricas exigencias relativas a las cualidades personales de los jueces fueron perdiendo importancia. (2001, p. 387). En efecto, si las decisiones judiciales debían motivarse y sustentarse en el derecho, la moral privada del juez era irrelevante. Se tenía la idea

de que los conocimientos técnicos serían suficientes para el adecuado cumplimiento de la función judicial, siendo innecesario que los jueces fueran personas virtuosas (2001, p. 388). Sin embargo, Malem sostiene que no es tan sencillo obviar la importancia de ciertas propiedades personales en el caso de los jueces. Malem cita algunos ejemplos de cuestiones de la vida privada que podrían ser materia de escrutinio, como la pertenencia a una asociación racista, las relaciones con personas del ámbito de la delincuencia (amistades peligrosas), o las deudas por juegos de azar (2001, pp. 391-392; 2003, pp. 171-175). En el primer ejemplo un juez vulneraría la imparcialidad y en los siguientes afectaría la apariencia de honorabilidad, ecuanimidad y objetividad (2001, pp. 392-393 y 397).

Tales comportamientos o conductas, que podrían ser evaluados para el ingreso a la carrera judicial, no solo son el resultado de decisiones individuales, sino que podrían serlo de la carencia de ciertas virtudes, de las que me ocuparé más adelante. Ahora bien, tomar en cuenta ciertos rasgos de carácter de quienes aspiren a ser jueces, supone la imposibilidad de que el Estado prescinda del todo de alguna concepción sobre el valor de la vida individual. Más bien, responde a la idea de que las personas no se transformarán o cambiarán su estilo de vida cuando asuman el cargo de juez, a la crítica de Dworkin a «la estrategia de la discontinuidad».

La neutralidad absoluta del Estado en relación a las concepciones sobre lo bueno es, sencillamente, imposible. De hecho, el Estado ofrece becas a los mejores estudiantes, desalienta el juego o el consumo de tabaco, sin que pueda afirmarse que estamos ante supuestos de afectación desproporcionada de la autonomía individual. Se ha señalado, incluso, que se espera que las constituciones tengan un rol de contención o modifiquen las doctrinas comprehensivas contrarias a los valores democráticos de libertad o igualdad. De forma análoga, en la selección de jueces el Estado –a través del órgano correspondiente– puede tomar en cuenta ciertas formas de vida (que incluyan determinadas virtudes), no sólo por el poder que ostentarán y la complejidad de la función que desempeñarán sino, sobre todo, porque determinados rasgos de carácter serán necesarios para enfrentar la corrupción, cuando esta tiene lugar.

4.1. Algunos ejemplos en la legislación peruana sobre normas relativas a la vida privada de los jueces

En la legislación peruana vinculada a la carrera judicial se pueden identificar varias normas sobre las características y comportamientos que deben tener o cumplir quienes aspiran a ser jueces (ocupan el cargo o pretenden ascender en la judicatura). Hay que llamar la atención que tal regulación no se limita al ámbito público o profesional, sino que incluye el privado; y responde a la búsqueda de la excelencia personal y profesional en los jueces, tan necesaria en los sistemas de justicia afectados severamente por la corrupción. En efecto, pueden citarse como ejemplos el artículo 2, numeral 6, de Ley

N.º 29277 (2008), según el cual el juez debe tener una «trayectoria personal éticamente irreprochable»; y el artículo 10, numeral 4, de la Ley N.º 30916 (2019), que señala que, para evaluar la solvencia e idoneidad de los miembros de la Junta Nacional de Justicia, se toma en cuenta el comportamiento familiar.

Por otro lado, el Código de Ética Judicial (2003) establece que su objeto es orientar la conducta de los jueces en el ámbito público y en el privado, mientras que el reglamento para la selección y ascenso de jueces y fiscales, señala que, durante la etapa de la entrevista personal, se pueden hacer preguntas sobre la vida privada «en sesión reservada, grabada y clasificada como confidencial»[7]. Preguntas sobre el comportamiento familiar (dentro del que se puede incluir haber sido demandado por alimentos o para el reconocimiento de un hijo –ante la negativa de realizarse una prueba de ADN–, por ejemplo) y, en general sobre el ámbito privado (existencia de problemas financieros, amistades peligrosas), podrían ser incluidas en dicha entrevista personal. Este tipo de preguntas no suponen una afectación desproporcionada a la vida privada o a la autonomía individual, sino más bien responden al tipo de conductas que suelen disminuir el respeto y credibilidad que deben inspirar los jueces en la sociedad[8].

Tener amistades peligrosas, deudas alimentarias o una situación financiera desordenada indica, normalmente, la ausencia de ciertos rasgos de carácter, de ciertas virtudes. Insistiré en que tomar en cuenta las trayectorias de vida que puedan exhibir ciertas virtudes tiene mucho sentido en los países cuyos sistemas de justicia carecen de legitimidad debido a los problemas de corrupción, sin que pueda afirmarse que se trata de medidas perfeccionistas. En primer lugar, por la importancia de crear confianza en los jueces (y, en consecuencia, en el sistema de justicia), en las sociedades en las que su credibilidad es altamente cuestionada. En segundo lugar, porque no hay que pensar que las personas se transformarán al ingresar al ámbito público. En tercer lugar, porque contar con modelos de excelencia es fundamental ya que la adquisición de virtudes «es un proceso en el que la educación, la práctica y la ejemplaridad son esenciales» (Díaz, 2007, p. 416). Por ello, las discusiones sobre la justicia y los derechos deben ser también discusiones sobre el propósito o *telos* de las instituciones sociales, así como sobre las virtudes que deberían honrar y celebrar (Sandel 2016, pp. 217 y 235). No es tampoco una novedad sostener que la asignación de bienes, oportunidades y cargas requiere «algún tipo de premisas morales sobre qué capacidades o rasgos de los individuos humanos deben considerarse prioritariamente valiosos o sobre qué aspectos valiosos de sus vidas deben ser considerados con mayor relevancia por la autoridad política» (Colomer, 2001, p. 254).

Atienza se ha referido a las virtudes judiciales de buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión, valentía y

7. Resolución N.º 140-2021-JNJ, de 2021, artículo 42.
8. En lo que hay que tener mucho cuidado es que en esta entrevista las preguntas sobre la vida privada no respondan a prejudicios o afecten de manera desproporcionada principios constitucionales.

autorrestricción, pues un buen juez no es solo el que cumple con las normas jurídicas sino el que ha desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter (Atienza, 2017, p. 230). Estas parecen ser virtudes que contribuyen al adecuado desempeño de los jueces en un sentido más técnico, y que no dejan de ser muy relevantes dada la complejidad de la función judicial. No obstante, como he sostenido en otro trabajo, en contextos de severa corrupción judicial es preciso pensar en virtudes más generales o básicas (Villanueva, 2021), en rasgos de carácter que coadyuven a enfrentarla. La integridad es una de ellas. No debemos olvidar que las virtudes se definen en relación con ciertos problemas y limitaciones (Nussbaum, 2000, p. 348), como los que plantea la corrupción judicial.

5. LA INTEGRIDAD COMO VIRTUD

Los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (1985, principio 10), los Principios de Bangalore (2006, valor 3) y el Código Iberoamericano de Ética Judicial (2014, artículos 53-55) se refieren a la integridad del juez[9]. Los mencionados principios aluden a la idoneidad e integridad como dos rasgos distintos que tienen que tener las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales (principio 10). También en el caso del citado Código Iberoamericano, la integridad y la honestidad profesional son tratadas de manera autónoma (artículos 53-55 y 79-82).

La legislación peruana contiene, asimismo, disposiciones sobre los rasgos de carácter que se vinculan con el de integridad. La Ley N.° 30916 (artículo III, literal c) establece que el acceso y la permanencia de los jueces y fiscales se fundamentan no sólo en el mérito profesional sino en la idoneidad moral[10]. Por su parte, la Ley N.° 28301, modificada por la Ley N.° 31031 (2020), exige, para ser miembro del Tribunal Constitucional, solvencia e idoneidad moral, evaluadas mediante criterios objetivos. También la Ley N.° 30916 (artículo III, inciso e) se refiere al principio de probidad, que define como el actuar «con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o interpósita persona»[11].

No hay duda de que las disposiciones citadas tienen por objetivo o finalidad contar con jueces moralmente idóneos; sin embargo, la terminología empleada en los diferentes códigos y normas es diversa y puede ser un tanto confusa. Por ello, considero que es necesario darles cierta unidad y propongo que la idoneidad (solvencia) moral sea entendida o interpretada como integridad. Por otro lado, aunque la palabra virtud

9. Véase también el Código de Ética del Poder Judicial peruano, de 2004, artículo 2.
10. También puede verse el artículo 10.1, literal f) de la misma ley así como la Resolución N.° 260-202-JNJ, de 2020, artículo 45 numeral 1.
11. La definición del principio de probidad es tomada de la Ley N.° 27815, de 2002.

prácticamente no sea empleada en las normas mencionadas, es muy difícil no entender que ellas se refieren a los rasgos de carácter que deben tener las personas que aspiran a ser jueces o que ostentan el cargo[12]. En consecuencia, propongo considerar a la integridad como una virtud compuesta, a su vez, por otras dos: la honestidad y la responsabilidad. Es preciso recordar que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala se ha referido a las virtudes en la selección de cargos públicos de alta jerarquía, que evidencien la inclinación de las personas a la aplicación de lo justo o de la justicia (sentencia de 24 de agosto de 2010, considerando III, A-B).

5.1. Honestidad y responsabilidad

La honestidad es, según el *Diccionario de la lengua española* (2014), la «cualidad de honesto». Podría parecer obvio, y hasta innecesario, señalar que es una virtud que deben tener quienes aspiren a ser jueces o tienen ese cargo. Lamentablemente, no lo es en los sistemas de justicia con severos problemas de corrupción.

Una de las acepciones que tiene el término «honesto» es la que corresponde a probo, recto u honrado. Pero no se trata solo de ser honrado –de no pedir beneficios indebidos a cambio de nuestros actos– sino de obrar con rectitud; es decir, de conducirnos con «recta razón o conocimiento práctico de lo que debemos hacer o decir». Y la recta razón no puede entenderse sin pensamiento crítico.

De otro lado, se afirma que la responsabilidad es la disposición a tomar en cuenta y a asumir las consecuencias de las propias elecciones (Swift, 2016, p. 195), decisiones o acciones (Camps, 1990, pp. 80 y 85; Lifante, 2018, p. 95). Sin embargo, tiene razón Dworkin en añadir que las personas moralmente responsables actúan sobre la base de principios para enfrentar los desafíos del libre albedrío (2014, p. 134), lo que requiere esfuerzo y constituye una obra siempre en marcha (2014, p. 141). Actuar sobre la base de principios supone un cierto compromiso con la imparcialidad –pues se debe impedir que la persona los siga solo cuando son útiles a sus propios intereses–, reflexión crítica y el rechazo de la arbitrariedad (Dworkin, 2014, pp. 135-136 y 140). Por lo tanto, la responsabilidad no se limita solo a la disposición de tomar en cuenta las consecuencias de nuestras decisiones, a asumirlas, sino a actuar previamente a ellas de una determinada manera. Es pertinente recordar que cuando Hart se refería a la persona que ocupaba un cargo o rol, señalaba que actuaba responsablemente cuando estaba dispuesta a tomar sus deberes en serio, a pensar sobre ellos y a hacer un esfuerzo verdadero por cumplirlos (2008, p. 213).

12. Véanse los puntos IV y VI de la parte introductoria del Código Iberoamericano de Ética Judicial de 2014. En el punto XIII se señala que los principios que él contiene pueden ser reconstruidos con el lenguaje propio de las virtudes.

Las virtudes de la honestidad y la responsabilidad comparten el elemento común de la reflexión crítica. En efecto, la persona virtuosa actúa sabiendo lo que hace. Por otro lado, aunque la honestidad y la responsabilidad puedan considerarse como virtudes políticas o públicas, es muy difícil pensar en alguien que sea honesto y responsable en el ámbito público, pero no en el privado. Como se señaló anteriormente, las personas no suelen transformarse al pasar de una esfera a la otra y esa es, probablemente, una de las razones por las que, tal como lo evidencian los ejemplos citados, no es posible trazar una división tajante entre ciertas conductas de los ámbitos privado y público.

La integridad contribuye a la credibilidad de los jueces y favorece tanto el cumplimiento de la función judicial como el del orden constitucional. Se ha afirmado que si bien el Estado no debe imponer una determinada concepción sobre lo bueno tampoco puede prescindir completamente de alguna concepción del valor de la vida individual. Por ello, puede alentar prudentemente ciertas virtudes que, como dice Camps, contribuyan al perfeccionamiento de la democracia (Camps, 2019, p. 48) y, de esta forma, al cumplimiento de los principios constitucionales. Recordemos que Rawls llamó virtudes morales fundamentales a los fuertes deseos o la disposición de actuar de acuerdo con los principios básicos del derecho (1985, p. 48), y sostuvo que fortalecer las formas de pensar y los sentimientos en que se apoya la cooperación social equitativa es muy distinto de promover una particular doctrina comprehensiva en nombre propio (2006, p. 229). Por eso, reconocía que la neutralidad (estatal) era un término desafortunado porque algunas de sus connotaciones confundían, razón por la cual había que utilizarlo con mucha cautela (2006, p. 225).

Por lo tanto, el Estado puede promover legítima y prudentemente ciertas virtudes y tomarlas en cuenta en la evaluación de quienes aspiren al cargo de juez, sin que ello suponga una afectación desproporcionada a la autonomía individual o la imposición de la moral social. No hay duda de que la integridad contribuye al fortalecimiento de la democracia y a enfrentar la corrupción. Mi propuesta es que, independientemente de las doctrinas comprehensivas que abracen los candidatos a tal cargo, su trayectoria de vida debe poder exhibir, en la práctica, las virtudes de la honestidad y la responsabilidad, incluso respecto a aspectos del ámbito privado, como los mencionados anteriormente. No se es íntegro de vez en cuando sino a la largo de la vida, o en un ámbito sí pero no en el otro. En esa medida, es inevitable que el Estado tome partido por ciertas concepciones sobre lo bueno (que incluyan la virtud de la integridad) en la asignación del cargo de juez. En consecuencia, tampoco es posible eludir completamente una clasificación de tales concepciones de cara a la distribución de cargos públicos tan importantes como los judiciales.

El desafío que se plantea es el de pensar en formas objetivas de llevar a cabo la evaluación de las trayectorias de vida virtuosas (Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, 2013, §§ 106 y 122)[13]. Pero, como sostenía Rawls, los criterios de excelencia tienen una base racional desde el punto de vista de la vida cotidiana y no son necesariamente tan vagos como para que no puedan ser una base posible en la asignación de derechos (1971, p. 328). Los ejemplos dados apuntan en esa dirección, y no dejan de considerar la importancia de la confianza y credibilidad que deben despertar los jueces en las sociedades democráticas[14]. Respecto de su conducta, como se dijo, hasta las apariencias importan.

Lo afirmado no supone asumir una concepción perfeccionista, pues el Estado no puede imponer concepciones de lo bueno o modelos de excelencia personal; más bien, debe garantizar que las personas sean libres de tener formas de vida diversas, e incluso tontas. innobles o irresponsables. No obstante, una sociedad no tiene por qué prescindir de la virtud de la integridad en la selección de jueces, máxime si existen problemas graves de corrupción judicial. Debe, más bien, tomarla en cuenta con mayor seriedad. Lo justifica la relevancia y complejidad de la función judicial, el enorme poder que el derecho otorga a los jueces, así como los problemas de severa corrupción que habrán de enfrentar en países como Perú.

6. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En el caso peruano, la corrupción no se limita a las instancias más altas de la judicatura. Sin embargo, varios de los llamados a ser modelo del cumplimiento de la función judicial fueron destituidos a raíz del escándalo destapado en el año 2018. En la Corte Suprema, las destituciones equivalen al 22 % de sus miembros titulares y en el de los

13. A manera de ejemplos pueden citarse la propuesta contenida en el Informe de la fundación *Due Process of Law* (2020) y el trabajo de Higa y otros (2022).

14. El 6 de julio de 2021, un grupo de profesores universitarios presentó una demanda de amparo para evitar que el Congreso de la República eligiera a los magistrados del Tribunal Constitucional a través de un concurso público. Como se señala en la demanda, el proceso de selección había sido suspendido luego de la crisis política de noviembre de 2020 y reanudado en abril de 2021, después de la primera vuelta de las elecciones presidenciales, en las que también se eligió a los nuevos congresistas. En una parte de la demanda, se cuestiona –por poner en serio riesgo la independencia de la justicia constitucional– que el Reglamento para la Selección de Candidatas o Candidatos Aptos para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, de 2020, estableciera un puntaje del 1 al 12 para la evaluación de la solvencia e idoneidad moral. Los demandantes objetaron que se pretendiera exigir un mínimo de dos puntos en este rubro y sostuvieron que la calificación debía ser de apto o no apto (no hay categorías de menos honorable, medio honorable o más honorable). En la mencionada demanda de amparo, se adjuntó un informe de la fundación Due Process of Law, donde se señala que la solvencia e idoneidad moral no puede ser calificada mediante puntajes, pues se trata de una cualidad personal que no admite gradaciones (2021, p. 18). Finalmente, el Congreso de la República desistió de continuar con la elección. El nuevo Congreso, instalado a fines de julio de 2021, llevó a cabo la elección, otorgando un puntaje del 1 al 15 a la solvencia e idoneidad moral, de acuerdo al reglamento aprobado ese año.

fiscales supremos al 50%[15]. Más de uno de los destituidos afirmaba ser profesor universitario, tener obra escrita y/o ser especialista en su materia. La carencia de conocimientos técnicos no fue el problema sino la falta de integridad.

En este trabajo he tratado a la integridad explícitamente como una virtud, como un rasgo de carácter de las personas. He afirmado que la integridad es una virtud compuesta, a su vez, por otras dos: la honestidad y la responsabilidad. La realidad peruana confirma que la excelencia judicial no se logra por obligación o temor a la imposición de una sanción. Por lo tanto, es necesario pensar en las cualidades humanas indispensables para aspirar a los cargos judiciales (aunque no solo para ellos), como la de la integridad. La integridad es, además, una virtud que el Estado puede promover, sin que pueda afirmarse que se trata de un patrocinio mal dirigido o excesivamente enérgico de alguna concepción de la vida buena o doctrina comprehensiva, pues las personas siguen siendo libres de llevar distintas formas de vida, incluso inútiles, innobles o equivocadas.

Ahora bien, tampoco es sencillo pensar en la enseñanza de las virtudes. Según Camps, la ética o la virtud no se enseñan explícitamente, aunque sí «de muchas maneras, siempre y a todas horas, y no solo en el aula, como quien enseña una lección de historia» (2019, p. 166).

El cultivo de actitudes positivas para el progreso de un país no debería dejarse al albur de las voluntades individuales o en manos de las fuerzas antiliberales (Nussbaum, 2014, pp. 14-15 y 17). De manera muy breve, diré algo sobre la educación legal. En primer lugar, esta no debería obviar el tema de las virtudes; por el contrario, debería incorporarlo (como ya se hace con el de los valores constitucionales), dado que las virtudes públicas son factores que contribuyen al respeto genuino de la Constitución. En segundo lugar, la enseñanza legal debería incluir la referencia a aquellos profesionales que puedan constituirse en modelos a seguir. En el caso de jueces que se hayan desempeñado con excelencia, ese desempeño debería ser comentado explícitamente al analizar las sentencias en las que participaron. En tercer lugar, es igualmente preciso que la enseñanza legal salga del enclaustramiento del derecho y mire a las humanidades (Lariguet, 2013, p. 121). En esa línea, la obra de Nussbaum es una contribución esencial en el propósito de ver cómo ellas contribuyen al desarrollo de virtudes (2001 y 2014).

Después de todo, la presencia de un mal como la severa corrupción judicial debe ser vista, tal como sugería Raz, como una oportunidad para desarrollar ciertas virtudes (1987, p. 325) que facilitan el cumplimiento de los principios constitucionales, alguno de los cuales se traducen en los deberes judiciales de imparcialidad, independencia y motivación. Es hora de pensar en contar con jueces virtuosos.

15. Los miembros titulares de la Corte Suprema son dieciocho y los fiscales supremos titulares son seis.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló Regla, J., (1997). «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica». *Isonomía,* (6), 71-79.

Aguiló Regla, J., (2021). *En defensa del estado constitucional de derecho*, Lima: Palestra.

Andrés Ibáñez, P., (2003). «Democracia con jueces», en J. Malem, J. Orozco y R. Vásquez (compiladores), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gedisa, ITAM, 245-263.

Aristóteles, (2011). *Política*, Madrid: Gredos. Traducción de Manuela García Valdés.

Aristóteles, (2014). Ética a Nicómaco, Madrid: Gredos. Traducción de Julio Pallí Bonet.

Atienza, M., (2013). «Justicia constitucional y escepticismo moral». Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/sufragio/article/view/22286/19880 [visitado el 30/07/21].

Atienza, M., (2017). *Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.

Atienza, M., (2019). «Siete tesis sobre el activismo judicial». Disponible en: https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938 [visitado el 28/10/21].

Camps, V., (2019). *Virtudes públicas. Por una ética pública, optimista y feminista*, Barcelona: Arpa.

Camps, V., (2020). «La ética griega: Aristóteles», en C. Gómez y J. Muguerza (eds.), *La aventura de la moralidad (paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, Madrid: Alianza Editorial, 55-79.

Chistman, J., (2017). «Anti-Perfectionism and Autonomy in an Imperfect World: Comments on Joseph Raz's The Morality of Freedom 30 Years On». *Moral Philosophy and Politics*, Vol. 4, N.º 1, 5-25.

Colomer Martín-Calero, J.L., (2001). «Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 251-296. https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.10

Colomer Martín-Calero, J.L., (2014). «Liberalismo, tolerancia y pluralismo», en A. Ruiz Miguel (editor), *Entre estado y cosmopolis. Derecho y justicia en un mundo global*, Madrid: Trotta, 139-177.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf [visitado el 8/11/21].

Diccionario de La Lengua Española. (2014). Disponible en: https://dle.rae.es/ [visitado el 21/09/21].

Díaz, J., (2007). «La virtud», en C. Gómez y J. Muguerza (eds.), *La aventura de la moralidad (Paradigmas, fronteras y problemas de la ética)*, 11ma reimpresión. Madrid: Alianza Editorial, 405-443.

Due Process Of Law Foundation, (2020): Informe y recomendaciones al texto del Reglamento para la Selección de Candidatos y Candidatas Aptos para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional, Disponible en: http://www.dplf.org/sites/default/files/dplf_aportes_y_recomendaciones_sobre_el_reglamento_de_eleccion_de_magistradxs_tc_peru.pdf [visitado el 10/09/21].

Dworkin, R., (1985*). A Matter of Principle*, Massachusetts: Harvard University Press.

Dworkin, R., (1993*). Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona: Paidós. Traducción de Antoni Domènech.

Dworkin, R., (2014). *Justicia para erizos,* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. Traducción de Horacio Pons.

Garzón Valdés, E., (1993). *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Garzón Valdés, E., (2008). *Tolerancia, dignidad y democracia*, Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega Fondo Editorial.

Hart, H. L. A., (2008). *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Second Edition, Oxford: Oxford University Press.

Hierro, L., (2020). «Imperio de la ley y ética judicial. Una cuestión de confianza», en P. Andrés Ibáñez, P. Grández Castro, B. Marciani Burgos y S. Pozzolo (editores), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Lima: Palestra, 385-406.

Higa, C., Ragas, B., Apaza, N., y Sotomayor, J. E., (2022). «Evaluación de la idoneidad moral de los postulantes a jueces y fiscales», en J. E. Sotomayor (coordinador) y R. Zafra (compiladora), *Después de la reforma constitucional: avances y retos para la Junta Nacional de Justicia,* Lima: Cicaj-Pucp, 55-62.

Idehpucp (2022). Casos emblemáticos, Cnm audios (Cuellos Blamcos del Puerto). Disponible en: https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/03/27203910/Reporte-Cuellos-Blancos.-pdf.pdf [visitado el 07/12/2023].

Laporta, F., (1996). «Poder y Derecho», en E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (editores), *El derecho y la justicia*, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado, Trotta, 441-453.

Laporta, F., (2020). «Jueces y ética», en P. Andrés Ibáñez, P. Grández Castro, B. Marciani Burgos y S. Pozzolo (editores.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís*, Lima: Palestra, 407-423.

Lariguet, G., (2013). «El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (36), 107-126. https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.05

Lifante Vidal, I., (2018). *Lo público y lo privado. Problemas de ética jurídica,* Montevideo, Buenos Aires: BdeF.

Macintyre, A., (2001). *Tras la virtud*, Barcelona: Biblioteca de Bolsillo. Traducción de Editorial Crítica, S.L.

Malem Seña, J., (2001). «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* (24), 379-403. https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.14

Malem Seña, J., (2008). *El error judicial y la formación de los jueces*, Barcelona: Gedisa.

Marciani Burgos, B., (2018). «¿Autonomía sin virtud?: ¿Puede admitirse el perfeccionismo ético en un Estado liberal que busca el bienestar de los ciudadanos?». *Pensamiento constitucional,* (23), 109-118.

Nagel, T., (1990). «Conflicto moral y legitimidad política», en J. Betegón y J. R. de Páramo (directores y coordinadores), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona: Ariel Derecho, 87-105. Traducción de José Luis Colomer.

Nino, C. S., (1989). Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Barcelona: Ariel Derecho.

Nino, C. S., (2013). *Ocho cuestiones sobre ética y derecho. Para pensar la democracia*, Buenos Aires: Siglo XXI.

Nussbaum, M., (1988). *Nature, Function and Capability: Aristotle on political distribution*. Disponible en: https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/WP31.pdf [visitado el 05/08/21].

Nussbaum, M., (1990). «Aristotelian Social Democracy», en R. B. Douglas, G. M. Mara y H. S. Richardson (editors), *Liberalism and the Good* (Nueva York, Routlege), 203-252.

Nussbaum, M., (2000). «Virtudes no relativas: un enfoque aristotélico», en M. C. Nussbaum y A. Sen (compiladores), *Calidad de vida*. Un estudio preparado por el World Institute for Development Economic Research (WIDER) de la United Nations University, 2nda reimpresión, México: Fondo de Cultura Económica, The United Nations University, 318-351. Traducción de Roberto Reyes Mazzoni.

Nussbaum, M., (2001). *El cultivo de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*, Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós. Traducción de Juana Pailaya.

Nussbaum, M., (2011). «Perfectionist Liberalism and Political Liberalism». *Philosophy & Public Affairs*, (Vol. 39, N.° 1), 3-45.

Nussbaum, M., (2014). «Una revisión del "Liberalismo político" de Rawls». *Revista Derecho del Estado*, (32), 5-33. Traducción de Juan Carlos Upegui.

Nussbaum, M., (2014): *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós. Traducción de Albino Santos Mosquera.

Proética, Capítulo peruano de *Transparency International*, (2022). XII Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú. Disponible en: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2022-09/Encuesta%20Pro%C3%A9tica%202022.pdf [visitado el 17 de diciembre de 2023].

Quijano, A., (2014). «Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina», en *Cuestionarios y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Buenos Aires: CLACSO, 778-832.

Raz, J., (1986). The Morality of Freedom, Oxford: Clarendon Press.

Raz, J., (1987). «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», en R. Gavison (editor), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Infuence of H.L.A Hart*, Oxford: Clarendon Press, 313-333.

Raz, J., (2005). *La ética en el ámbito público*, Barcelona: Gedisa. Traducción de María Luz Melon.

Rawls, J., (1971). *A Theory of Justice*, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

Rawls, J., (1988). «The Priority of Right and Ideas of the Good». *Philosophy & Public Affairs* (Vol. 17, N.° 4), 251-276.

Rawls, J., (2006). *El liberalismo político*, Barcelona: Crítica. Traducción de Antoni Domènech.

Sandel, M. J., (2013). *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado,* Barcelona: Debate. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke.

Sandel, M. J., (2016). *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona: Debolsillo. Traducción de Juan Pedro Campos Gómez.

Swift, A., (2016). *¿Qué es y para qué sirve la filosofía política? Guía para estudiantes y políticos*, Buenos Aires: Siglo XXI. Traducción de Jahel Queralt, Iñigo González y Guido Sender.

Taruffo, M., (2019). «Consideraciones generales sobre la independencia de los jueces», en J. Nieva Fenoll y E. Oteiza (dirs.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid: Marcial Pons, 13-22. Traducción de Cristian Contreras Rojas.

Villanueva Flores, R., (2021). «Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial». *Derecho Pucp,* (86), 363-392. https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.011

Villanueva Flores, R., (2022a). *Aspectos básicos para entender el derecho del estado constitucional*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Villanueva Flores, R., (2022b). «La sanción del incumplimiento del deber de imparcialidad como una herramienta en el combate a la arbitrariedad (corrupción) judicial», en J. E. Sotomayor (coordinador) y R. Zafra (compiladora), *Después de la reforma constitucional: avances y retos para la Junta Nacional de Justicia*, Lima: CICAJ-PUCP, 191-204.

Normas

Constitución Política del Perú de 1993.Diario Oficial El Peruano, 30 de diciembre de 1993.

Ley N.° 29277, Ley de la Carrera Judicial. Diario Oficial El Peruano, 7 de noviembre de 2008.

Ley N.° 30904, Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia. Diario Oficial El Peruano, 10 de enero de 2019.

Ley N.° 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia. Diario Oficial El Peruano, 19 de febrero de 2019.

Ley N.° 31031, que modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Diario Oficial El Peruano, 23 de julio de 2020.

Resolución N.° 260-2020-JNJ, Reglamento de Procedimiento de Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Juezas del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público. Diario Oficial El Peruano, 20 de diciembre de 2020.

Resolución Legislativa N.° 006-2020-2021-CR, Reglamento para la Selección de Candidatas o Candidatos Aptos para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional. Diario Oficial El Peruano, 17 de octubre de 2020.

Resolución N.° 140-2021-JNJ, Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales-Ascenso. Diario Oficial El Peruano, 14 de marzo de 2021.

Resolución Legislativa N.° 001-2021-2022-CR, Reglamento para la Selección de Candidatas o Candidatos Aptos para la Elección de Magistrados del Tribunal Constitucional. Diario Oficial El Peruano, 5 de octubre de 2021.

Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Disponible en: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary [visitado el 28/11/22].

Código de Ética Judicial, aprobado en las sesiones de Sala Plena de fechas 9, 11 y 12 de marzo de 2004. Disponible en: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f15864004925709c87d6e71877e9eff2/CSJSULL_D_CODIGO_ETICA_PODER_JUDICIAL_11032019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f15864004925709c87d6e71877e9eff2 [visitado el 1/09/21].

Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, aprobados en julio de 2006, por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf [visitado el 11/09/21].

Código Iberoamericano de Ética Judicial, reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago de Chile. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf [visitado el 5/08/21].

Jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pabla KY vs. Finland*, Judgment, 22 June 2004.
Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de 24 de agosto de 2010. Expediente N.° 942-2010. Planteamiento de inconstitucionalidad general promovida por Luis Alfonso Carrillo Marroquín, contra el artículo 12 de la Ley de Comisiones de Postulación, Decreto 19-2009 del Congreso de la República de Guatemala, en la parte que dice «…A. Los méritos éticos…».
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Duque vs. Colombia, sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
Resolución N.° 082-2022-PLENO-JNJ, de 2 de agosto de 2022.
Resolución N.° 122-2022-PLENO-JNJ, de 6 de octubre de 2022.
Resolución N.° 130-2022-PLENO-JNJ, de 18 de octubre de 2022.

NOTAS

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 543-562
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.20

Reglas, *defeaters* e intocables del derecho: Moreso en la búsqueda del equilibrio perdido

Rules, Defeaters, and Untouchables of Law: Moreso in the Search for the Lost Balance

José Chávez-Fernández Postigo

Autor:
José Chávez-Fernández Postigo
Universidad Católica San Pablo, Perú
jchavezfernandez@ucsp.edu.pe
https://orcid.org/0000-0002-1121-8983

Recibido: 01/07/2023
Aceptado: 02/04/2024

Citar como:
Chávez-Fernández Postigo, José (2024). Reglas, *defeaters* e intocables del derecho: Moreso en la búsqueda del equilibrio perdido *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 543-562. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.20

Agradecimientos:
Quiero agradecer al Prof. José Juan Moreso por las pacientes conversaciones que tuvo la gentileza de mantener conmigo durante las dos jornadas dedicadas a la discusión de su libro *Lo normativo: variedades y variaciones*, CEPC, 2020 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en marzo de 2023, además de haberme alentado posteriormente a perfilar y a indagar sobre la preocupación central de este ensayo. Agradezco también a los Prof. Armando Romero Muñoz y Piero Ríos Carrillo por sus comentarios críticos a un primer borrador de este, y a la Prof. Stephany Cerpa Talavera, por su apoyo en la organización del material para el trabajo, todos ellos miembros del grupo de investigación que dirijo: «Filosofía del Derecho y Razonamiento jurídico». Finalmente, expreso mi agradecimiento en particular a uno de los árbitros anónimos de la revista cuyos comentarios y objeciones han resultado de vital importancia para algunas precisiones en el trabajo.

Financiación:
Este artículo ha sido financiado por el Concurso Interno de Proyectos por los 25 años de la Universidad Católica San Pablo, organizado por la Dirección de Investigación de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú. Proyecto: «Aspectos de la relación entre el derecho y la moral en la determinación jurídica: derrotabilidad y equidad en el derecho». (Código interno: 2022-25 años-P32).

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 José Chávez-Fernández Postigo

Resumen

Moreso se ha referido a «los intocables del derecho» para aludir –desde su original imagen del derecho– a cierto aspecto de la dimensión institucional de los sistemas jurídicos, por la que, precisamente debido a razones morales, algunas de sus decisiones institucionales no estarían sujetas a una lectura moral, ni ser directamente derrotadas por razones de carácter moral. El objetivo de este trabajo es esbozar la tesis de que Moreso acierta en plantear esta suerte de inmunidad institucional que clausura los sistemas a su permanente lectura moral, pero que ésta podría hallar no solo una mejor justificación sino ciertos matices, si estos «intocables institucionales» se complementasen con algunos «intocables morales» para el derecho –por así decirlo–, justificados en última instancia en una antropología algo más robusta pero no por ello incompatible con nuestros Estados Constitucionales de Derecho, y en una teoría de la acción moral humana que justifique la equidad no solo como un mecanismo o técnica, sino sobre todo como una virtud, tesis propias de la tradición aristotélica.

Palabras clave: Moreso; *defeaters*; intocables del derecho; Aristóteles; prudencia; equidad.

Abstract

Moreso has referred to «the untouchables of law» to allude –within his original «image» of Law– to a certain aspect of the legal systems' institutional dimension for which, precisely due to moral considerations, some of their institutional decisions would not be subject to a moral reading, nor would they be directly defeated by reasons of a moral nature. This paper's objective is to suggest the thesis that Moreso is right in defending a sort of institutional immunity that

prevents legal systems from a permanent moral reading, although this thesis could find not only a better justification but also some nuances if these legal «institutional untouchables» are complemented with some legal «moral untouchables» –so to speak–, ultimately grounded in a more robust anthropology that, nonetheless, is not incompatible with our Constitutional States governed by the Rule of Law, and in a theory of moral action that justifies equity not only as a mechanism or technique but, above all, as a virtue, theses typical of the Aristotelian tradition.

Keywords: Moreso; defeaters; untouchables of law; Aristotle; prudence; equity.

1. INTRODUCCIÓN

José Juan Moreso puede ser considerado ya, sin duda, entre los grandes maestros de la filosofía del derecho regional latina. Pero es también un prolífico autor que dialoga incansablemente tanto con la iusfilosofía de tradición analítica y anglosajona contemporánea, como con los clásicos latinos y griegos, y lo hace con la mayor naturalidad, hasta hacerlo parecer un asunto sencillo. Es precisamente en ese mismo espíritu de diálogo y apertura en el que trato de inspirarme para escribir este trabajo.

En él, partiré de la imagen que Moreso ha ido perfilando a lo largo de los últimos años respecto de que el derecho sería una suerte de estancia o edificio de una sola planta donde habitarían tanto las reglas como sus *defeaters*[1], conductos que permitirían tanto a la autoridad como al ciudadano recurrir equilibradamente a una lectura moral del derecho respetuosa de sus instituciones convencionales, algunas de ellas, auténticos «intocables» del derecho.

El objetivo de este ensayo es defender la tesis de que Moreso ofrece un avance importante frente al desequilibrio de dos extremos sobre la controvertida tesis de la «derrotabilidad del derecho»[2] que –expresados muy gruesamente esta vez– podríamos denominar, por un lado, «formalismo jurídico»[3], y, por otro, «activismo judicial»[4]; o desde otra perspectiva, quizá menos susceptible de caricaturizaciones: una «jurisprudencia de reglas» frente a una «jurisprudencia de razones» (Moreso, 2020a, pp. 164-166; Laporta, 2007, pp. 83 y ss.; Schauer, 1987, pp. 847-878).

Dicho avance hacia el equilibrio, sin embargo, puede ser sometido a observaciones, y requiere formulaciones alternativas: trataré de evidenciar que los «intocables institucionales» podrían complementarse con algunos «intocables morales», justificados en última instancia en una antropología algo más robusta que la que Moreso parece

1. El sentido del término es de Moreso, pero la expresión la acuñó John Pollock, y es objeto de cierto debate especializado al que no conviene ingresar aquí. Al respecto, véase, García Yzaguirre, 2022, pp. 72 y ss.
2. Para una síntesis del estado de la cuestión, véase, Rodríguez, 2021, pp. 735 y ss.
3. Sobre la controversia respecto de los rasgos característicos del llamado «formalismo jurídico», véase, Cabra Apalategui, 2011, p. 69; o Llano Alonso, 2009, pp. 35-48.
4. Sobre la ambigüedad del término y los elementos nucleares, véase, Atienza, 2018, pp. 39-47; o Vega López, 2018, pp. 129 y ss.

dispuesto a considerar y en una teoría de la acción moral consecuente con dicha antropología que justifique la equidad no solo como un mecanismo o técnica, sino, antes bien, como una virtud moral, tesis propias de la tradición aristotélica[5].

Para lograr mi cometido asumiré una perspectiva iusfilosófica, aunque no, analítica. Esto que puede ser una limitación para abordar algunas sutilezas de las distinciones y de los argumentos de Moreso, puede resultar también una ventaja, dado que permitirá observar el problema desde un ángulo diferente, con pretensión de mayor perspectiva. En todo caso, el itinerario será como sigue. En primer lugar (2), haré un breve resumen de la imagen del derecho de Moreso, poniendo el acento en los elementos que permitan luego esbozar mi propuesta. En segundo lugar (3), me referiré, por un lado, al diálogo que sostiene Moreso con Juan Carlos Bayón, y, por otro, al que sostiene con Verónica Rodríguez Blanco, destacando las aparentes vulnerabilidades de la imagen moresiana del derecho, primero respecto de lo que llamaré aquí «la debilidad de su dimensión institucional», y luego respecto de «la debilidad de su dimensión moral», sobre las que me permitiré hacer una breve valoración. En tercer lugar (4), formularé el esbozo de una respuesta a los problemas que me parecen no resueltos tras la discusión, y que abren caminos a nuevas indagaciones profundizando precisamente los diálogos a los que Moreso nos tiene gratamente acostumbrados. Finalmente (5) cerraré el ensayo con un par de breves reflexiones conclusivas.

2. MORESO Y UN BREVE RETRATO DE SU IMAGEN DEL DERECHO

Como es sabido, el profesor Moreso ha ido desarrollando una «imagen» original del derecho[6]. En este modelo –y a diferencia del común enfoque que se ha consolidado tras la crítica de autores como Dworkin (2002, pp. 65 y ss.), Alexy (2007, pp. 63 y ss.) o Atienza y Ruiz Manero (2007, pp. 23 y ss.) al modelo complejo de reglas de Hart (2004, pp. 99 y ss.) – para Moreso (2020a, pp. 173-186)[7] el derecho no sería una suerte de edificio de dos plantas: una primera, donde se encuentran las reglas, y otra distinta donde estarían disponibles los principios, capaces de expulsar a las primeras de su recinto. Sino que el derecho se parecería más a un edificio de una sola planta donde cohabitarían tanto las reglas como sus *defeaters* –o causas de revocación[8]–, que operarían

5. Me he detenido con cierto detalle sobre las tradiciones iusfilosóficas en general y sobre la aristotélica en particular en Chávez-Fernández Postigo, 2023b, pp. 36-59.
6. Una síntesis lúcida de la imagen del derecho de Moreso, véase, Bayón, 2022, p. 540.
7. En un sentido semejante, véase, Moreso, 2020b, p. 87. Un antecedente de esta imagen unitaria, aunque, como veremos, con los aspectos institucionales no lo suficientemente destacados, puede apreciarse en Dworkin, 2014, pp. 491 y ss.
8. A su juicio: «Los conceptos morales que el derecho incorpora funcionan, a menudo, como *defeaters*, como causas de revocación, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos (la legítima defensa) o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades (el establecimiento de penas crueles)». (Moreso, 2020b, p. 50).

a modo de «gárgolas» que permiten la modificación de las reglas para su aplicación o su desplazamiento a través del uso de argumentos morales.

Aunque no es la preocupación de este trabajo, esta imagen podría ser entendida también como una peculiar forma de positivismo jurídico incluyente[9]. Sintéticamente, para Moreso (2020b, pp. 54-55) las expresiones morales presentes en el derecho no deberían interpretarse según las convicciones morales de los jueces, o según las de los legisladores que les dieron forma autoritativa, o las provenientes de meras convenciones sociales. Para Moreso:

> «[…] la tesis de la incorporación es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho» (ibídem, p. 60).

A través de esta imagen del derecho Moreso pretende lograr un equilibrio que sacrifica en parte la certeza cuyo diseño ofrecen las instituciones jurídicas, en aras de un mayor respeto por la autonomía moral de los sujetos (ibídem, p. 50). Asumiendo que las reglas por las que nos gobernamos padecen lo que con Schauer (2004, pp. 89-92), llamamos «infrainclusión» y «sobreinclusión», Moreso (2020b, pp. 51-53) plantea que la incorporación de algunos *defeaters* permitiría a los agentes que han de aplicarlas, acudir a las razones subyacentes en algunos casos con el objeto de matizarlas o eludirlas.

No obstante, dado que el derecho constaría de reglas sustantivas –que ordenan el comportamiento general– y de reglas procesales –que definen autoridades, procedimientos y consecuencias–, si la interpretación de dichas reglas en tensión se mantuviese siempre abierta a la controversia no habría un punto de apoyo suficiente para acuerdos ni para desacuerdos sociales. Este conjunto de consideraciones lleva a Moreso a decantarse por la tesis de que en el derecho habría «algunas pocas partes intocables […] algunas reglas cuya identificación no puede remitir a la argumentación moral» (ibídem, p. 410)[10]. Se trataría de auténticos «intocables» institucionales del derecho, instituciones impermeables u opacas a la lectura moral de su contenido, no obstante justificarse a través de razones morales (ibídem, p. 410-411), por lo que los intocables

9. Sobre el positivismo jurídico incluyente de Moreso no nos detendremos aquí. Véase, Moreso, 2022a, pp. 33-54. Impugna la nitidez de esta clasificación con agudos argumentos García Jaramillo, 2023, pp. 10 y ss.

10. Admite que su propuesta implicaría una aceptación restringida para estos casos de la fórmula de Raz sobre la tesis social fuerte: «[…] una teoría del derecho es aceptable únicamente cuando sus criterios (*test)* para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos de conducta susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros y cuando es aplicada sin recurrir a argumentos morales». (Raz, 1985, p. 58).

del derecho hallarían anclaje –y solo así podrían ser comprendidos– en una teoría más amplia sobre cómo interactúa el derecho con la moral.

Si bien la teoría de los setos institucionales –de los *defeaters*– se encuentra todavía en desarrollo, Moreso (2022b, pp. 569-570) –respondiendo en parte a las observaciones de Bayón (2022, p. 540)[11]– ofrece un bosquejo de, al menos, cinco elementos que tendría que contener. Muy brevemente: i) una caracterización articulada de autoridades y de jerarquías normativas que establezca el grado de opacidad de las reglas a sus razones subyacentes respecto de las diversas autoridades; ii) una precisa delimitación de los intocables del derecho (Moreso, 2020b, p. 410): los que serían, al menos, las reglas sustantivas que contienen decisiones autoritativas individuales, las reglas procesales que definen las autoridades, y aquellas reglas también procesales que establecen cuáles son las decisiones finales del sistema; iii) una noción más clara de *defeaters* jurídicos, de su comportamiento en el razonamiento jurídico y una taxonomía que clarifique, por un lado, lo que comparten los mecanismos del derecho que activan el acceso a las razones subyacentes y, por otro lado, los diversos modos lógicos de revocación de las reglas a los que dan lugar[12]; iv) una justificación adecuada del control de constitucionalidad de las leyes y de sus límites; y, v) siguiendo a Rawls[13], una doctrina de la razón pública para establecer qué tipo de razones son susceptibles de ofrecerse en el foro público[14].

Para Moreso, ese sería el lugar que:

> «[…] ocupa la moralidad en el razonamiento judicial, otorgado por una imagen del derecho que lo concibe como un conjunto de reglas con razones, con *defeaters*, que abren los senderos adecuados para, por los lugares señalados, acceder al razonamiento moral. […] [L]a relación de la moralidad con el derecho no es insular ni continental, es por así decirlo *peninsular*» (Moreso, 2022b, p. 570).

Me parece que así descrito, queda más o menos claro el lugar de los «intocables» institucionales del derecho en su teoría de los *defeaters*, pero queda todavía por esclarecer a qué se refiere Moreso cuando alude a la moralidad o a los argumentos morales. Me ocuparé de ello en seguida.

Moreso (2020b, p. 236) reconoce que la cuestión respecto de la objetividad moral tiene relación con problemas metafísicos, semánticos, epistemológicos y sobre la teoría de la acción humana, pero se ocupa sobre todo de los primeros. Postula (ibídem, p. 243) que la cuestión principal sobre la moralidad no es la ontológica, sino la de si existe un espacio para la objetividad en cuestiones morales, a lo que responde afirmativamente, sosteniendo un cognoscitivismo o realismo ético que podríamos calificar de moderado

11. Para Bayón esta caracterización es oscilante y varía entre una que devalúa por completo el elemento institucional del derecho y otra que no lo hace tanto, aunque, a su modo de ver, ambas son, por ello, reprochables.
12. Un primer detalle de este punto en: Moreso, 2020a.
13. Se refiere a Rawls, 1999.
14. Un ejercicio de ello aplicado a la práctica y justificación del diálogo judicial en: Moreso y Valentini, 2021, pp. 545-583. Para una defensa de la tesis de la completitud, véase: Moreso, 2023, pp. 17 y ss.

o matizado. Éste implica el rechazo tanto del relativismo contextual o «indexical», como del relativismo genuino (ibídem, pp. 250-251). Mientras que el primero sostiene que formulaciones del tipo «torturar a los niños para divertirse es incorrecto moralmente» son incompletas –indexicales–, hasta que no señala para quién serían correctas o incorrectas; el segundo sostiene que ese tipo de expresiones serían verdaderas de acuerdo con algunas perspectivas o circunstancias, y falsas en relación con otras.

Para Moreso, para ser plausible, «el relativismo moral debería mostrar que en los casos de discrepancias morales […] nadie entre quienes discrepan padece de defecto cognitivo alguno» (ibídem, p. 251). A su modo de ver, precisamente la piedra de tropiezo de ambos relativismos consistiría en la imposibilidad de poder explicar cómo son viables los genuinos desacuerdos morales en los que ninguno de los antagonistas se equivoca[15].

Sin embargo, a juicio de Moreso, el justificado rechazo al relativismo moral no debiera llevarnos a aceptar un objetivismo moral absoluto, sino que en el foro de la razón pública habría espacio para un «objetivismo moral pluralista: el objetivismo de las razones morales que nadie, en condiciones tales que le permitan apartar los prejuicios y sesgos que nublan su visión adecuada de las cosas, rechazaría» (ibídem, p. 257). Dado que, al fin y al cabo, en la línea trazada por Rawls, para Moreso:

> «[…] la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor. De ese modo argumentamos a menudo para fundamentar un ámbito especialmente protegido, el ámbito de los derechos humanos, como la esfera que delimita un espacio público razonable de convivencia y cooperación mutua. En dicho ámbito, caben múltiples formas de vida valiosas moralmente y es este pluralismo precisamente el que hace la vida en común merecedora de ser vivida» (ibídem, p. 256).

Ahora bien, ello no significa que en cuestiones de metaética Moreso se identifique completamente con Rawls[16]. Respondiendo a los comentaristas y críticos de su último libro compilatorio confiesa:

> «[…] al comienzo de mi trayectoria yo era en metaética, más bien un escéptico, algún tipo de expresivista. Poco a poco me convencí, mi estudio de la obra de John Rawls explica mucho de ello, de que nuestra práctica como seres sensibles a razones y a juicios de reproche y elogio, presuponía algún tipo de objetividad, me convertí en algo como un constructivista. Sin embargo, ahora le doy vueltas a una objeción al constructivismo para la que no hallo una réplica satisfactoria, que puedo explicar muy rápidamente diciendo que un constructivista debería aceptar un condicional subjuntivo como el siguiente: «si en condiciones ideales aceptáramos que es correcto torturar a los bebés para divertirse, entonces dicho comportamiento sería correcto». Ahora me inclinaría, tal vez, por lo que Ronald Dworkin, Tom

15. Para Moreso: «[…] El relativismo como una doctrina global es, efectivamente, una concepción muy inestable que probablemente se autodestruye. La proposición con arreglo a la cual todo es relativo es o bien absolutamente verdadera o bien relativamente verdadera. Si lo primero, entonces no todo es relativo; si lo segundo, entonces el relativismo no puede ser una doctrina global» (Moreso, 2020b, p. 254.). Rodríguez Blanco, por su parte ha matizado que el problema del relativismo moral no sería solo lógico. Véase Rodríguez Blanco, 2022, p. 514.

16. Aunque no deje de remitirnos con frecuencia a él, por ejemplo: Rawls, 2000, pp. 243 y ss.

Nagel, Derek Parfit y Tim Scanlon han defendido, un realismo moral no-naturalista sin compromiso metafísico» (Moreso, 2022b, p. 559)[17].

Para Moreso (2020a, pp. 173-186) si bien esta concepción moral no tiene parentesco, al menos directo, con la tradición aristotélica, sugiere que su imagen del derecho no distaría demasiado de la de Aristóteles. Sostiene que la tesis de asumir que los *defeaters* son «mecanismos de acceso a las razones que subyacen a las normas», permite compatibilizar opacidad y transparencia en el derecho: «reglas generales que guían el comportamiento tanto de los destinatarios como de los aplicadores, y *defeaters* que establecen excepciones a las reglas generales y que permiten acudir, de un modo controlado, a las razones que justifican tener esas reglas» (Moreso, 2020b, p. 588).

Finalmente, comentando a Suárez[18] –tras las primeras intuiciones de Garzón Valdés (1993, pp. 117 y ss.) al respecto– Moreso (2020b, pp. 582 y ss.) alude a la «epiqueya» o equidad aristotélica en favor de su propia imagen del derecho, refiriéndose a que, dada la particularidad de los casos concretos, las normas jurídicas –no obstante, la necesidad de su generalidad– deben adaptarse a ellos[19]. A Moreso, las ideas de Suárez le sugieren «un buen inicio para trazar una taxonomía de los *defeaters* jurídicos, de aquellos casos en los que las leyes cesan de obligar por equidad o *epiqueya*» (ibídem, p. 586)[20]. Dicho brevemente –y ya sin la necesidad de invocar la autoridad de Suárez o

17. Para Moreso «[…] [e]sta posición sostiene que las cuestiones ontológicas son internas a su propio ámbito y, en la medida en que no colisionan con otros ámbitos –en especial con el ámbito de las ciencias empíricas– su validez interna es suficiente para su verdad, sin que sea necesario postular externamente su existencia y comprometerse ontológicamente» (Moreso, 2020b, p. 240). Luego se extiende detallando la relevante posición de Parfit, aunque sin comprometerse necesariamente con ella (ibídem, pp. 240-242, y pp. 137-140). Véase, Parfit, 2011, pp. 464 y ss. Para una defensa del constructivismo ético, Moreso, 2009, pp. 101-110; y desde luego: Nino, 1987, pp. 20 y ss.
18. Por ejemplo: «Por esto interpretación –en un sentido más estricto– se llama aquella que se hace mediante la virtud especial de la equidad, de la cual trata Santo Tomás. Aristóteles la llamó *epiqueya*; no porque haya tenido lugar en la ley un verdadero error que después se enmiende por la interpretación cambiándose así la ley; sino que se llama enmienda de la ley en cuanto a la apariencia externa y al sentido general de las palabras. Pues la ley habla en general y no puede con sus fórmulas abarcar todos los casos particulares, y así, en apariencia, parece abarcar algunos que en realidad no abarca; y como la epiqueya es la que declara esto, por eso se la llama enmienda de la ley» (Suárez, 1967, p. 96).
19. Por ejemplo: «[…] cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así lo hubiera conocido. Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. Esta es también la causa de que no todo se regule por la ley, de modo que es necesario un decreto. Pues de lo que es indefinido, la regla también lo es, y como la regla de plomo usada en las construcciones lesbias, que no es rígida, sino que se adapta a la forma de la piedra; así también los decretos se adaptan a los casos». (Aristóteles, 1985, p. 265 / *EN,* V, 1137b, 25-30).
20. Taxonomía muy sugerente que esboza en las páginas siguientes, pero sobre la que no conviene detenerme en esta ocasión.

Aristóteles– para Moreso «La introducción de *defeaters* en el derecho pretende restaurar la equidad» (ibídem, p. 85).

3. UN PAR DE CUESTIONES DISPUTADAS O EL EQUILIBRIO PUESTO A PRUEBA

Si bien se podría presentar diversas objeciones o matices a los sofisticados argumentos de Moreso[21], me concentraré en dos que están estrechamente relacionadas con el objetivo de este trabajo. Expondré la primera en términos semejantes a los de Bayón, y la llamaré: la crítica acerca de la debilidad de la dimensión institucional del derecho, o más brevemente, la de la «debilidad institucional». Expondré la segunda en una formulación emparentada a la de Rodríguez Blanco, y la llamaré: la crítica acerca de la debilidad de la dimensión moral del derecho, o más sintéticamente, la de la «debilidad moral». Soy responsable de plantearlas como contrarias y en paralelo –con toda seguridad voy más allá de la intención de sus autores– pero creo que formularlas así se justifica si puede enriquecer el bosquejo de mi propuesta (4).

Por un lado, Bayón (2022, pp. 540-541)[22] reconoce que –no obstante, la cercanía teórica a Dworkin[23]– Moreso toma distancia del antipositivismo dworkiniano intentando defender una imagen del derecho que destaque más claramente el elemento institucional. Pues bien, a Bayón (ibídem, pp. 541 y ss.) le parece que este esfuerzo en cualquiera de sus versiones algo oscilantes no lo consigue.

Creo que los principales argumentos de Bayón podrían resumirse así. En primer lugar, los intocables institucionales de Moreso serían insuficientes para salvaguardar un grado satisfactorio de certeza en el derecho, o, dicho de otro modo, para que el derecho no quede desbordado por las razones pretendidamente morales que lo erosionan. En segundo lugar, los *defeaters*, si bien abren el sistema a las razones subyacentes a las reglas, estas razones no tendrían por qué ser entendidas como morales –en el sentido de objetivamente morales–, sino que podrían ser comprendidas antes bien como convenciones sociales –incluso siguiendo una interpretación posible del propio Aristóteles–, como aquellas que «el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y […] hubiera sabido». Podría decirse, entonces, que lo que critica Bayón en la imagen del derecho de Moreso es la debilidad de la dimensión institucional de su propuesta.

Por otro lado, Rodríguez Blanco (2022, p. 514) coincide sustancialmente con Moreso en su crítica al relativismo moral, pero le reprocha la falta de claridad en la elaboración de la propuesta de su objetivismo moral modesto, uno que resultaría compatible con un relativismo moral también moderado: una objetividad moral moresiana

21. Se puede revisar con detalle, por ejemplo, el amplio diálogo que la revista *Eunomía* (22, 2022) ofrece entre Moreso y sus comentaristas sobre las tesis aquí defendidas.
22. Su propia posición es desarrollada en otros trabajos, por ejemplo: Bayón, 2000, pp. 87-117.
23. Véase, por ejemplo: Moreso, 2021, pp. 179-184.

lograda –a juicio de Rodríguez Blanco– a través del solapamiento de subjetividades, es decir, en realidad, una objetividad construida de intersubjetividades.

Para Rodríguez Blanco (ibídem, pp. 514-516)[24] el problema crucial es que, frente a los desacuerdos morales, no ideales o «nocionales», sino reales –aquellos donde hay poderosos intereses y pasiones concretas en juego, por así decirlo–, la propuesta reflexiva o intersubjetiva de Moreso parecería inviable de poder practicarse. Para ella, Moreso no responde a la pregunta acerca de cómo la razón práctica ha de comportarse en dichos casos concretos considerando la complejidad humana real –de carne y hueso, digamos– en todos sus matices. Si bien Rodríguez Blanco no se refiere al conjunto de la imagen del derecho de Moreso, podría interpretarse que su crítica se enfoca en la debilidad de la dimensión moral de su propuesta.

Por su parte, Moreso responde a ambos. Respecto de lo que he llamado la crítica de la debilidad institucional, Moreso (2022b, pp. 566-567) propone distinguir entre la importancia que las instituciones convencionales del derecho tienen respecto del marco o límite de las razones subyacentes a las reglas, y la importancia que la genuina moralidad tendría para establecer el contenido de estas razones. Por otro lado, a su juicio, la dimensión institucional del derecho quedaría fortalecida en su propuesta, si se desarrolla un diseño como el que está en marcha –también institucional– de qué jueces, respecto de qué reglas y de qué formas limitadas pueden acceder lícitamente a través de los *defeaters* a las razones subyacentes a las reglas.

Respecto de lo que he llamado la crítica de la debilidad de la moral, Moreso (ibídem, p. 563) responde explicando en qué consistiría ese relativismo moderado compatible con su objetivismo moral modesto. Por un lado, a su juicio habría deberes morales incompatibles que han sido determinados por los compromisos previos que asumimos, como ocurre con algunas prácticas obligatorias específicas de cada religión, por ejemplo. Por otro lado, habría cierta inconmensurabilidad de los valores por la que, en determinados casos, no habría la posibilidad de determinar con claridad cuál es el correcto entre dos cursos de acción incompatibles que actualizan distintos valores en juego.

A través de este diálogo, Moreso parece persistir en lograr un importante, aunque difícil equilibrio. Por un lado, defiende la fortaleza de la institucionalidad del derecho, pero no hasta el punto de que la misma resulte excesivamente restrictiva con la autonomía de los ciudadanos como agentes morales. Por otro lado, defiende el objetivismo moral, pero solo uno moderado[25], de tal manera que pueda justificarse tanto la dimensión institucional como la pluralidad propia de la autonomía moral de los sujetos.

Dicho gruesamente, se trataría de algo más o menos así: ni la reducción del derecho a las instituciones convencionales, ni un objetivismo moral absoluto, todo ello

24. Un desarrollo de su propuesta puede verse, por ejemplo, en: Rodríguez Blanco, 2014, pp. 59-69, y 171 y ss.

25. Algo bastante semejante, me parece, ensaya Atienza, por ejemplo: Atienza, 2022, pp. 136-137; también: Atienza, 2017, pp. 193 y ss. Para un análisis de dicha versión del objetivismo moral, véase Misseri, 2023, pp. 304 y ss.

justificado por razones subyacentes propias de un objetivismo moral moderado, y plasmado en una imagen del derecho como un solo edificio que contiene reglas y *defeaters* que confieren caminos acotados por instituciones intocables para recurrir a los argumentos morales. Así las cosas, me parece que Moreso sale mejor librado de la crítica sobre la debilidad institucional de su imagen del derecho, que de la debilidad moral de la misma. Lo cual no debería sorprender a nadie, dada su expresa afinidad con el positivismo jurídico incluyente. Trataré de justificar brevemente lo que afirmo.

Pienso que en la cuestión entre Moreso y Bayón sobre si son convencionales o genuinamente morales las razones subyacentes que en determinados casos pueden matizar o desplazar a las reglas, la respuesta resulta contingente[26]. A veces se trata de principios convencionales por su forma lingüística, pero también por su contenido: pensemos, en aquellos principios constitucionales que fueron legítimas decisiones del constituyente y que vinculan al legislador, por ejemplo, en aquellos que se enfocan en defender la forma republicana o monárquica de gobierno tal como se le concibe en un momento histórico particular. A veces, sin embargo, como señala bien Moreso, parece que la convencionalidad o positividad alcanza apenas a la decisión formalizadora del constituyente, pero no a su contenido: pensemos, por ejemplo, en el principio que protege la vida humana del no agresor, cuyo valor parece tener una amplia autonomía frente a las fórmulas autoritativas que lo hayan cristalizado lingüísticamente, sin que dicha formalización pueda ser considerada prescindible para la interpretación normativa abstracta o para la determinación concreta del derecho en cuestión, desde luego[27].

No obstante, creo que tiene razón Moreso en algo fundamental: la evaluación sobre la derrotabilidad de una regla por un principio o una razón subyacente –incluso si se le considera completamente convencional–, se evalúa, en última instancia, a través de razones morales, aunque normalmente formalizadas por instituciones convencionales. Y por eso mismo, tiendo a pensar que los intocables del derecho, lo son, ciertamente, pero solo limitadamente o *prima facie*. Podría haber casos muy excepcionales donde se les desafíe con poderosas razones, ya sea por la autoridad, ya sea por el ciudadano, pienso en algún caso auténtico de lo que podríamos denominar «injusticia extrema»[28], en los términos de Alexy.

26. Para una idea bastante semejante, véase, Cianciardo, 2008, pp. 33 y ss. Más recientemente: Etcheverry, 2020, pp. 71 y ss.
27. Para una defensa de la relevancia de la formulación autoritativa de los derechos –su formalización– respecto de sus consecuencias jurídicas, véase, Zambrano, 2013, pp. 87-118.
28. Un interesante debate sobre esta tesis en los trabajos: Alexy, 2013, pp. 97-110; Finnis, 2014, 85-109; y Alexy, 2017, pp. 314-341. Refiero y propongo una respuesta al problema de la injusticia extrema y del derecho injusto en: Chávez-Fernández Postigo, 2021, pp. 125-158, por lo que no es pertinente detenerme aquí. Dicho sea de paso, Moreso parece aceptar con Dworkin que la disputa respecto del derecho injusto es una de tipo meramente verbal: (Moreso, 2020b, p. 405. Más a profundidad sobre el problema en: Moreso, 2017, pp. 101 y ss. Para dejar hablar a otro iuspositivista en este asunto, creo que lleva razón más bien Jorge Luis Rodríguez respecto de que la disputa sobre el derecho injusto no es, necesariamente, una mera cuestión de palabras: Rodríguez, 2021, pp. 174 y ss.

Por otro lado, me parece que en la cuestión entre Moreso y Rodríguez Blanco, el problema no se resuelve muy fácilmente de la forma en que propone Moreso. Interpreto –con bastante libertad, debo admitir– las objeciones de Rodríguez Blanco en el sentido de que una objetividad de intersubjetividades de carácter ideal o nocional resulta insuficiente para resolver razonablemente los genuinos conflictos morales –es decir, no conflictos teóricos o meramente lógicos– que se dan frente a complejas situaciones concretas donde las personas en juego están convencidas de que su punto de vista moral es el correcto, y la solución al caso compromete de manera relevante desde su integridad moral hasta su integridad corporal. En ese sentido me parece que la pluralidad y autonomía moral que busca con justa razón Moreso puede defenderse desde compromisos con una moral objetiva de anclaje en la realidad, pero más al estilo propio de la tradición aristotélica[29], y sin la necesidad de compromisos ontológicos tan robustos como los que propone, por ejemplo, Enoch (2011, pp. 50 y ss.)

4. UN CAMINO ALTERNATIVO O LA BÚSQUEDA DEL JUSTO MEDIO

Como no dispongo del espacio para ensayar una respuesta articulada a las dos cuestiones paralelas que he formulado a través de las ideas de Bayón y de Rodríguez Blanco, en este acápite haré algo mucho más modesto: apenas el esbozo de un argumento que contribuya a encontrar caminos alternativos de respuesta a dichas cuestiones.

Tiendo a pensar que el anclaje que busca Moreso para lograr el equilibrio entre instituciones y razones se lograría mejor si fuera posible plantear no solo algunos o varios intocables del derecho –aunque excepcionalmente «tocables», como sugerí–, sino también algo así como unos pocos «intocables de la moral» para el derecho, algo semejante a lo que Finnis (1992, pp. 39 y ss.) ha llamado «absolutos morales»: ciertas –pocas, aunque importantes– prohibiciones morales o líneas rojas que operan en el sistema jurídico, sobre todo, a nivel de su contenido de razonabilidad, y no de su formalización lingüística[30].

Estas prohibiciones que no admiten excepciones en razón de las intenciones del agente de la acción o de las circunstancias en las que la realiza, se justificarían en lo irrazonable de actuar directamente contra ciertos bienes o fines humanos básicos concretos (Finnis, 2000, pp. 252-253) –no meras abstracciones o ideales–, bienes que se aprehenden por evidencia analítica, aunque son susceptibles de ser justificados con

29. Véase, por ejemplo: George, 2002, pp. 171 y ss. Moreso ha dialogado fructíferamente con posturas que en la tradición aristotélica beben de las ideas de George sobre el pluralismo. Por ejemplo, ha comentado el libro de Simón Yarza, 2017, en: Moreso, 2020b, pp. 654-664.

30. Para una defensa de esta tesis, véase, Massini-Correas, 2006b, pp. 61 y ss. Para Aristóteles hay acciones y pasiones que no admiten término medio o correcto, dado que son «malas en sí mismas, no por sus excesos ni por sus defectos. Por tanto, no es posible nunca acertar con ellas, sino que siempre se yerra» (Aristóteles, 1985, p. 171 / *EN* II, 1107a 10-15).

pretensión de razonabilidad, en última instancia, en el modo de ser propio de todo ser humano, y que podrían rastrarse también a través de una exploración sobre las causas esenciales por las cuales los seres humanos somos, precisamente, «sensibles a las razones», como gusta decir acertadamente Moreso (2022b, p. 559). Ejemplos de estos absolutos morales podrían ser tanto la prohibición de la destrucción deliberada de la vida humana no agresora[31], como la prohibición de la tortura de niños por pura diversión, este último, me parece, admitido por Moreso (2015, p. 214)[32].

Desde luego, plantear la existencia de principios jurídicos de contenido moral indisponible para la autoridad a causa de razones morales, no implica concebir que estos puedan deducirse falazmente de meros hechos naturales o puedan resultar reductibles a alguna manifestación de dichos hechos[33]. Ni siquiera implica que puedan deducirse de una comprensión metafísica «enfática» de la persona humana, en los términos críticos de Alexy (2010, pp. 89 y ss.)

La tradición aristotélica no pretende lograr juicios morales objetivos a través de la adecuación de la razón a una realidad absolutamente independiente del conocimiento humano –un hecho del mundo, por así decirlo–, sino, antes bien, a una realidad teleológica o finalista precisamente práctica, en tanto que captada y formulada en cuanto prescriptiva por la razón práctica (Massini-Correas, 2015, pp. 99-100)[34]. Es cierto que se busca arribar a conclusiones deónticas o prácticas a partir de premisas teóricas sobre aquella estructura ontológica que nos hace humanos y sus fines, y también sobre la naturaleza de las cosas o del mundo, pero eso no ocurre ni primera ni exclusivamente a partir de dicho tipo de conocimiento, no obstante, su importancia para determinar materialmente el contenido concreto de los preceptos. La razonabilidad práctica parte, antes bien, del primer principio moral que puede formularse como «debe hacerse el

31. Finnis lo expresa como «el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior» (Finnis, 2000, p. 253).
32. Cabe precisar que estos «absolutos morales» pueden expresarse lingüísticamente de diversas maneras y no se les plantea aquí como específicas formulaciones no derrotables de carácter indeterminado. De hecho, este trabajo pretende ser un alegato, todavía rudimentario, a favor de la equidad clásica, como superadora de la derrotabilidad, como se verá luego. Cabe precisar también que se les concibe «absolutos» no por razones meramente conceptuales, sino por razones propiamente morales o valorativas. En ese sentido los derechos o bienes jurídicos que pueden determinarse a partir de ellos y de las disposiciones jurídicas aplicables en cada caso concreto no son concebidos como potencialmente en conflicto unos con otros. Para mi propia justificación de una postura no conflictivista puede verse: Chávez-Fernández Postigo, 2012, pp. 130 y ss. Por dichas razones me parece que, por ejemplo, las sugerentes observaciones que Bayón le formula a la propuesta de Atienza no son aplicables a la tesis que intento defender aquí. Véase: Bayón, 2023, pp. 69 y ss., y la bibliografía allí citada.
33. Véase, por ejemplo, Finnis, 2011, p. 147. En un sentido semejante, por ejemplo, Kalinowski, 1979, p. 155 y ss. Moreso, por su parte, destaca la defensa que Cohen hace de principios morales no reductibles a hechos naturales (Moreso, 2020b, p. 239). Para dicha defensa: Cohen, 2003, pp. 214 y ss.
34. No puedo detenerme aquí en este delicado asunto, pero García Huidobro problematiza y defiende detallada y muy solventemente esta tesis clásica de aparente circularidad. Véase García Huidobro, 1995, pp. 90 y ss. En todo caso, llama la atención la ausencia de alguna versión de esta tradición cuando Moreso se ocupa prolijamente del realismo moral y del relativismo moral. (Moreso, 2020b, pp. 85 y ss.)

bien y evitarse el mal» o de algún otro modo semejante, el que se capta por evidencia y no por razonamiento alguno[35].

En todo caso, parece difícil negar la necesidad de elaborar una teoría o una concepción, no solo de la persona en su existencia real y social –yendo más allá del mero sujeto ideal racional y moralmente autónomo[36]–, sino también de la acción humana y de sus especificaciones, de sus hábitos y de sus pasiones, donde pueda justificarse, además, la necesidad del razonable pluralismo que Moreso exige con razón[37].

Dicho de otro modo: si tanto el derecho como sus dinámicas interpretativa-abstracta y determinativa-concreta son actividades humanas susceptibles de evaluación moral y pasibles de «prejuicios y sesgos que nublan [la] visión adecuada de las cosas» (Moreso, 2020b, p. 257), no parece razonable elaborar una teoría de ellas prescindiendo de una concepción o teoría de los aspectos morales de la compleja acción humana[38]. Pero esta teoría o concepción supone un esfuerzo –nadie lo propone ni como sencillo, ni como incontrovertido– por desentrañar la naturaleza o el modo propio del ser humano que hace posible dicha acción, más allá de su sensibilidad a las razones.

Creo que la robustez de dicha antropología y de sus consecuencias para la moral objetiva no deberían prejuzgarse como incompatibles con el pluralismo propio de nuestros Estados constitucionales de Derecho, más allá de que, ciertamente, pudieran resultar, en algunos puntos, algo más incómodas o limitantes –al menos para un importante sector de la sensibilidad contemporánea– que una moral de fundamento menos fuerte, modesto o mínimo. En todo caso –valgan verdades– en favor de ambos tipos de objetivismo moral o de algún otro –y más allá de su tradición de filiación kantiana o aristotélica[39]–, ante el genuino desacuerdo moral, no se puede ofrecer más que buenas razones siempre abiertas al debate público. Desde luego la defensa integral de una antropología como la propuesta aquí está bastante lejos de ser pacífica y no puedo emprenderla ahora[40].

En cualquier caso, desde la tradición aristotélica sería imposible concebir que cualquier esfuerzo metódico o taxonómico –dicho gruesamente: técnico en el sentido de meramente estratégico– por resolver el problema de la determinación o aplicación del derecho –de sus reglas y de sus razones subyacentes– al caso concreto, pueda lograrse razonablemente prescindiendo del concurso de algunas de las virtudes humanas en

35. Para una valiosa síntesis de la diferencia entre los aportes de Aristóteles y de Tomás de Aquino respecto de esta tesis, véase, García Huidobro, 2002, pp. 59 y ss., y la bibliografía allí citada.
36. Desde luego, sin comprometerse con algo semejante a lo que planteo, son perfectamente válidas las críticas en ese sentido de Martha Fineman, 2008, pp. 1-23. Sobre la tesis de Fineman y mi propuesta al respecto, véase, Chávez-Fernández Postigo, 2023a.
37. Vigo ha ensayado recientemente un abordaje del asunto desde la tradición aristotélica. Véase, Vigo, 2022.
38. Moreso parece reconocerlo, al menos, implícitamente. Véase, Moreso, 2020b, p. 236.
39. Aquí hago alusión a las dos concepciones más relevantes de la racionalidad práctica que identifica Alexy (2004, p. 133).
40. Me ocupo de ello en Chávez-Fernández Postigo, 2012, pp. 90 y ss.

general[41] y de dos virtudes en particular: la prudencia y la equidad, a las que me referiré muy brevemente esta vez[42].

Por un lado, la prudencia –la frónesis aristotélica[43]–, es concebida, en términos de Kalinowski (1982, pp. 126-128), como «una puesta a punto de nuestro intelecto (razón)». Se trata de un hábito intelectual pero también moral –una peculiar virtud, tanto racional como volitiva– que predispone a la persona para pasar razonablemente, integrando su compleja dimensión racional-emocional, de los principios –sin duda, también aquellos que expresan absolutos morales, aunque no solo ellos– o reglas más generales, y de los hechos particulares de cada situación, a la concreción de la acción singular pretendidamente correcta. Si hablamos específicamente de su relación con el derecho –de la prudencia jurídica–, la interpretación y la determinación o aplicación del derecho –tanto en su contexto de descubrimiento como en el de su justificación– serían operaciones inviables si no se cuenta con la prudencia como virtud –o al menos, con juicios de tipo prudencial– ordenando y sintetizando el imperativo que implica lo justo (*ius* o *díkaion*) en cada caso concreto[44].

Por otro lado, la equidad –la epiqueya aristotélica[45]–, es concebida, en términos de Massini-Correas, como «una modalidad especial de la prudencia, que puede denominarse *perspicacia*» (Massini-Correas, 2008, pp. 101-102), la que es susceptible de ser entendida, al mismo tiempo, como una dimensión ulterior o más perfecta de la justicia legal –la parte de la virtud de la justicia que consiste en dar abstractamente a través de la ley a cada uno lo suyo (*ius* o *díkaion*)–, y que habilita al decisor para el discernimiento que implica matizar los términos generales de dicha disposición jurídica en orden a la determinación del derecho en una situación particular, evitando la manifiesta o grave injusticia que se cometería si se aplicase sin dicho matiz o tal adecuación.

41. Algunos dan un paso más –y en un sentido no les falta razón– para afirmar que «Desde una perspectiva neoaristotélica, son las virtudes, y no los principios, los elementos centrales de una teoría del razonamiento práctico» (Amaya, 2013, p. 179). Sobre la importancia de la conexión entre la jurisprudencia de las virtudes y las contemporáneas teorías del derecho natural (Amaya, 2021, pp. 267-277).
42. Me he detenido extensamente sobre ellas en otro lugar: Chávez-Fernández Postigo, 2017, pp. 84 y ss.
43. Para Aristóteles «la prudencia es un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre» (Aristóteles, 1985, p. 275 / *EN* V 1140 b /); para más adelante afirmar que «la prudencia es normativa, pues su fin es lo que se debe hacer o no» (ibídem, 1143a / p. 283).
44. No es posible detenerme aquí en este asunto. Para un estudio pormenorizado, véase, Massini-Correas, 2006a, pp. 30 y ss. Quizá haga falta señalar que muchas veces se alude a la prudencia, pero desde concepciones del término muy diferentes. Por ejemplo, se puede apreciar el modo estratégico o técnico en que Bayón parece concebirla en: Bayón, 1991, p. 128.
45. Para Aristóteles, «lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta» (Aristóteles, 1985, *EN* V, 10, 1137b / p. 265). Luego añade: «queda también de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquel que elige y practica estas cosas justas, y aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder, aunque tiene la ley de su lado. Tal es el hombre equitativo, y este modo de ser es la equidad, que es una clase de justicia, y no un modo de ser diferente» (ibídem, 1137b – 1138a / p. 266.)

En el orden de ideas de dicha tradición, si bien la equidad puede entenderse metodológicamente –en el sentido de que la razón práctica procede metódicamente–, se desnaturaliza si se le concibe como un mero mecanismo, técnica o estrategia de solución –como por momentos pareciera sugerir Moreso– donde se establecen intocables institucionales y *defeaters*, aun cuando se justifiquen en razones genuinamente morales[46]. Si bien no puedo desarrollar esta idea aquí, me parece que es precisamente una teoría de la acción moral humana y de sus virtudes asociada a una teoría de la naturaleza humana y sus fines en los términos de la tradición aristotélica lo que podría explicar por qué es perfectamente posible –como bien sugiere Moreso (2020b, pp. 557-563, 588-589)[47]– que las causas de justificación en el derecho penal y los vicios del consentimiento guarden una estrecha relación con la práctica de la equidad.

Lo sostenido en este acápite me lleva a pensar que un modelo taxonómico de *defeaters* con intocables institucionales resulta una postura sin duda más equilibrada que los extremos formalistas y activistas. Sin embargo, podría resultar algo inestable –moralmente débil, y por eso mismo, también institucionalmente frágil–, si no se sostiene en respuestas antropológicas plausibles algo más densas o estructuradas, y consecuentemente, sobre una teoría de la acción humana que dé cuenta satisfactoriamente de cómo operan en los hechos –y cómo deben operar– las virtudes intelectuales y morales en la interpretación y en la determinación del derecho tanto por las autoridades como por los ciudadanos. Dicho muy sintéticamente –y con algo de retórica– quizá lo que habría de buscarse, más que un equilibrio o ponderación sistemático de elementos en tensión, sea un justo o término medio entre dos extremos, precisamente aquello en lo que para Aristóteles implica la virtud moral[48].

46. Desde luego, la equidad tampoco es susceptible de confundirse en sus argumentos de prudencia con los de las éticas utilitaristas, como pareció entender, por ejemplo, Garzón Valdés, 1993, p. 126. Lo que no significa que, en lo personal, comparta las tres líneas críticas de Chiassoni a Garzón Valdés respecto de que este habría hecho una lectura excesivamente caritativa del clásico español (Chiassoni, 2007, pp. 84 y ss.) Por otro lado, si bien es posible entender el bien y el valor como sinónimos –básicamente cuando se trata de entender el segundo término a través del foco de significado del primero–, si se reduce la virtud como hábito del bien al valor, se rompe la conexión con la teoría de la acción humana y con la antropología de corte metafísico que esta supone en la concepción de Aristóteles y de su tradición, lo que pareciera ocurrir con estudios exhaustivos como los de Vega López (2014, pp. 42-72 o 2013, p. 250). Sobre el sentido analógico del término *phýsis*, (Aristóteles, 1998, / V, 3, 1014b 16 ss.) Me parece que esta es una parte importante de las razones por las cuales Vega interpreta a Aristóteles como un autor ni positivista ni iusnaturalista, Vega López, 2011, pp. 281-317.
47. Con más detalle sobre el primer punto: Moreso, 2001, pp. 525-545.
48. Para Aristóteles la virtud moral «se refiere a las pasiones y acciones, y en ellas hay exceso, defecto y término medio […] La virtud, entonces, en un término medio, o al menos tiende al medio» (Aristóteles, 1985, p. 170 / 1106b 15-30).

5. BREVES REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Para terminar, quisiera destacar solamente que en la tradición aristotélica la equidad no es el mecanismo mediante el cual las autoridades jurisdiccionales aplican un sistema jurídico de razones que derrotan reglas o uno de reglas más o menos impermeables a sus razones morales. Dicha tradición existe en Occidente antes de que concibiéramos al derecho como un sistema formalmente inmune a la moral, y ha sobrevivido al redescubrimiento de la naturaleza esencialmente moral y problemática de lo jurídico. Es un patrimonio intelectual y cultural del que no debiéramos privarnos al momento de enfrentar con ideas renovadas la búsqueda del tan anhelado equilibrio en la interpretación y en la determinación del derecho.

Creo que una jurisprudencia de la justicia y de la equidad –con algunas instituciones muy firmes o casi intocables, y con una taxonomía de *defeaters*, todo ello justificado por razones genuinamente morales– puede ser planteada como una vía razonable o equilibrada en dicho esfuerzo –como el justo medio entre formalismo y activismo, por así decirlo–, pero siempre que no se tome la decisión de prescindir del rol decisivo de las virtudes intelectuales y morales humanas en dicha empresa. Aunque me parece que esto último implica también un esfuerzo por desentrañar una antropología finalista consistente de base –tan robusta como fuere necesario–, al menos como punto de partida para esa discusión sobre lo que es bueno, virtuoso, justo o equitativo para la persona humana en nuestros contemporáneos Estados constitucionales de Derecho. En ese sentido, este trabajo no pretende ser más que una propuesta para dicho diálogo abierto y necesario.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho.* Trad. Seña, J. M., 2.ª ed. Gedisa, Barcelona.

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales.* Trad. Bernal Pulido, C., 2.ª ed. en castellano. CEPC, Madrid.

Alexy, R. (2010). «¿Derechos humanos sin metafísica?», en *La institucionalización de la razón.* Comares, 79-94.

Alexy, R. (2013). «Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis». *The American Journal of Jurisprudence,* (58), 97-110. https://doi.org/10.1093/ajj/aut009

Alexy, R. (2017). «The Ideal Dimension of Law», en Duke, G. y George, R P. (Eds.). *The Cambridge Companion to Natural law Jurisprudence, Cambridge University Press*, 314-341. https://doi.org/10.1017/9781316341544.012

Amaya, A. (2013). «Virtud y razón en el Derecho. Hacia una teoría neoaristotélica de la argumentación jurídica», en González de la Vega, R. y Lariguet, G. (Coords.). *Problemas de Filosofía del Derecho. Nuevas perspectivas.* Temis, Bogotá, 177-194.

Amaya, A. (2021). «Virtue and Natural Law», en Crowe, J. y Youngwon Lee, C. (Eds.), *Research Handbook on Natural Law,* 267-277. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4238943

Aristóteles (1985). Ética Nicomáquea / Ética *Eudemia,* trad. Pallí Bonet, J. Gredos, Madrid.
Aristóteles (1998). *Metafísica,* Trad. García Yerba, V., 2.ª ed. Gredos, Madrid.
Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social.* Trotta, Madrid.
Atienza, M. (2018). «Siete tesis sobre el activismo judicial». *Grand place: pensamiento y cultura,* (10), 39-47.
Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana.* Trotta, Madrid.
Atienza M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* 4.ª ed. Ariel, Barcelona.
Bayón, J. C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción.* CEC, Madrid.
Bayón, J. C. (2000). «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico». *Isonomía,* (13), 87-117.
Bayón, J. C. (2022). «El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones». *Eunomía,* (22) 539-557. https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6837
Bayón, J. C. (2023). «¿Hay derechos absolutos? Proporcionalidad, autoridad y dignidad», en Díaz, E. y F. Laporta (Dir.). *Leer a Manuel Atienza*, CEPC, Madrid, 65-86.
Cabra Apalategui, J. M. (2011). «Antiformalismo y argumentación jurídica». *Derechos y libertades,* (24), 67-91.
Chávez-Fernández Postigo, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica.* Palestra, Lima.
Chávez-Fernández Postigo, J. (2017). *Luis Recaséns y la Teoría estándar de la argumentación jurídica. Una revalorización del logos de lo razonable.* Aranzadi, Pamplona.
Chávez-Fernández Postigo, J. (2021). «Las consecuencias jurídicas de los defectos morales del derecho: una propuesta a partir del debate entre Alexy y Finnis». *Prudentia Iuris,* (92), 125-158. https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021
Chávez-Fernández Postigo, J. (2023a). «Vulnerabilidad y dignidad: un diálogo con la teoría de Martha Fineman». *Díkaion,* (31), e32118. https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.18
Chávez-Fernández Postigo, J. (2023b). «Dignidad humana e injusticia extrema. Distintas tradiciones iusfilosóficas en diálogo». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* (48), 36-59. https://doi.org/10.7203/Cefd.48.25530
Chiassoni, P. (2007). «Entre formalismo y *theological reading*: Garzón Valdés, Francisco Suárez y la interpretación de la ley». *Doxa,* (30), 79-87. https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.11
Cianciardo, J. (2008). *Una introducción a los principios constitucionales.* Ad-Hoc, Buenos Aires.
Cohen, G. A. (2003). «Facts and Principles». *Philosophy & Public Affairs,* (31), 211-245. https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.2003.00211.X
Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Trad. Guastavino, M., 5.ª reimp. Ariel, Barcelona.
Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos.* Trad. Pons, H., FCE, Buenos Aires.
Enoch, D. (2011). *Taking Morality Seriously: A Defense of Robust Realism.* Oxford University Press.
Etcheverry, J. B. (2020). *Constitución, principios y positivismo jurídico.* Astrea, Buenos Aires.
Fineman, M. A. (2008). «The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition». *Yale Journal of Law and Feminism,* (20), 1-23.

Finnis, J. (1992). *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad.* Trad. García Norro, J. J., Eiunsa, Barcelona.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales.* Trad. Orrego C., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Finnis, J. (2011). «Is and Ought in Aquinas», en *Reason and Action. Collected Essays*. (Vol. I). Oxford University Press, 144-146. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199580057.003.0010

Finnis, J. (2014). «Law as a Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law's «Ideal Dimension»». *The American Journal of Jurisprudence,* (59), 85-109. https://doi.org/10.1093/ajj/auu007

García Huidobro, J. (1995). *Objetividad ética.* Edeval, Valparaiso.

García Huidobro, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo.* UNAM, México.

García Jaramillo, L. (2023). «El compromiso con lo normativo en la obra de J. J. Moreso: un zorro que quiso ser erizo». *Díkaion,* (32), 10 (e32120). https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.20

García Yzaguirre, V. (2022). «Excepciones en las normas jurídicas. Una propuesta de análisis conceptual». *Diritto & questioni pubbliche,* (22), 61-84.

Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, Ética y Política*. CEC, Madrid.

George, R. P. (2002). *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública.* Eiunsa, Barcelona.

Hart, H. (2004). *El concepto de derecho.* Trad. Carrió, G. 2.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Kalinowski, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el derecho.* Trad. Marí, E. Eudeba, Buenos Aires.

Kalinowski, G. (1982). «Aplicación del derecho y prudencia», en *Concepto, fundamento y concreción del derecho.* Trad. Arias, C. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 123-141.

Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual.* Trotta, Madrid.

Llano Alonso, F. (2009). *El formalismo jurídico y la teoría experiencial del derecho*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Massini-Correas, C. I. (2006a). *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del Derecho.* 2.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Massini-Correas, C. I. (2006b). *Ley natural y su interpretación contemporánea.* EUNSA, Pamplona.

Massini-Correas, C. I. (2008). *Filosofía del derecho. Tomo III: El conocimiento y la interpretación jurídica.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Massini-Correas, C. I. (2015). *Facticidad y razón en el derecho. Análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea.* Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Sao Paulo.

Misseri, L. E. (2023). «Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana». *Doxa,* (46), 297-319. https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.17

Moreso, J. J. (2001). «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)». *Doxa,* (24), 525-545. https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.19

Moreso, J. J. (2009). *La constitución: modelo para armar.* Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.

Moreso, J. J. (2015). «Objetividad moral sin realismo robusto. Comentarios sobre Enoch». *Discusiones,* (16), 191-219. https://doi.org/10.52292/j.dsc.2015.2423

Moreso, J. J. (2017). «Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral (Homenaje a Andrés Ollero)». *El derecho: diagramas conceptuales.* Universidad Externado de Colombia, 101-134.

Moreso, J. J. (2020a). «Towards a Taxonomy of Normative Defeaters», en S. Bertea (Ed.). *Contemporary Perspectives on Legal Obligation,* Routledge, 173-186.

Moreso, J. J. (2020b). *Lo normativo: variedades y variaciones*. CEPC, Madrid.

Moreso, J. J. (2021). «Dworkin en Barcelona. Crónica de su última visita», en L. García Jaramillo (Ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*. Trotta, Madrid, 179-184.

Moreso, J. J. (2022a). «El fundamento moral del derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo)». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* (56), pp. 33-54. https://doi.org/10.30827/acfs.v56i.21657

Moreso, J. J. (2022b). «Nuevas variaciones para mis críticos». *Eunomía,* (22), 558-573. https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6838

Moreso, J. J. (2023). «Cristina Lafont sobre la completitud de la razón pública». *Revista Derecho del Estado,* (55), pp. 15-31. https://doi.org/10.18601/01229893.n55.03

Moreso, J. J. y Valentini, C. (2021). «In the Region of Middle Axioms: Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium and Mid-Level Principles». *Law and Philosophy,* (40), 545-583. https://doi.org/10.1007/s10982-021-09409-7

Nino, C. S. (1987). *El constructivismo ético.* CEC, Madrid.

Parfit, D. (2011). *On What Matters. Volume One and Two.* Oxford University Press.

Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice, Revised Edition.* Harvard University Press.

Rawls, J. (2000). *Lectures on the History of Moral Philosophy.* Harvard University Press.

Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre Derecho y moral.* Trad. Tamayo y Salmorán R., 2.ª ed., Unam, México.

Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del Derecho.* Marcial Pons, Madrid.

Rodríguez Blanco, V. (2014). *Law and Authority Under the Guise of the Good.* Hart Publishing, Oxford.

Rodríguez Blanco, V. (2022). «Los desacuerdos genuinos morales y el relativismo. Un diálogo entre Bernard Williams y J. J. Moreso. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones». *Eunomía*, (22), 513-517. https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6834

Schauer, F. (1987). «The Jurisprudence of Reasons. A *Law's Empire* reviewing». *Michigan Law Review,* (85), 847-878. https://doi.org/10.2307/1289016

Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana.* Trad. Orunesu, C. y Rodríguez, J. L. Marcial Pons, Madrid, Barecelona.

Simón Yarza, F. (2017). *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada.* CEPC, Madrid.

Suárez, F. (1967). *Tratado de las leyes y de Dios legislador.* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, (t. I).

Vega López, J. (2011). «Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural». *Anuario de Filosofía del Derecho,* (27), 281-317.

Vega López, J. (2013). «La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica». *Doxa,* (36), 229-273. https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.11

Vega López, J. (2014). «La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas». *Observatório da Jurisdição Constitucional*, (7), 42-72.

Vega López, J. (2018). «Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial». *Doxa,* (41), 123-150. https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.07

Vigo, R. L. (2022). *La reconciliación del Derecho con la razón y las emociones.* Palestra, Lima.

Zambrano, P. (2013). «Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana», en J. B. Etcheverry (Coord.). *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales.* UNAM, México, 87-118.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 563-580
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.21

¿Libertarismo o compatibilismo? La disyuntiva filosófica detrás del debate entre Eduardo García Máynez y Carlos Cossio

Libertarianism or Compatibilism? The Philosophical Dilemma Underlying the Controversy between Eduardo García Máynez and Carlos Cossio

Mauricio Lecón Rosales

Autor:
Mauricio Lecón Rosales
Universidad Panamericana, Campus Ciudad de México, México
mlecon@up.edu.m
https://orcid.org/0000-0002-9928-7739

Recibido: 17/04/2023
Aceptado: 14/11/2023

Citar como:
Lecón Rosales, Mauricio (2024). *¿Libertarismo* o compatibilismo? La disyuntiva filosófica detrás del debate entre Eduardo García Máynez y Carlos Cossio *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 563-580. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.21

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Mauricio Lecón Rosales

Resumen

En este artículo examino la controversia académica sobre el concepto de libertad jurídica entre Eduardo García Máynez y Carlos Cossio. Defiendo que la discrepancia entre los autores responde a diferencias estructurales que refieren, en última instancia, a dos concepciones distintas acerca de la libertad humana. Para ello, primero, analizo la definición positiva ofrecida por Máynez de libertad jurídica y sus notas esenciales. Luego examino las principales críticas interpuestas por Carlos Cossio a las ideas de García Máynez, así como el modo en el que García Máynez atendió a estas críticas. Finalmente, argumento que la noción de libertad jurídica revela los compromisos libertarios de García Máynez, mientras que las ideas de Carlos Cossio reflejan su concepción compatibilista de la libertad humana. El objetivo final es interpretar la disputa desde una consideración filosófica que no ha sido explorada aún y que permite situar a los autores en discusiones filosóficas más amplias, como la existencia o inexistencia del determinismo causal.

Palabras clave: libertad jurídica; derecho de libertad; incompatibilismo; Eduardo García Máynez; Carlos Cossio.

Abstract

In this article I review the academic controversy on the concept of legal liberty between Eduardo García Máynez and Carlos Cossio. My aim is to argue that the discrepancy between the authors stems from structural differences that refer, ultimately, to two different accounts of human

freedom. To this effect, I first analyze Máynez's positive definition of juridical freedom and its main features. I then examine the main criticisms interposed by Carlos Cossio to García Máynez's ideas, as well as the way in which García Máynez addressed these criticisms. Finally, I argue that the notion of legal liberty reveals García Máynez's libertarian commitments, while Carlos Cossio's ideas reflect his compatibilist account on human freedom. My goal is to interpret the dispute from a philosophical standpoint that has not yet been explored and that allows us to situate the authors in broader philosophical discussions, such as the existence or non-existence of causal determinism.

Keywords: legal liberty; liberty as right; incompatibilism; Eduardo García Máynez; Carlos Cossio.

INTRODUCCIÓN

En 1939, Eduardo García Máynez publicó el libro *Libertad como derecho y como poder*; el cual, consta de una serie de conferencias dictadas dos años antes en la Universidad Autónoma de México. El libro pertenece a lo que se ha llamado el «primer período» de su labor filosófica que comprende los primeros quince años de su producción académica (1935-1950) y está marcado por sus especulaciones acerca de la ética y axiología del derecho (Hurtado, 2001, p. 148). En dicho texto, García Máynez afirma que la libertad jurídica es un derecho subjetivo de segundo grado[1] que consiste en una «facultad puramente normativa […] de optar entre el ejercicio o no ejercicio de una facultad fundante» (García Máynez, 1941, p. 73); la cual, empero, debe ser un derecho subjetivo potestativo. El texto de García Máynez motivó una interesante discusión académica con el jurista Carlos Cossio; quien, ese mismo año, dedicó varias páginas de su libro *Las lagunas del Derecho* para criticar fuertemente las ideas de García Máynez. Ahí, Cossio niega que la libertad jurídica se reduzca al ámbito de lo lícito potestativo; es decir, a ser la facultad de «ejercitar o no ejercitar un derecho subjetivo cuando el contenido de los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio» (García Máynez, 1941, p. 25). Para Cossio, la libertad jurídica es la facultad jurídica que subyace a cualquier derecho subjetivo–sea del obligado o del pretensor– y que se funda en la realidad metafísica de la libertad humana. El propio Eduardo García Máynez, unos años después, respondió a la crítica en su ensayo *Una discusión sobre el concepto de Libertad. Respuesta a Carlos Cossio*. En él, García Máynez desgrana y responde, minuciosamente, cada una las objeciones de Carlos Cossio para reafirmar su postura. Todo esto, no sin antes advertir que la discrepancia entre ambos se reduce a una cuestión terminológica. Aunque las coincidencias entre ambos no son pocas, desconcierta que el propio García Máynez haya diluido las diferencias a una cuestión nominal. En lo personal considero que estas palabras son un

1. «A los derechos que no se basan ni en un deber, ni en otro derecho, los denomina Máynez independientes o de primer grado; y los que se fundan en un deber o en otro derecho, dependientes o de segundo grado como es el caso del derecho de libertad o el derecho del obligado». (Fernández Suárez, 2018, p. 279)

gesto de amabilidad intelectual por parte de García Máynez, pues en el fondo se trata de dos posiciones irreconciliables.

En lo que sigue defenderé que es falso que las discrepancias entre ambos autores sean meramente terminológicas. Por el contrario, argumentaré que se tratan de dos concepciones diametralmente opuestas de la libertad jurídica que, naturalmente, se valen de distintas expresiones para articularlas. Considero que la diferencia esencial consiste en que la noción de libertad jurídica de García Máynez supone una noción libertaria de la libertad; esto es, como una facultad normativa que captura la autodeterminación de la voluntad para su ejercicio, así como la indeterminación respecto de sus objetos; mientras que Carlos Cossio supone una noción compatibilistas de acuerdo con la cual la diversidad de alternativas de acción no es constitutiva de la libertad. Para ello, haré tres cosas: primero, expondré brevemente la definición positiva que Eduardo García Máynez ofrece del derecho de libertad y su distinción de la libertad natural o como poder. En segundo lugar, presentaré las principales críticas que Carlos Cossio interpuso a las ideas de García Máynez, así como la manera en que García Máynez atendió a la crítica, en general. Finalmente, explicaré las diferencias estructurales que subyacen a las discrepancias nominales entre los autores y porqué se tratan de dos posiciones irreconciliables.

LA LIBERTAD JURÍDICA (O DERECHO DE LIBERTAD), SEGÚN EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ

En las palabras preliminares de su ensayo, García Máynez declara que su objetivo es «demostrar […] que no sólo es posible, sino necesario, definir de forma positiva el derecho de libertad» en oposición a quienes lo hacen negativamente como Hugo Rocco (García Máynez, 1941, p. 11). Con base en la propuesta de García Máynez, pueden señalarse tres deficiencias fundamentales de la definición negativa de la libertad jurídica. En primer lugar, definir negativamente la libertad jurídica sugiere que dicha libertad refiere a la actividad que es posible en virtud de un vacío jurídico; como si ser libre jurídicamente para hacer X significara tener la posibilidad de X gracias a que X está fuera del orden normativo. Así, al definir negativamente la libertad jurídica se corre el riesgo de pensarla como el mero silencio de la norma. Sin embargo, para García Máynez es un error pensar la libertad jurídica en esos términos, pues aunque es verdad que la libertad jurídica no es un facultad que se conceda expresamente por la norma es indudable que

> el orden jurídico concede en forma presunta la facultad de hacer u omitir lo que sus normas no ordenan ni vedan. La prueba está en la prohibición de que ese sector de actividad libre sea atacado. La imposición del deber de respetar la zona de la actividad potestativa implica el tácito otorgamiento del derecho de ejectur u omitir los actos comprendidos dentro de ese ámbito. Si tal derecho no existiese, ninguna necesidad habría de prohibir las interferencias (García Máynez, 1951, p. 203).

Si la libertad jurídica refiriese al dominio de lo extra-normativo (i.e, de lo que está fuera de la norma), entonces, no habría razón para que desde el orden normativo se prohibiera a las personas violentar dicho espacio. En segundo lugar, el sentido negativo de la libertad jurídica la reduce, básicamente, a una clase o especie de los derechos subjetivos. Si el derecho en sentido subjetivo no es otra cosa que la «posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo» (García Máynez, 1951, p. 181), entonces la libertad jurídica entendida como «el derecho de ejecutar u omitir aquellos [actos] que no están ordenados ni prohibidos» (García Máynez, 1951, p. 201) sugiere que la libertad jurídica es una especie de ese tipo de facultades concedidas por la norma. Sin embargo, la libertad no es un derecho subjetivo más; sino una facultad fundada en otro derecho subjetivo que no implica un deber para que permita la comparecencia del derecho fundante. De ahí que García Máynez precise que la libertad jurídica es la «forma categorial de manifestación» para toda una clase de derechos subjetivos (García Máynez, 1941, p. 85). Lo cual, conduce a una tercera deficiencia de la definición negativa de libertad jurídica; a saber, que solamente indica «sus límites, pero no su esencia» (García Máynez, 1941, p. 21). «Declarar que la libertad consiste en hacer o dejar de hacer lo que el orden jurídico no prescribe ni veda, es como describir una ciudad diciendo hasta dónde llegan sus murallas» (García Máynez, 1941, p. 25)[2]. La definición negativa de libertad jurídica no expresa nada acerca del contenido de ese concepto, ni mucho menos refiere a sus notas esenciales o condiciones para que exista. De ahí la necesidad de encontrar una definición positiva que estipule el sentido de la expresión y articule los elementos esenciales del concepto y de su correlato objetivo[3].

Definición positiva del derecho de libertad

La libertad jurídica, en cambio, es una facultad derivada de una norma; es decir, una autorización concedida por la ley. Dicha facultad constituye un auténtico derecho; el derecho de libertad, en virtud de que surge o depende de un orden jurídico que la concede a un individuo. «La palabra *derecho* encierra dos significaciones, según que el término se aplique a la norma misma o a las facultades por ella creadas. La norma es *derecho* en sentido *objetivo*; la facultad lo es en sentido *subjetivo*» (García Máynez, 1951, pp. 180-181).

2. Si bien, García Máynez lamenta, al inicio y al final de su ensayo, que la definición negativa no indique nada sobre la *esencia* de la libertad jurídica (García Máynez, 1941, pp. 21 y 84), es un error pensar que García Máynez suscribe una doctrina clásica de la definición; es decir, que intenta descubrir la definición que captura la esencia y notas diferenciales de la libertad jurídica. Antes bien, el esfuerzo de García Máynez parte de estipular la forma en que entender y usar dicha voz determinando así el contenido del concepto de libertad jurídica y sus atributos esenciales; esto es, las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de este derecho. Ver: García Máynez, 1958, pp. 61-2.
3. Para conocer las exigencias formales y materiales que este concepto debe tener, ver: García Máynez, 1959.

En tanto derecho, la libertad jurídica es una posibilidad de acción o de omisión autorizada por una norma. Sin embargo, el propio García Máynez advierte que derecho de libertad no es un derecho como cualquier otro, «sino la forma categorial de manifestación de todo derecho subjetivo» (García Máynez, 1941, p. 57). Esto significa que la libertad jurídica es un derecho subjetivo que posibilita el ejercicio de otros derechos subjetivos; a saber, de aquellos que facultan a sus titulares a conductas lícitas potestativas. Eduardo García Máynez explica que las conductas lícitas (i.e permitidas por el derecho) pueden ser obligatorias o potestativas. Las primeras consisten en los actos que el derecho ordena realizar y en los actos que el derecho ordena omitir. De estas acciones se desprenden los derechos del obligado: «la facultad de hacer lo que se prohíbe omitir» y «la facultad de omitir lo que se prohíbe hacer» (García Máynez, 1951, p. 201). Por su parte, las conductas lícitas potestativas son aquellas cuya realización o omisión están igualmente permitidas. La libertad jurídica se expresa justamente en dichas conductas porque sólo respecto de ellas el titular está autorizado para llevarlas a cabo o abstenerse de hacerlo. De ahí que García Máynez defina la libertad jurídica como «la facultad que toda persona tiene para ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio» (García Máynez, 1941, p. 35).

A la luz de lo anterior, es evidente que para García Máynez la libertad consiste, esencialmente, en la facultad de optar (*facultas optandi*) entre ejercitar o no un derecho. Dependiendo del caso, la libertad jurídica puede manifestarse como una *facultas agendi* (a través del ejercicio del derecho de primer grado); o como una *facultas omittendi* (mediante el no ejercicio de la facultad fundante). Así, el derecho de libertad es un derecho de segundo orden porque depende de otro sobre el cual versa.

> El derecho [subjetivo] es una simple posibilidad normativa, o facultad de obrar en tal o cual sentido; el ejercicio es un hecho, la realización de aquello que la norma autoriza. El derecho de libertad se funda en otro derecho, y consiste en la facultad de optar entre su ejercicio o no ejercicio (García Máynez, 1941, p. 29).

Ahora bien, la libertad jurídica de una persona no debe confundirse con el derecho subjetivo que es materia de la opción; aunque éste, a su vez, consista en una facultad de optar. Por ejemplo, con base en el artículo 123 apartado XXII de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, un trabajador que ha sido despedido injustificadamente puede optar entre exigir el pago de una indemnización o ser reinstalado para el cumplimiento de su contrato. El derecho del obrero para elegir alguna de las acciones es el derecho subjetivo fundante de su derecho de libertad, mediante el cual, el obrero está autorizado a elegir o renunciar cualquiera de ellas. Así, la facultad del obrero para optar entre ejercitar o no su derecho es realmente distinta e irreductible al derecho mismo de ser indemnizado o reinstalado. Pues si el obrero puede elegir entre dos cursos de acción es porque está autorizado a elegir entre ejercitar o no ejercitar dicha elección. Lo cual implica que «jurídicamente nadie puede impedir al trabajador que

opte, si quiere hacerlo, ni exigirle que lo haga, si no quiere hacerlo» (García Máynez, 1951, p. 212).

Lo anterior también sirve para poner de relieve el carácter paradójico del derecho de libertad. Pues, aunque el derecho de libertad es un derecho de segundo grado porque depende de un derecho subjetivo distinto, al mismo tiempo, el derecho de libertad posibilita el derecho subjetivo del que depende. Tómese el ejemplo anterior: la libertad jurídica del obrero es una facultad que descansa en el derecho reclamar su indemnización o reinstalación. Es decir, si no tuviera este último derecho, su libertad jurídica a ejercitarlo no existiría. Sin embargo, si el trabajador puede exigir su indemnización es gracias a que tiene el poder para hacerlo o no hacerlo. La acción de exigir una compensación económica es una determinación de la facultad jurídica a que pudiera o no hacerlo. Por esta razón cuando García Máynez llama al derecho de libertad una «forma categorial» a lo que se refiere es que es una condición necesaria para la manifestación del derecho fundante y, por ello, no es como cualquier otro derecho en tanto que la libertad jurídica es la estructura fundamental para todos los derechos subjetivos que no están fundados en un deber.

Relaciones entre libertad jurídica y natural

Habiendo esclarecido por qué la libertad jurídica es un derecho que debe definirse de manera positiva, puede comprenderse la distinción entre la libertad jurídica y la llamada libertad de la voluntad o libertad de poder. Al respecto, García Máynez describe a cada una diciendo que la libertad de la voluntad:

> [E]s generalmente concebida como poder, o facultad natural de autodeterminación. […] La libertad jurídica no es poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, sino derecho. Podríamos decir, con toda justicia, autorización. Estar autorizado significa tener el derecho de realizar u omitir ciertos actos (García Máynez, 1941, p. 17).

Lo que hace García Máynez es señalar una diferencia ontológica entre ambas libertades. La libertad jurídica es una posibilidad de acción dentro de un orden normativo, una facultad que se refiere a lo que el orden jurídico permite que sea. En cambio, la libertad de la voluntad (o libre albedrío) es un hecho del mundo, pues es la aptitud natural de una persona para autodeterminarse y obrar por sí misma. El ejercicio o actualización de la libertad de la voluntad resulta en una conducta humana que puede ser normativamente calificada como lícita o ilícita, según sea permitida o prohibida por el orden jurídico. La conducta humana recibe el signo positivo de lo lícito cuando se ejercita un derecho; recibe el signo negativo de ilicitud cuando la acción incumple un deber impuesto por el orden jurídico. En cualquier caso, todas las facultades normativas se actualizan mediante el ejercicio de la libertad natural; incluido el derecho de libertad cuyo ejercicio «supone una manifestación especial del libre albedrío, ya sea en el sentido de la realización, ya en el de la omisión del acto autorizado» (García Máynez, 1941, p.

73). En otras palabras, el derecho de libertad se ejerce a través de un acto volitivo con el que se opta actuar o abstenerse de hacerlo conforme a un derecho subjetivo potestativo. Sin embargo, no todo acto volitivo constituye el ejercicio de la libertad jurídica, piensa García Máynez. El ejercicio de la voluntad puede redundar en el ejercicio de una facultad fundada en un deber propio o, incluso, en el incumplimiento de una obligación. «Los límites de la libertad, como derecho, coinciden pues con los de lo lícito potestativo, mientras que la libertad de la voluntad es capaz de rebasar la linde de lo lícito obligatorio y penetrar en el territorio de lo prohibido» (García Máynez, 1941, p. 152). La conducta violatoria de la norma, ciertamente, es un acto libre del sujeto por ser una determinación de su propia voluntad. Sin embargo, dicha violación no es un ejercicio de la libertad jurídica de la persona, pues el infractor no está facultado normativamente para dejar de observar sus obligaciones. En consecuencia, la libertad jurídica es, únicamente, la comparecencia autorizada por el orden normativo del libre albedrío; la cual, ocurre a través de las conductas propias de los actos lícitos potestativos, es decir, de aquellos derechos que no están fundados en un deber propio.

El hecho de que el universo de actos jurídicamente permitidos sea más reducido que el universo de los actos libres o voluntarios revela que la libertad jurídica y la libertad natural conciernen a distintos ámbitos. Esto ha llevado a algunos, cree García Máynez, a concebir la libertad de la voluntad como un poder humano que está fuera de toda regulación y cuyos actos son todas aquellas conductas a las que podemos determinarnos y realizar con nuestras propias fuerzas. A la luz de tal consideración, el Estado y la ley parecerían condicionar opresivamente nuestra libertad reduciendo la libertad jurídica a una noción empobrecida de nuestro libre albedrío. Sin embargo, García Máynez no piensa que ése sea el caso. De acuerdo con él, la libertad como poder innato de las personas a hacer lo que cada uno quiere, necesariamente, se condiciona cuando se despliega en un contexto comunitario; es decir, cuando se ejerce junto con otros sujetos que poseen ese mismo poder. Lo que el Estado y las leyes hacen es, precisamente, ordenar y armonizar el ejercicio de la libertad individual de cada uno de los que forma parte de la comunidad. El reclamo de que la libertad natural deba manifestarse sin restricciones en un entorno político es incompatible con la idea de una comunidad política, pues para que exista ésta se necesita un ordenamiento jurídico que restrinja y/o avale nuestra libertad innata. Por tanto, la libertad natural no es un derecho; ni tampoco las restricciones normativas impuestas a ella son un abuso, pues son lo que posibilita el ejercicio coordinado de este poder en la vida comunitaria. Luego es comprensible que el dominio de la libertad natural sea más amplio que el de la libertad jurídica. El ámbito de los actos libres humanos nunca coincide con el ámbito de las facultades jurídicas; sin importar que éstas pueden aumentar en el tiempo y, con ellas, la libertad jurídica de cada persona.

LA DISCUSIÓN ENTRE CARLOS COSSIO Y EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ

En su monografía escrita en 1941, *Las lagunas del derecho*, Carlos Cossio critica la definición positiva de libertad jurídica desarrollada por Eduardo García Máynez. Aunque aplaude el esfuerzo del jurista mexicano, Cossio considera que la definición propuesta es muy particular e impropia porque «se refiere al derecho de libertad y no a la libertad jurídica como dato del derecho subjetivo (libertad jurídica en sentido propio)» (Cossio, 1947, p. 92)[4]. Básicamente, lo que afirma Cossio es que el derecho de libertad y la libertad jurídica no son lo mismo y que la definición de Máynez aplica a aquél, pero no a ésta. La facultad de una persona a ejercitar o no ejercitar un derecho subjetivo que no está fundado en un deber, ciertamente, constituye el derecho de libertad o, como lo llama Cossio, la facultad de señorío de las personas. La libertad jurídica, empero, es algo distinto a esa facultad normativa, piensa Cossio. La libertad jurídica es la fenomenalización del libre albedrío que es jurídicamente relevante (i.e. susceptible de recibir el signo de licitud o ilicitud). En palabras de Cossio, la libertad jurídica es «el dato metafísico de la libertad humana jurídicamente considerada y calificada con el signo de positivo de lo lícito o permitido» (Cossio, 1947, p. 94). La libertad jurídica no se identifica, sin más, con la libertad metafísica o de la voluntad; sino únicamente con sus actos (i.e. con las conductas libres) lícitos o permitidos. Por otra parte, la libertad jurídica así entendida comprende muchas más instancias que la sola posibilidad de una persona para optar entre ejercitar o no un derecho subjetivo. Pues quien voluntariamente cumple con la obligación legal de actuar de cierta manera o de abstenerse de hacerlo, también ejerce su libertad jurídica. De ahí que la principal acusación de Carlos Cossio contra García Máynez sea que su definición de libertad jurídica la reduce a una sola de sus manifestaciones.

> Que se llame derecho de libertad a la facultad de señorío, no suscita reparos; pero que sólo esto sea la libertad como derecho, es algo que no se puede aceptar sin gran violencia de los términos y sus significaciones, porque al ejercitar mi derecho de cumplir mi propia obligación, mi libertad metafísica de hacerlo es libertad como derecho, aunque no es facultad jurídica de señorío (Cossio, 1947, p. 101).

Carlos Cossio incluye otros señalamientos contra la definición propuesta por García Máynez. Cada uno de ellos denuncia presuntas inconsistencias, deficiencias metodológicas o arbitrariedades conceptuales en las que incurre el autor. De acuerdo con Cossio, la propuesta de Máynez es deficiente de raíz porque está basada en la clasificación de los actos humanos en ordenados, prohibidos y permitidos; la cual considera que «no es una división lógica», sino «apenas un agrupamiento de actos» (Cossio, 1947, p. 97). Por si fuera poco, Cossio acusa a García Máynez de emplear inconsistentemente

4. Uso la edición de 1947 recogida en el libro *La plenitud del ordenamiento jurídico*. Sin embargo, el texto corresponde al texto original «El problema de las lagunas del derecho» publicado en 1941 en el n. 5, año v, del *Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales*.

dicha clasificación, ya que, por un lado, la abandona al referirse al derecho de libertad como una forma categorial y por el otro, la suscribe al identificar al derecho de libertad con lo permitido *strictu sensu*. Adicionalmente, Cossio acusa a García Máynez de seguir dos criterios distintos para justificar la facultad de señorío y los derechos del obligado–-a saber, la demostración (i.e. lógica pura) y la mostración (i.e. argumentación teleológica), respectivamente–; al igual que desacredita la distinción entre lo lícito potestativo y lo lícito obligatorio por considerar a la licitud una nota del Derecho que no puede ser determinada en esos términos (Cossio, 1947, pp. 100 y ss.). En suma, estas observaciones complementarias pretenden socavar la fundamentación lógica de la definición de Máynez sobre la libertad jurídica y su identificación con el derecho de libertad; en aras de favorecer una noción de libertad jurídica más amplia y contradistinta a la facultad de señorío.

En 1942, Eduardo García Máynez publicó su respuesta a las críticas de Carlos Cossio en su ensayo *Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad.* En general, los esfuerzos de Máynez apuntan a reiterar la diferencia entre libertad metafísica y libertad jurídica. Ante la idea propuesta por Cossio de que la libertad jurídica comprende todos los actos voluntarios que reciben el signo de licitud, Máynez insiste en que libertad jurídica–en tanto facultad jurídica–comparece únicamente cuando el titular puede optar entre el ejercicio o no ejercicio de su derecho.

> Cossio llama *libertad jurídica en sentido propio* o *libertad como dato del derecho*, a lo que yo […] designo con las palabras *libertad de la voluntad* […] La libertad de la voluntad puede ser considerada como dato de cualquier facultad jurídica (no sólo del derecho de libertad), en cuanto es un hecho que el derecho no ha creado, sino que existe independientemente de él, como algo «dado» al mismo. […] la libertad de la voluntad, es dato de cualquier facultad jurídica, en cuanto el titular tiene el poder de ejercitar o no ejercitar la facultad jurídica de que se trate. Pero una cosa es el hecho de que la persona (como ser dotado de albedrío) pueda ejercitar o no ejercitar sus facultades jurídicas, y otra el derecho que el propio sujeto tiene de optar entre esas dos posibilidades. (García Máynez, 1942, p. 2).

Con esto, es evidente que para García Máynez es falso que cualquier determinación lícita de la voluntad sea una expresión de la libertad jurídica. De acuerdo con Máynez, el derecho a cumplir la propia obligación no es una instancia del derecho de libertad, pues cuando alguien está obligado normativamente a algo sólo una de las posibilidades a las que puede optar es lícita:

> Por ejemplo, el deudor sólo tiene derecho a pagar su deuda, aunque sea libre de no hacerlo: la capacidad natural de elegir no pagar no es una facultad que emane del orden normativo, aunque esa misma capacidad sea la que reciba el signo de licitud cuando se autodetermina al cumplimiento de su deber (García Máynez, 1942, p. 5).

Ciertamente, el obligado es metafísicamente libre para cumplir con su obligación o para desacatarla. Sin embargo, jurídicamente hablando, sólo está autorizado a cumplir con su obligación; no tiene el derecho a incumplirla. En cambio, el acreedor de una deuda no sólo está facultado para exigir su pago, sino que también lo está para condonar la

deuda o simplemente para no-exigirla. Así, el titular de un derecho subjetivo que no está fundado en un deber posee auténtica libertad jurídica respecto de dicho derecho pues cualquiera de sus determinaciones está permitida; es decir, la norma lo faculta para optar entre su ejercicio o no ejercicio.

Eduardo García Máynez defiende la idoneidad de su definición de libertad jurídica no sólo haciendo hincapié en los dos planos de consideración de la libertad, sino que también lo hace desarticulando el resto de las críticas lanzadas por Cossio en su contra. En primer lugar, defiende la validez de la clasificación tradicional de los actos humanos argumentando que su *principium divisionis* no es otro que el hecho de que los actos mandados y prohibidos son obligatorios y, por ende, el contenido de la obligación puede ser un acto o una omisión. Aunado a ello, argumenta que dicha clasificación divide realmente a los actos humanos, desde un punto de vista jurídico, debido a su completud o exhaustividad (i.e. todos los actos humanos caen en dicha clasificación). Todo lo cual abona a la pertinencia de esta clasificación como fundamento de la definición propuesta por García Máynez (García Máynez, 1942, p. 11). Asimismo, Máynez niega que cuando se refiere al derecho de libertad como una «l forma categorial de manifestación» de los derechos subjetivos esté abandonando la clasificación. Con ello, no hace más que afirmar que «la libertad [jurídica] no se relaciona directamente con los derechos, sino con su ejercicio o no ejercicio» (Recaséns Siches, 1963, p. 363). El hecho de que Máynez afirme que el derecho de libertad es una facultad jurídica relativa únicamente a los actos permitidos, y no a los mandados o prohibidos, no significa que desestime la conveniencia de clasificar así los actos humanos; sino que apenas circunscribe al derecho de libertad, en tanto derecho subjetivo de segundo orden, a los actos permitidos *strictu sensu.* García Máynez también rechaza seguir dos aproximaciones distintas para justificar la libertad jurídica y el derecho de libertad (i.e. facultad de señorío); primeramente porque para Máynez son la misma cosa y, en segundo lugar, porque la justificación filosófica del derecho de libertad que ofrece en su ensayo es complementaria a la justificación normativa construida desde la noción de deber que, por lo demás, desarrolla en toda la obra. Finalmente, a la presunta falsedad de la distinción entre lo lícito potestativo y obligatorio responde diciendo que «aun cuando la licitud sea una nota puramente lógica del derecho, nada impide distinguir aquello que siendo permitido se agota en la facultad de cumplir un deber propio, de lo que, siendo igualmente lícito, no implica la observancia de un deber propio» (García Máynez, 1942, p. 19).

La discusión culmina con la respuesta de Carlos Cossio a las réplicas de García Maynez en su obra, *La teoría egológica del derecho y el concepto de libertad* publicada en 1944. Ahí, Cossio desarrolla su teoría egológica del derecho, según la cual, el derecho es una conducta humana orientada a la realización de valores (i.e. la libertad, la justicia y la seguridad) que ledan sentido y legitimidad. Así, el derecho no es un conjunto de normas o una ciencia de objeto ideales, sino el comportamiento real de los individuos orientado a la convivencia armónica y equititativa en una comunidad. A la luz de esta

manera de concebir el Derecho, Cossio declara que es un error distinguir la libertad metafísica y libertad jurídica como dos realidades distintas u objetos que pertenecen a «diferentes regiones ónticas». (Cossio, 1944, p. 292). En su opinión, son un «solo y mismo objeto […] la libertad jurídica es […] la libertad metafísica fenomenalizada o libertad del querer». (Cossio, 1944, p. 292). Esto significa, que la libertad jurídica es la manifestación o comparecencia en el mundo de la libertad metafísica, pero bajo algunas especificaciones. La libertad metafísica es la única libertad humana que existe, como realidad ontológica; la libertad jurídica, entonces, es el despliegue de esa misma libertad bajo ciertas condiciones.

INCOMPATIBILISMO VS. COMPATIBILISMO: LA VERDADERA DIVERGENCIA ENTRE EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ Y CARLOS COSSIO

Llama la atención que Eduardo García Máynez intentó diluir sus diferencias con Carlos Cossio reduciéndolas a una simple discrepancia terminológica. Al inicio de su opúsculo en respuesta a Cossio, García Máynez advierte que la discrepancia con su colega «es, en lo fundamental, puramente terminológica, y obedece, en otros aspectos de importancia secundaria, a una interpretación errónea de la doctrina que sustento, interpretación que, sin duda alguna, se debe a falta de claridad por parte mía» (García Máynez, 1942, p. v). El propio Carlos Cossio, inicialmente, sugirió lo mismo al reconocer como «un éxito concluyente» la empresa de Máynez de encontrar una definición positiva de *libertad jurídica* y al presentar su principal reparo contra García Máynez como un error terminológico; a saber, emplear como sinónimas las expresiones *derecho de libertad* y *libertad jurídica*:

> pues en tanto la primera es unívoca al referirse a la facultad de señorío, la segunda es equívoca porque, junto con esa sinonimia artificialmente establecida, conserva siempre su referencia a otra diversa cual es el dato metafísico de la libertad humana jurídicamente considerada y calificada con el signo de lo lícito o permitido (Cossio, 1947, p. 94).

Algunos especialistas han hecho eco de esta aparente armonía. Por ejemplo, Enrique Muñoz Meany señaló que la terminología es «el origen de casi toda la controversia» (Muñoz Meany, 1943, 71). Mientras que, más recientemente, Aquilino Fernández ha afirmado que «son más los elementos de coincidencia que de discrepancia entre ambas posiciones» (Fernández Suárez, 2018, p. 292). En su opinión,

> la diferencia más significativa es la mayor extensión que el Prof. argentino [Cossio] le atribuye a la libertad jurídica. Mientras Máynez limita la libertad jurídica al campo de lo potestativo, Cossio entiende que se da en todo el campo de lo lícito, tanto en el ejercicio de los derechos independientes como en los dependientes, facultades de inordinación o si se prefiere, derechos del obligado (Fernández Suárez, 2018, p. 293).

Las opiniones anteriores, plantean la discusión entre ambos autores como un problema relativo a una diferencia de denominación; según la cual, uno llama facultad

de señorío a lo que el otro llama de derecho de libertad, pero que al final de cuentas existe «una identidad de pensamiento» en lo que ambos piensan (Cossio, 1947, p. 99). Sin embargo, ése no es el caso. En su trabajo *Derecho y libertad*, Enrique Villanueva interpreta la controversia como un asunto de separabilidad entre el orden jurídico y el mundo fenoménico. De acuerdo con Villanueva, mientras para Eduardo García Máynez la libertad jurídica es un fenómeno distinto de la libertad metafísica o natural; para Carlos Cossio, son lo mismo.

> Las personas de las que habla el orden jurídico son las personas que observamos en la vida cotidiana y la libertad que estipulan los artículos de la Constitución […] es la libertad de esas personas: es una y la misma libertad. Las personas tienen una libertad que es real, que no se agota en la experiencia, una libertad que es un hecho metafísico y esa libertad real aparece o se fenomenaliza en la experiencia propia o en la conducta humana; no existe una libertad jurídica que sea ontológicamente independiente de la libertad metafísica de las personas: las normas jurídicas hablan de una conducta humana metafísicamente libre. (Villanueva 20111, p. 295).

El propio Carlos Cossio, en su *Teoría egológica del Derecho*, reconsideró su opinión inicial negando taxativamente que «nuestra discrpepancia con el profesor mexicano dista también muchísimo de ser una discrepancia verbal o terminológica» (Cossio, 1944, p. 374). Y reitera que «no ha de decirnos el profesor García Máynez que las diferencias entre su pensamiento y el nuestro son, en lo fundamental, verbales o terminológicas» explicando que «la diferencia fundamental, de donde emanan casi todas las otras, consiste en que para nosotros el Derecho es conducta y la Ciencia dogmática del Derecho es una ciencia de realidades, y para él no» (Cossio, 1944, pp. 399). Básicamente, Cossio identificó que el núcleo de la controversia radica en concepciones diversas del Derecho. La suposición, en el fondo, es que Carlos Cossio defiende una comprensión fenomenológica del Derecho como contrapeso a la visión más formalista y positivista de García Máynez.

Así, es evidente que las posiciones de García Máynez y Carlos Cossio son irreconciliables. Ciertamente, la disputa en torno a la libertad jurídica nace de las diferentes maneras en las que cada autor concibe el Derecho. Sin embargo, considero que la controversia no se resume a lo jurídico, sino que atañe también a diferentes maneras de concebir la libertad (o si se quiere, a las diferentes nociones de libertad que subyacen a sus respectivas concepciones del Derecho). Así las cosas, pienso que la disputa entre García Maynez y Cossio, en el fondo, implica una diferencia fundamental en el incompatibilismo y compatibilismo que cada autor suscribe.

Llamo incompatibilismo o libertarianismo[5] a la postura filosófica para la cual la libertad humana implica que «(a) lo que elijamos de entre un abanico de posibilidades

5. El libertarianismo en este contexto no se refiere a la doctrina política con el mismo nombre. Cuando se habla de libertarios en relación con el libre albedrío, se refiere a aquellos que creen en la existencia de un libre albedrío antideterminista o incompatibilista. Es importante señalar que esta creencia en el

alternativas «depende de nosotros» y (b) el origen o fuente de nuestras elecciones y acciones está en nosotros y no en nadie ni en nada sobre lo que no tengamos control» (Kane, 2005, p. 10). El primer rasgo refiere a la indeterminación del libre albedrío–a lo que los medievales llamaban «libertad de especificación» (*libertas specificationis*): la capacidad de la voluntad para determinarse hacia un objeto u otro. La segunda implicación alude a la capacidad de la voluntad para autodeterminarse a obrar o no obrar; es decir, la libertad de ejercicio (*libertas exercitii*). Aunque ambas libertades son constitutivas de la voluntad, la libertad de ejercicio es el sentido más propio de libertad porque en él se funda su indeterminación específica. Gracias a su capacidad para autodeterminarse, la voluntad puede querer o no querer algo; o querer u odiar ese mismo objeto. Así, la voluntad es libre gracias a que es un poder que puede relacionarse consigo misma a través de un acto reflejo mediante el cual posee un autodominio respecto de su acto y objeto. Luego la autorrelación causal y reflexiva de la voluntad fundamenta su libertad intrínseca de acción y, por consiguiente, la responsabilidad moral. Pues, de acuerdo con esta postura, la imputabilidad moral depende de que el agente libre haya podido optar por una alternativa distinta a la elegida, bajo las mismas circunstancias previas a la toma de dicha decisión.

Dicho esto es posible advertir que Eduardo García Máynez suscribe alguna versión de incompatibilismo (concretamente de agente causal)[6] que explica las restricciones adoptadas en su noción de libertad jurídica. En primer lugar, porque García Máynez identifica la libertad natural con la capacidad humana para autodeterminarse. «[La libertad como atributo de la voluntad] es generalmente concebida como poder, o facultad natural de autodeterminación» (García Máynez, 1943, p. 147) Dicha capacidad de autodeterminación debe entenderse como la capacidad de la voluntad para actualizarse o moverse a obrar por sí misma y por ningún principio externo. Esto significa que cuando las personas actúan libremente, lo hacen por una elección propia y sin estar determinadas por factores externos a su voluntad (como la genética, el medio ambiente, la sociedad o la opinión de otros) sino que son el resultado de una elección libre e independiente de la voluntad. Sin embargo, la autodeterminación es sólo un aspecto del incompatibilismo filosófico (el cual, por lo demás, existe en algún grado también en las posturas compatibilistas).

Aunada a la capacidad para autodeterminarse, las concepciones libertarias del libre albedrío demandan la indeterminación de la voluntad; es decir, la posibilidad de elegir entre diversas alternativas o de hacer lo contrario. Dicha indeterminación comparece a manera de tres posibilidades que enfrenta el agente libre al actuar: a) la posibilidad de obrar o no obrar: $\Diamond$ [Dfp $\vee$ $\sim$ Dfp]; b) la posibilidad de producir actos contrarios

libre albedrío no necesariamente implica que también tengan creencias políticas relacionadas con la libertad asociadas con el libertarianismo político.

6. Para una discusión detallada sobre los tipos de indeterminismo, sus implicaciones y problemas, ver: Kane, 2005, pp. 22-26.

respecto de un mismo objeto, por ejemplo, amar y odiar: ♦ [Dfp ∨ Ofp]; y c) la posibilidad de que la conducta verse sobre objetos distintos ♦ [Dfp ∨ Dfq]. En este sentido, García Máynez afirma que «la posibilidad de elegir existe únicamente cuando el individuo dispone de diversos procedimientos de realización. Habiendo una pluralidad de caminos para el logro de un propósito cualquiera, el sujeto puede escoger entre ellos el que más le plazca» (García Máynez, 1941, p. 75)[7].

Ahora bien, Carlos Cossio también concibe la libertad metafísica (i.e. la libertad de la voluntad) como una capacidad para autodeterminarse; de hecho, se refiere a la voluntad como «autodeterminación creadorad» (Cossio, 1947, p. 107). Sin embargo, la indeterminación de la voluntad para elegir sus objetos o fines no es una nota esencial de la libertad humana en la teoría de Cossio. Para él, una cosa es la determinación de los contenidos de la libertad (sea no sea la propia libertad quien los realice esta tarea) y otra cosa muy diferente es la libertad fenomenalizada como una conducta y determinación. La libertad como conducta se reduce a la autodeterminación del agente a moverse o actuar por sí mismo y no precisa de la posibilidad de que el agente mismo determine los fines o propósitos de su acción: «la determinación de los contenidos de la libertad o querer, aunque sea completa, es independiente del querer mismo y su licitud, en lo que este querer es sigue siendo libertad efectiva, realización no mecánica y lícita» (Cossio, 1944, p. 331). Incluso cuando los contenidos son heteronormados, la conducta no deja de ser libre por haberlos recibidos desde afuera. Salvo en el caso de la facultad de señorío–entiéndase la facultad para optar entre el ejercicio o no ejercicio de un derecho–, la libertad jurídica comparece en la conducta libre lícita, con independencia de que el agente haya podido autodeterminarse o no a otro fin, pues aunque no pueda más que realizar o querer los fines que le fueron impuestos «no por esto deja de ser conducta ni deja de ser libertad jurídica lo que está representado en la norma» (Cossio, 1944, pp. 330-331). Al margen de la indeterminación o heterodeterminación de la voluntad, la libertad existe porque la conducta libre

> no está afectada ni deja de ser libertad por la autonomía o heteronomía de la determinación de sus contenidos, porque una cosa es la libertad del obrar y otra muy diversa es la libre elección de lo que haya de hacerse, estando la libertad como fenómeno de la realidad humana solamente en lo primero (Cossio, 1944, pp. 330-331).

En consecuencia, para Cossio la libertad humana consiste únicamente en la libertad del obrar, no en la libertad de elegir, pues la indeterminación o la posibilidad de hacer otra cosa no es algo constitutivo de la libertad, cuanto de una sola de sus especificaciones: la

7. Enrique Muñoz Meany suscribe, de la mano de García Máynez, una concepción robusta de la libertad natural o libertaria: «arbitrio irregulado, poder con dimensiones indefinidas e inciertas, cuyos únicos límites coincidirían con el alcance de nuestras propias fuerzas» (Muñoz Meany, 1943, 64). Meany defiende la definición de libertad jurídica de García Maynez, como forma categorial de los derechos subjetivos, y fundada en la libertad metafísica. Reprueba, en cambio, la propuesta de Cossio al encontrar inconcebible «la pretendida identidad entre la liberatad como derecho (facultad de señorío) y la libertad como poder (facultad jurídica en general). Ver: Muñoz Meany, 193, 70.

facultad de señorío. La libertad jurídica, entonces, es la conducta humana o autodeterminación a algo que estuvo exenta de impedimientos, considerada según su licitud. De ahí que, su postura razonablemente pueda describirse como compatibilista. De acuerdo con el compatibilismo:

> [S]er libre […] significa en lenguaje ordinario (1) tener el poder o la capacidad de hacer lo que queremos (deseamos o elegimos) hacer, y esto implica (2) una ausencia de restricciones o impedimentos que nos impidan hacer lo que queremos, deseamos o elegimos. impedimentos que nos impidan hacer lo que queremos, deseamos o elegimos (Kane, 2005, p. 12).

Hasta este punto, empero, sólo he revisado las diferencias entre las respectivas concepciones de la libertad natural o libre albedrío. Mas, como afirma Ernest Hocking, «descubrir la libertad como atributo de la voluntad no es descubrir nada acerca de la libertad como derecho» (Hocking, 1943, p. 165). En el caso de Eduardo García Máynez, hay que decir que al definir la libertad jurídica como la facultad para optar entre el ejercicio y el no-ejercicio de un derecho subjetivo, lo que hace es acotar la libertad jurídica únicamente a la facultad normativa que permite la expresión de la indeterminación y autodeterminación de la voluntad. Si la libertad jurídica sólo atañe a los derechos subjetivos no fundados en una obligación es porque ellos son la única instancia en los que comparece íntegramente la capacidad para autodeterminarse y la indeterminación de la libertad de la voluntad. Al respecto, afirma Máynez:

> [E]l derecho de libertad implica el reconocimiento de la facultad natural de autodeterminación, cuando ésta se manifiesta en un sentido no prohibido por el orden jurídico. Al decir que tengo el derecho de optar entre el ejercicio o no ejercicio de mis facultades jurídicas […] implícitamente reconozco que mi libre albedrío puede jurídicamente orientarse en cualquiera de los dos sentidos. El ejercicio de la facultad natural de autodeterminación (atributo de la voluntad humana) representa en este caso el contenido de esa facultad jurídica, a la que damos el nombre de derecho de libertad (García Máynez, 1942, pp. 3-4).

Lo que intenta decir García Máynez es que libertad jurídica consiste en la capacidad normativa que refleja la libertad natural del ser humano; es decir, en la facultad jurídica que permite la expresión de la indeterminación de la voluntad humana y de su capacidad para autodeterminarse[8]. De ahí que García Máynez excluya los derechos del obligado en su conjunto del campo de la libertad jurídica, pues aquéllos no son facultades que permitan la comparecencia de la autonomía e indiferencia de la voluntad, sino de una sola determinación metafísicamente libre tomada por ella. Por ejemplo, el deudor no goza de la libertad jurídica para cumplir con su obligación porque sólo

8. No es el caso que García Máynez intente convertir el hecho de la libertad en un derecho. La libertad como poder es distinta de la libertad jurídica. Lo que pretende García Máynez es llamar libertad jurídica, únicamente, a aquella situación normativa en la que aparecen todas las notas de la libertad de la voluntad. Por eso, la libertad jurídica entendida como facultad normativa para autodeterminarse es un derecho en el que van implícitas todas las prestaciones de la libertad metafísica y que sólo pueden aparecer en el sector de lo lícito potestativo. Ver: Recaséns Siches, 1963, pp. 362-363.

tiene derecho a pagar su deuda, aunque sea libre de no hacerlo. Su capacidad natural de elegir no pagar no es una facultad que emane del orden normativo, pues el derecho a cumplir su deber legítima solo una determinación de su libertad natural, pero no permite la expresión de la apertura e indiferencia de su voluntad hacia distintos actos u objeto. «Cosa distinta ocurre con los derechos cuyo contenido no se reducen al cumplimiento de un deber propio, pues tanto el ejercicio, como el no ejercicio de los mismos, ostentan el signo positivo de la licitud» (García Máynez, 1941, p. 5). En tales casos, el poder natural de la libertad, la libertad metafísica, se constituye íntegramente como un derecho o facultad porque todas las posibilidades en las que puede autodeterminarse tienen el signo de licitud. Por el contrario, el derecho del acreedor se acompaña de su derecho de libertad porque está facultado para elegir entre el ejercicio o no ejercicio de su derecho, pero también para realizar actos contrarios como cobrar o condonar la deuda. De esta manera, es evidente que el compromiso de Eduardo García Máynez con el incompatibilismo se extiende más allá de la libertad metafísica hasta su concepción de la libertad jurídica. La cual, refiere únicamente al espacio para la manifestación autorizada de la libertad de la voluntad y no sólo de una de sus determinaciones.

Por su parte, el compatibilismo de Carlos Cossio conduce a una acepción de libertad jurídica, aparentemente, más amplia o comprensiva que la de García Máynez. Cossio piensa que la libertad jurídica en cuanto licitud de un querer no es sólo la facultad de señorío, «sino todo derecho subjetivo o facultad jurídica en general […] pues aunque este querer esté totalmente determinado en su contenido [no haya posibilidad de versar sobre otra cosa], esta determinación es independiente del querer mismo y su licitud» (Cossio 1947, p. 95). Básicamente, esto significa que la libertad jurídica se refiere tanto a la libertad de la voluntad, como a la libre elección. Es decir, la libertad jurídica puede referir a cuando el orden normativo permite la indeterminación de la voluntad a contrarios, como también a cuando la voluntad se ha determinado por sí o por otro hacia alguna opción lícita. De ahí que, en otro lugar, Cossio describa la libertad jurídica como «la libertad metafísica en su juego jurídico dentro de la esfera de lo lícito» (Cossio, 1947, p. 94).

De esta manera, puede comprenderse que la discrepancia entre Eduardo García Máynez y Carlos Cossio no es una cuestión acerca de la extensión o uso de algunos términos, ni tampoco se agota en la adopción de dos concepciones distintas del Derecho. Pues, más determinante aún es el hecho de que cada postura supone una manera distinta de pensar la libertad humana. Por un lado, García Máynez llama libertad jurídica únicamente a la facultad normativa que permite el despliegue pleno del modo de ser de la libertad de la voluntad (i.e. su capacidad de autodeterminarse y ser indeterminada) y, en ese sentido, infunde en el término los compromisos incompatibilistas de su concepción de la libertad humana. Mientras que Cossio llama libertad jurídica no a la expresión de la condición indeterminada del libre albedrío, sino a cualquier determinación de la libertad humana que sea permitida por el orden normativo, ya que para él la libertad

metafísica es un libre querer o conducta para el que el agente está capacitado y no impedido, al margen de que haya estado determinado a ella.

CONCLUSIÓN

A lo largo del trabajo, he demostrado que la raíz de la disputa académica entre Eduardo García Máynez y Carlos Cossio en torno a la libertad jurídica es una discrepancia filosófica que no ha sido suficientemente atendida. La definición positiva de libertad jurídica de García Máynez es la consecuencia de su concepción incompatibilista o libertaria de la libertad humana; según la cual, la libertad de la voluntad es la capacidad de autodeterminación del ser humano que incluye, necesariamente, su apertura a diversos objetos y actos (i.e. su indeterminación). En consonancia con esto, García Máynez define la libertad jurídica como la facultad para optar entre el ejercicio y el no-ejercicio de un derecho subjetivo cuyo contenido no es el cumplimiento de un deber propio. De esta manera, la libertad jurídica queda circunscrita a la autorización normativa que posee un sujeto para ejercer un derecho cuando todas las alternativas posibles son lícitas. Lo cual, es un esfuerzo de García Máynez por reservar la noción de libertad jurídica únicamente a la instancia jurídica en la que comparece la libertad de la voluntad en su plena indeterminación y autodeterminación.

Carlos Cossio piensa que la definición de García Máynez alude a una facultad jurídica específica; la de señorío. Sin embargo, la libertad jurídica se refiere a cualquier determinación de la voluntad que sea permitida o lícita, incluidas aquellas que son ordenadas por la norma. Así, la libertad humana no es otra cosa que la capacidad de hacer algo por uno mismo (i.e. autodeterminarse), al margen de que haya tenido otra alternativa o no. Lo cual es una postura diametralmente opuesta a la de García Máynez, para quien la libertad humana es autonomía e indeterminación, sea en sede metafísica o jurídica.

Ciertamente, las categorías compatibilismo e incompatibilismo son ajenas al lenguaje usado por García Máynez y Cossio. Sin embargo, al ser los nombres más utilizados para enmarcar la discusión filosófica sobre el libre albedrío, he considerado necesario emplearlas para formular la idea de que dicha discusión es la que subyace a la disputa entre ambos. Esta forma de interpretar el debate revela un nuevo universo de presupuestos y problemas teóricos para los autores. Pero más importante aún, es el hecho de que ayuda a esclarecer los retos y ventajas que cada postura plantea en caso de servir para la interpretación y aplicación de leyes, o la manera de concebir el papel de los tribunales y los jueces en la resolución de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

Cossio, C. (1947). *La plenitud del ordenamiento jurídico.* (2.ª ed.). Losada

Cossio, C. (1944). *La Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Losada.

Fernández Suárez, J. A. (2018). El derecho de libertad en Eduardo García Máynez. *Revista del Posgrado en Dereco de la Unam*, 8. https://doi.org/10.22201/fder.26831783e.2018.8.74

García Máynez, E. (1941). *Libertad como derecho y como poder. Definición positiva y ensayo de justificación filosófica del derecho de libertad.* Compañía General Editora.

García Máynez, E. (1942). *Una discusión sobre el concetpo jurídico de libertad. Respuesa a Carlos Cossio*. Imprenta universitaria.

García Máynez, E. (1951). *Introduccción a la lógica jurídica*. Fondo de Cultura Económica.

García Máynez, E. (1958). Análisis critico de algunas teorías sobre el concepto de definición. *Revista de Filosofía DIÁNOIA*, 4 (4). https://doi.org/10.22201/iifs.18704913e.1958.4.1333

García Máynez, E. (1959). La noción universal del derecho y los conceptos jurídicos fundamentales. *Revista de Filosofía DIÁNOIA*, 5 (5). https://doi.org/10.22201/iifs.18704913e.1959.5.1317

Hocking, W. E. (1943). Comments on Professor Maynez's Paper on «Liberty as Right and as Power». *Philosophy and Phenomenological Research*, 4 (2), 165-166.

Hurtado, G. (2001). Eduardo García Máynez y la filosofía científica en México. Primera parte. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 15, 133-164.

Kane, R. (2005). Introduction: The Contours of Contemporary Free Will Debates. En R. Kane (Ed.), *The Oxford Handbook of Free Will*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195178548.003.0001

Muñoz Meany, E. (1943). Libertad metafísica y libertad jurídica. Época III. Tomo VI. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas y sociales de Guatemala, 2,* 61-72

Recaséns Siches, L. (1963). *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Porrúa.

Villanueva, E. (2011). Derecho y libertad. *Cuestiones constitucionales*, 25, 293-313.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 581-603
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.22

El jusnaturalismo de Lorenzo Peña y su propuesta (ius)política

The Jusnaturalism of Lorenzo Peña and his (Ius) Political Proposal

Jaime Humberto Gándara Pizarro

Autor:
Jaime Humberto Gándara Pizarro
Facultad Interamericana de Litigación, México
Universidad de Salamanca, España
idu004268@usal.es
https://orcid.org/0000-0002-1431-7143

Recibido: 17/09/2022
Aceptado: 25/01/2023

Citar como:
Gándara Pizarro, Jaime Humberto (2024). El jusnaturalismo de Lorenzo Peña y su propuesta (ius) política *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 581-603. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.22

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Jaime Humberto Gándara Pizarro

Resumen

El principal propósito de la presente investigación consiste en analizar cuáles son los elementos que constituyen, definen y diferencian la propuesta jusnaturalista sostenida por Lorenzo Peña de otras corrientes como el esencialismo jurídico, asimismo, la vinculación que esta pueda manifestar directamente con la filosofía como con la política. En particular, me interesa analizar cómo la teorización jusnaturalista que realiza el autor se configura en un complejo entramado filosófico que tiene como resultado la exigencia de cierto sistema político que vaya acorde a los postulados y axiomas que el jusnaturalismo de Peña contiene. Finalmente, se verificará el hilo conductor que atraviesa y une estas tres esferas: filosofía, derecho y política.

Palabras clave: derecho; filosofía; política; Derecho Natural; Bien común; jusnaturalismo.

Abstract

The main purpose of this research is to analyze what are the constituent elements, define and differentiate the jusnaturalist proposal supported by Lorenzo Peña from other currents such as legal essentialism, as well as the link that this can manifest directly with philosophy as with politics. In particular, I am interested to analyze how the jusnaturalist theorization that the author performs is configured in a complex philosophical network that results in the demand for a certain political system that is in accordance with the postulates and axioms that the jusnaturalism of Peña contains. Finally, the thread that crosses and unites these three spheres: philosophy, law and politics will be verified.

Keywords: law; philosophy; politics; Natural Law; Common Good; jusnaturalismo.

1. INTRODUCCIÓN: RELACIÓN ENTRE DERECHO, POLÍTICA Y FILOSOFÍA

Lorenzo Peña es un filósofo, jurista, pensador político y lógico español. Habiéndose doctorado en filosofía a finales de la década de los 70' del siglo anterior, y en derecho en el 2015. Sus líneas de investigación y producción académica abordan una multiplicidad de esferas que van, desde la metafísica y su estudio sobre «El ente y su ser», pasando por la política y el rol del Estado en «Estudios Republicanos», hasta desembocar en el derecho y su esencia, teniendo como hilo conductor la instrumentalización de un sistema lógico, expuesto en su tesis doctoral «Idea Iuris Lógica» y su último libro «Visión lógica del Derecho»[1]. Por esta razón, la investigación busca contribuir en el estudio de la propuesta jusnaturalista de Peña, que no se deslinda ni de la filosofía ni de la política.

Del Vecchio manifestaba que: «El estudio del derecho en sus ingredientes universales constituye el objeto de la filosofía jurídica.» (Del Vecchio, 1942, pp. 22). En consecuencia, el presente estudio tiene la pretensión de develar la filosofía jurídica del autor, su abordaje lógico y su propuesta política, para comprender la interrelación que mantienen estas tres esferas: filosofía, derecho y política, en un sistema filosófico de significativa envergadura y compleja estructura como es el de Peña. A tenor de ello, el foco de interés y límite de la actual empresa académica será abordar la propuesta jusnaturalista de Lorenzo Peña, su base filosófica y su materialización jurídico-política.

La relación entre estos campos, a saber: filosófico, jurídico y político, es un camino que, al tener temas comunes, el tránsito de ida y vuelta entre ellas resulta común, por no decir necesario. En virtud de ello, caracterizar, explicar y definir el jusnaturalismo de este autor exhorta a realizar un minucioso examen que atraviese por los linderos de la axiología, metafísica, lógica, el derecho para concluir en la política, no con un estudio profundo de todas estas disciplinas, sino más bien entendiéndolo como lo que es en nuestro autor: un todo articulado que se orienta hacia el bienestar de los ciudadanos.

¿El derecho tiene esencia o no?, ¿existe un Derecho natural anterior al positivo?, ¿cómo podemos conocer ese Derecho natural?, ¿existen herramientas disponibles para hacerlo?, ¿cuáles son los valores que lo fundamentan?, ¿es un jusnaturalismo aditivo o sustractivo?, ¿es racional o empírico?, ¿es empírico o metafísico?, ¿es inmanente o dinámico? Responder estos y otros cuestionamientos es la finalidad que da vida a esta investigación.

Por consiguiente, al tratarse del estudio riguroso de una estructura sólida, se empleará la metodología de la filosofía analítica, que reside en, primera instancia, la

1. Cabe indicar que, las citaciones de la presente investigación se harán con referencia a la versión en línea que el autor proporciona en su portal web, en virtud de que esta versión no se encuentra mutilada en lo referente a las notas a pie de página. Por lo tanto, las citaciones del cuerpo de la investigación se realizarán respecto a la paginación de esta versión, accesible a todo público.

definición de aquellos términos que dificulten lingüísticamente la comprensión del estudio, para, posteriormente, el debate, análisis, definición y explicación de los mismos. De tal forma, la organización del estudio partirá de lo que el autor entiende por derecho para ir, a medida que se desarrolla la investigación, develando y explicando la función de los elementos que componen su propuesta jusnaturalista.

1.1. Relación entre derecho, política y filosofía

La relación existente entre derecho y política se puede concebir como un matrimonio de larga data donde, la resultante de la misma, se ha evidenciado en distintos regímenes de esta geografía planetaria. Para ejemplificar lo siguiente se asistirá a ejemplos que den constatación empírica de lo sostenido. Así tenemos la corriente del socialismo de cátedra, que fue aquel movimiento intelectual surgido en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX y que produjo un incremento en la producción de ideas favorables a la intervención del Estado, impulsando políticas legislativas con el propósito de satisfacer las necesidades generales de la población (Peña, 2010, pp. 186).

En la misma línea tenemos a los socialistas de la II internacional y los comunistas de la III, quienes acabarían adoptando una política de reivindicación de los derechos sociales que terminaría constituyéndose en la base del Estado de Bienestar, doctrina que influenció la Ley de Bonn de 1949. Igualmente, tenemos el sistema de seguros sociales establecidos en el gobierno de Bismarck durante los años 1883-1889, derechos que fueron producidos en una teorización política previa antes de su conquista positiva a nivel jurídico; o las leyes que se suscribieron bajo el gobierno de Hitler que ha suscitado diversos y nutridos estudios que imputan al positivismo por la falta de resistencia de jueces y juristas frente a los lesivos ataques fascistas que acaecieron legalmente (García, J., 1991, pp. 344).

Finalmente, un ejemplo actual es el que proporciona la corriente política llamada «Socialismo del siglo XXI», teorización cuya pretensión consistía en contrarrestar las contradicciones generadas por el capitalismo: «por un lado, conocimientos, ciencia y riqueza, pero por otro inequidad, pobreza y abandono» (Hamburger, 2014, pp. 133). Con la implantación del «Socialismo del siglo XXI» en América del Sur, también se afianzaron en el Ejecutivo líderes visibles como Hugo Chávez en Venezuela y Rafael Correa en Ecuador, siendo bajo el gobierno de este último donde se redactó una nueva Constitución en el año 2008 en la que se establecía, como uno de los deberes del Estado, la «redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir» (art. 3.5).

Por contraparte, el sucesor de Correa, Lenin Moreno (2017-2021) ha presentado cambios estructurales en su política respecto a su antecesor. Contrariamente a Correa, Moreno se alejaba del «Socialismo del siglo XXI» al criticar fuertemente a Nicolás Maduro –presidente de Venezuela– y reconociendo como presidente interino de ese

país a Juan Guaidó; producto de aquel distanciamiento político de Moreno, las modificaciones en la Constitución no tardarían en llegar, y así, el 29 de noviembre de 2017, el presidente Moreno decretó la convocatoria a una consulta popular que terminaría reformando la Constitución y aboliendo algunos derechos tales como: la reelección indefinida y la muerte civil de los funcionarios culpables de corrupción. Estos ejemplos nos sirven como evidencia para manifestar que existe un matrimonio entre la política y el derecho.

No obstante, aún falta la relación que mantienen ambas con la filosofía. Esta relación se establece en virtud de que toda aspiración a conocer o estudiar, es filosofar, y, en su acepción fundamental, la filosofía es el estudio de una variedad de cuestiones como la moral, la ética, la existencia, el conocimiento, la verdad, la belleza, la mente, el lenguaje, la religión, el arte, el derecho y la sociedad, y cada una de ellas abordadas desde las respectivas ramas: axiología, metafísica, gnoseología, estética, filosofía de la mente, filosofía del lenguaje, filosofía de la religión, filosofía del arte, filosofía del derecho y filosofía política.

Ciñéndonos a la interdependencia entre derecho, política y filosofía, es eficiente dejar por sentado que la filosofía es un todo orgánico cuyo abordaje de los problemas lo realiza de forma holística. Entre sus tratamientos radican la teoría de gobierno, la conformación de los Estados, la configuración del poder, el papel del pueblo y los diferentes regímenes políticos, la vinculación entre el ser y el deber ser, entre el ser y el no ser, las normas, la justicia, la justicia de las normas, qué es y no es un derecho y por qué lo es, la racionalidad de las inferencias normativas, la necesidad y la contingencia, la gradualidad, la causalidad, las similitudes de los ordenamientos normativos, la obligatoriedad de una ley, la omisión, la insurrección, entre otros temas.

Todas estas aristas tratadas por la filosofía calan en la política y en el derecho, y el tratamiento de ambas esferas guardan una relación directa con la primera, ya que, al abordarse intereses comunes, como, por ejemplo: ¿cuál es la esencia del derecho?, ¿por qué obedecer una norma?, ¿es legal la insurrección?, ¿quién manda y por qué?, ¿tenemos un Derecho natural?, ¿cómo lo conocemos?, las respuestas que devienen exigen un análisis filosófico, con proyecciones normativas y aplicaciones políticas, al menos, así lo entendió Peña. Por ende, su propuesta jusnaturalista tiene un entramado jurídico-filosófico-político en el que se desenvuelve el Derecho natural, con su respectivo respondente y el valor que lo fundamenta (Peña, 2015a; 2016).

2. EL DERECHO EN LORENZO PEÑA

De lo anteriormente explicitado, y siguiendo la metodología enunciada, para comprender la propuesta del autor se irá desglosando los términos que intervienen en la configuración de su jusnaturalismo. La tarima sobre la que se desenvuelve la presente investigación es el Derecho, el estudio profundizará con especial ahínco en el Derecho

natural. Peña aborda el estudio del Derecho desde sus raíces filosóficas, desde su realidad, su ser, su ontología, de esto deviene que los esfuerzos teóricos de Peña se orienten a responder cuál es la esencia del derecho, su razón de ser.

Para Peña, el derecho es racional «en su esencia, en su médula, en su función social, en su tarea; dicho sumariamente, en su razón de ser» (Peña, 2015a, pp. 15; 2017a, pp. 25), a esto el autor lo considera la racionalidad del derecho «cuya característica definitoria es regir la convivencia de los individuos en una sociedad» (Gándara, 2016, pp. 50); sin embargo, en el derecho positivo, «esa racionalidad funcional y esencial está a menudo desnaturalizada, alienada, viciada por normas contrarias a la propia esencia del derecho» (Peña, 2015a, pp.15) y que suele servir como herramienta al poder político, por lo que resulta imprescindible racionalizar al derecho.

Esta racionalización del derecho consiste en la conciliación entre, por un lado, el derecho como racionalidad funcional, y por otro, su esencia racional, para lo que el autor emplea la tríada dialéctica hegeliana de tesis, antítesis y síntesis. Esta tríada tiene como tesis que el derecho tiene una esencia racional, es decir, el *derecho* en sí, una esencia esimismada que «carece aún de realidad concreta» (Ibíd, 2015a, pp. 16; 2017a, pp. 25), mientras que la antítesis es el derecho positivo, una realidad concreta, alienada, desnaturalizada, un derecho fuera *de sí*, pero que sigue siendo derecho porque los elementos de racionalidad aún están presentes, ya sea en mayor o menor grado.

Entonces, la síntesis sería aquel derecho que alberga en su núcleo la conciliación entre un *derecho en sí* de esencia racional y carente de realidad, y un *derecho fuera de sí* de realidad alienada y concreta. Esta conciliación es el propósito que se plantea el jusnaturalismo del autor, ya que se estructura como una vía que proporciona aquella conciliación entre, por un lado, la esencia del derecho, y por otro, su existencia material.

Según lo expuesto, se entenderá, siguiendo al autor, que el derecho fuera de sí, es decir, el derecho positivo, son las normas promulgadas por los legisladores. Al respecto, el positivismo jurídico, según lo entiende Peña es: «la tesis de que no existe ningún valor ni principio jurídicamente vinculante que no emane de la promulgación producida en una sociedad humana según las reglas de reconocimiento en ella comúnmente aceptadas» (Peña, 2015b, p. 435), que es una licitud: «la licitud de una acción con contenido indeterminado» (Peña, 2007, pp. 296), que se define por la reclamabilidad lícita a su favor (Peña, 2013, pp. 75) y que «rechaza la existencia de un Derecho Natural» (Peña, 2017a, pp. 15).

En la vereda opuesta, Peña sostiene la existencia de un Derecho natural, que es previo, orientador y fundamentador del derecho positivo, a la vez que le otorga a este su poder vinculante. Pero, ¿qué es el Derecho natural para Peña? Pues él se acoge a la comprensión del mismo como «un sistema de normas de conducta que fijen comportamientos lícitos e ilícitos sin necesidad de haber sido promulgadas por ningún legislador humano» (Peña, 2013, pp. 76; 2015a, pp. 300), a la vez que lo concibe como «el alma de las instituciones jurídicas» (Peña, 2017a, pp. 23).

2.1. El Derecho Natural

Una vez que ha quedado definido lo que es derecho positivo, el autor empieza su elaboración filosófica sobre el Derecho natural, cuestionándose por la esencia del derecho, esto es, su ser, su ontología, lo que le lleva a considerar que sin metafísica no puede haber derecho (Peña, 2015b, pp. 420-428) porque es esta rama de la filosofía la que se encarga del estudio del ser y «cuyo estudio transciende el ámbito accesible a las ciencias que se ocupan de un determinado tipo de entes, como la física, la química, la zoología…» (Ibíd, pp. 420).

A tenor de lo expuesto, para Lorenzo no todo derecho es positivo, sino que existe un derecho que antecede al derecho positivo, que es su fundamento, y que, si no se encuentra positivizado, este tiende a proyectarse y materializarse en el sistema jurídico. Al ser la naturaleza de este derecho una naturaleza metafísica, entonces cabe preguntarse, ¿qué lo fundamenta? ¿Cómo lo conocemos? ¿Cuál es su función? Por lo que, al concebirse que el Derecho natural es el fundamento del derecho positivo, preguntarse por el fundamento del Derecho natural conlleva a preguntarse «por el fundamento de ese fundamento» (Peña, 2017a, pp. 90).

La pretensión de estudiar el fundamento del Derecho natural nos dirige a hacer un análisis sobre cuál es el fundamento de ese fundamento, lo que termina produciendo la exigencia de realizar dos lecturas: por un lado, el fundamento ontológico del Derecho natural; por otro, el fundamento gnoseológico del mismo, y así poder abordarlo como un todo integral, desde qué es hasta el cómo podemos conocerlo.

2.1.1. Fundamento ontológico del Derecho Natural

Ya observamos que el Derecho natural en nuestro autor es independiente de la promulgación de cualquier legislador, sin embargo, la dificultad radica en comprender qué fundamenta ese sistema de normas que fijan comportamientos lícitos e ilícitos y que lo vuelve el alma de las instituciones jurídicas. Al ser la ontología el estudio del ser, y siendo el ser/esencia del derecho, racional, entonces el estudio se enfoca en el rasgo universal que comparten los sistemas normativos.

El edificio conceptual ontológico de Peña inicia entendiendo que una norma es un estado de cosas, o sea, una situación jurídica. En el habla corriente, se usa en unos contextos «situación», en otros «hecho», en otros «acontecimiento» y en otros «acción», en todo momento nos referimos a lo mismo: de hechos o estados de cosas. (Las acciones son estados de cosas especiales en los cuales interviene un agente; no dejan de ser hechos) Por tal, una norma es un hecho (Peña y Ausín, 2005).

En esta línea, Peña da un paso más y elimina la diferencia entre individuos, propiedades y hechos[2] siguiendo al norteamericano F. Fitch con su lógica combinatoria; en las lógicas combinatorias todos los entes son de la misma categoría, combinadores, que pueden ser combinados. De ahí que cada ente es un hecho, el hecho de que ese ente existe, por lo tanto, una propiedad es la existencia de esa propiedad. Entonces tenemos que: una propiedad es una función que envía a un ente sobre un estado de cosas o hecho, y los hechos tienen propiedades y guardan relaciones (Peña, 2023b, min. 7:10 27:00).

Que un hecho, sea el que fuere, tenga la propiedad deóntica: obligatoriedad, licitud, prohibición, es a su vez otro hecho; es un hecho normativo, o sea una norma (Peña, 2021a, min. 48:16-57:15). Para completar la ontología laurentina, cabe añadirle los grados de verdad, lo que le permitió al autor el construir una lógica contradictorial, paraconsistente, donde la contradicción no solo que es admisible, sino que está enraizada en la gradualidad, así tenemos que A y no-A son verídicas, son verdades a medias (Peña, 2023a, min. 50-65). El producto final de esta teorización es una lógica formalizada.

Por lo tanto, que un hecho sea obligatorio, es decir, que exista efectivamente la obligatoriedad de ese hecho, puede venir de dos fuentes: o de la naturaleza misma de las cosas o de un promulgamiento, que a su vez puede consistir o bien en una convención implícita (costumbre vinculante) o bien en un acto expreso de una autoridad con poder legislativo (leyes, jurisprudencia, edictos, tratados). Para Peña hay un hecho obligatorio que se materializa en todos los sistemas normativos, en mayor o menor grado: el Bien común.

Para empezar, toda sociedad de animales superiores se rige, por una ley teleológica de la naturaleza: la tendencia a preservar e incrementar su vida en calidad y cantidad. Para hacerlo, la sociedad de animales necesita que se realice el Bien común, a la vez colectivo y distributivo (Peña, 2021b). Esa necesidad determina la obligatoriedad de realizarse el Bien común; siendo una ley natural, es un hecho deóntico, un hecho normativo. Entre lo fáctico y lo normativo hay un nexo, que es esa obligación del Bien común.

Esta obligación no depende de los actos promulgatorios de ningún legislador, sino que se extrae de las propias relaciones sociales, ya que el hombre es una especie particular de animales sociales, en la cual los sistemas normativos van a desarrollarse impetuosamente, pero su raíz está en esa perceptividad del Bien común, que estriba en una necesidad natural. Por ende, a entender de Peña, el rasgo esencial y universal que comparten los sistemas normativos es el Bien común de la sociedad, y no solo la humana, sino,

> …de animales superiores e incluso sistemas imaginarios de sociedades de ángeles, demonios, duendes, dioses, gnomos o cualesquiera otros seres con entendimiento y voluntad

2. Entrevista realizada el 4 de febrero del 2023.

> individuales y posiblemente discrepantes cuya naturaleza les imponga una convivencia social. (Peña, 2015a, pp.26; 2017a, pp. 90; Gándara, 2016, pp. 124).

Pero, ¿qué es el Bien común? Pues, para llegar a la definición de este valor que se encuentra conjugado (bien y común), el autor inicia analizando qué es el Bien y cuáles son sus características, arribando a la consideración de que el Bien se caracteriza por:

> aumentar el grado de realidad del ente que lo ejemplifica, es aquello que lo hace ser más, existir más, tener una mayor entidad… Este «ser más» dado nuestra naturaleza humana quiere decir, vivir más, pero no sólo cuantitativamente… sino también en calidad de vida. (Gándara, 2016, pp. 60).

Por lo tanto, la mayor cantidad y calidad de vida y la prosperidad de los individuos serían características esenciales del Bien común, sin embargo, huelga decir que el Bien común «no es una suma de los bienes particulares» (Peña, 2018a, pp. 404), sino más bien, «un bien que conjunta, indisolublemente, los bienes dispersos de los miembros con aquellos que son indivisibles: la prosperidad colectiva, la pervivencia y seguridad, el florecimiento social» (Peña, 2015a, pp. 25), es decir, la mayor cantidad y calidad de vida indisociablemente individual y colectiva (y estriba) en la plenificación entitativa (Peña y Gonzalo, 2020b)[3].

Es precisamente esto: la plenificación entitativa, en donde se manifiesta la existencia objetiva del valor del Bien común, puesto que el mismo se encuentra allí «en todas las realizaciones de bien común en los diferentes mundos posibles. Realizaciones que se da, claro está, en grados y en aspectos» (Gándara, 2016, pp. 61). Por lo que, el Bien común es aquel bien o cúmulo de bienes que se posee de forma colectiva, es decir, «es la sociedad, la comunidad, la propietaria de ese o esos bienes» (Vásconez, 2020, min, 2:10-2:30), y del cual se goza «mediante el disfrute de derechos de bienestar y mediante el de derechos de libertad» (Peña, 2017a, pp. 82). Por tal razón, para Peña el valor del Bien común, que se encuentra materializado en los sistemas normativos, es la base para la obediencia a las leyes, es decir, su poder vinculante, ya que en una sociedad

> … ha de existir un entramado de normas, las unas emanadas de la esencia misma de las relaciones sociales, las otras de la costumbre y, finalmente, otras cuya declaración vinculante ha de incumbir a una autoridad, cuya única legitimación y tarea es velar por el bien común. (Peña, 2017a, pp. 24).

Por consiguiente, el sistema normativo «halla sólo su razón de ser en contener ese imperativo [del Bien común] y en hacer de él el canon supremo y el criterio general

3. En el grupo «Seminario sobre Visión lógica del derecho, de Lorenzo Peña». (15 de abril, 2020b). En muchísimos lugares –-con insistencia reiterativa-– he definido el bien común. Primero el bien como valor jurídicamente relevante, el «bonum», o sea lo bueno. (En latín «bonum commune» podemos traducirlo como «bien común» y como «lo bueno común». [Publicación de Facebook]. Recuperado de https://www.facebook.com/groups/LP.VLD/?multi_permalinks=858829831255765%2C858379744634107%2C856229981515750%2C858562001282548%2C858063954665686&notif_id=1586208314986333&notif_t=group_activity

de validez jurídica.» (Ibíd, pp. 34). Entonces, conviene inferir que, para Peña, sólo el Bien común es el que fundamenta al Derecho natural, de ahí su monismo axiológico fundamental y un pluralismo axiológico derivado debido al grado y aspecto de concreción de ese valor en los sistemas normativos, por lo que, este Bien común «es un contenido, un bien. Una normativa en aras de la realización de un qué –concretamente el bien, cierto bien, el bien común» (Peña, 2018a, pp. 401), lo que no implica que no esté exento de problemáticas donde las diferentes facetas del Bien común «pueden y suelen entrar en conflicto» (Ibíd, pp. 404).

Cabe añadir que, si bien el monismo axiológico que profesa Peña tiene como valor fundante el Bien común, no debe confundirse este valor con un valor ético/moral, pues, Peña es determinante en este aspecto al sostener que

> … la ética no puede fundar el Derecho […] El Derecho Natural forma parte de la axiología, pero una parte con características propias, deslindable de las demás [… por lo tanto] el estudio del Derecho Natural compromete a un conocimiento jurídico, pues el Derecho Natural es inseparable de su aplicabilidad al Derecho positivo, como su fundamento y su armazón. (Ibíd, pp. 126).

Por lo tanto, el principio natural del Bien común «exige reglas legislativas […] cuya vigencia sea conducente al bien común […] y sin pretender imponerles ningún ideal de perfección» (Peña, 2015a, pp. 462), tal y como lo hace la ética/moral, además, «el Derecho natural es independiente de que existan, o no, verdades éticas y de cuáles sean.» (Peña, 2017b. Tesis LVIII). Para Peña, el Bien común es un valor material que se concretan en el derecho positivo de forma gradual y aspectual, reduciendo todos los valores jurídicos a uno solo: el Bien común (Peña y Gonzalo, 2020a)[4].

Además, a pesar de que este valor es eterno y tiene un núcleo inmutable, el bienestar de la sociedad ha ido avanzando. Los seres humanos, desde el inicio de la existencia, han buscado el bienestar colectivo de los miembros de su entorno en un primer momento, después, aquellos que forman la colectividad, y finalmente la humanidad (muestra de ello son los avances en tecnología y medicina que buscan facilitar la vida de las personas) con intereses que han ido evolucionando, complejizándose desde la primera sociedad humana hasta la actual, por lo cual las normas del Derecho natural también van evolucionando en su capacidad aplicativa.

En efecto, si bien las normas del Derecho natural no caen en desuetud o desuso, sí se vuelven susceptibles de cobrar mayor o menor vigencia en la sociedad, todo esto en virtud de que, el dinamismo social influye en la apreciación que los sujetos realizan

4. En el grupo «Seminario sobre Visión lógica del derecho, de Lorenzo Peña». (5 de abril, 2020a). BIEN común ¿un valor entre otros? De ningún modo es original de mi VLD la consideración del bien común como fin único de las normas jurídicas, que tomo, textualmente, de la SUMMA THEOLOGICA de Santo Tomás de Aquino [Publicación de Facebook] Segundo postulado. Recuperado de https://www.facebook.com/groups/LP.VLD/?multi_permalinks=858829831255765%2C858379744634107%2C856229981515750%2C858562001282548%2C858063954665686&notif_id=1586208314986333&notif_t=group_activity

sobre tal o cual norma o principio del Derecho natural. Esto es el enfoque histórico-social, donde la hermenéutica desempeña una importante función. Por lo tanto, este enfoque histórico-social

> hace estribar los derechos fundamentales en la participación en el bien común de la sociedad como única titularidad no-derivada. Y así deja abierta la lista de los derechos a lo que vayan determinando las circunstancias del decurso histórico y las vicisitudes de la vida social, incluida la evolución de las mentalidades. (Peña, 2006, pp. 240).

Por consiguiente, para que las normas del Derecho natural sean capaces de ejercer su poder vinculante sobre los sujetos, los individuos tienen que ser conscientes de ellas, de su existencia y cómo se van materializando en el derecho positivo. Por tal razón, a medida que avanza la sociedad, lo hace también las facetas y los grados de concreción del Bien común ya que, si el participar en el Bien común colectivo fuera estático, los sujetos participarían de un bienestar colectivo fijo, que ya está determinado por el Bien común existente y que nunca se extendería; de ahí que el Bien común tiene un enfoque dinámico.

Finalmente, tenemos que toda la ontología de Peña se construye sobre estas características: los grados; los hechos; los mundos posibles; que los hechos tienen propiedades; que entre esas propiedades están las 3 calificaciones deónticas; que la existencia de un ente es ese mismo ente, por ello, el Bien común existe, en mayor o menor grado, que es un hecho normativo obligatorio, que se concretiza gradual y aspectualmente en los sistemas normativos, que es su razón de ser y que se extrae de las propias relaciones sociales.

2.1.2. Fundamento gnoseológico del Derecho Natural

Iniciamos este acápite con las afirmaciones del anterior. En la ontología laurentina, denominada también como ontofántica (Beuchot, 1989; Peña, 1985) no hay lagunas ónticas ni veritativas, además que, este sistema ofrece un tratamiento coherente y explicativo si los entes que postula y la respectiva conjugación entre los mismos existen independientemente de nuestra intervención subjetiva, por ello la existencia de mundos posibles.

Aquí se encuentra una muy importante particularidad del sistema gnoseológico de Peña, ya que, esta ontología normativa no existe sólo para las sociedades que aúnan individuos de la especie homo sapiens sapiens, sino para cualquier otro tipo de sociedad, ángeles, demonios, duendes, etc. Entonces, ¿cuál sería la teoría del conocimiento idónea para este sistema metafísico? Un realismo directo en el cual lo que conocemos, el objeto cognoscitivo, es directamente la realidad misma[5].

5. Entrevista realizada el 17 de enero del 2023.

En este ámbito, Peña se inclina por una gnoseología holista que instrumentaliza la lógica, un holismo lógico en pos de Quine (Zambrano, 2020) que, teniendo los datos que proporcionan los sentidos se infiere racionalmente con la inducción, la deducción y la abducción, y aquí es cuando la teoría comparece ante el tribunal de la experiencia, ya que de las relaciones que se establecen entre los individuos el valor más importante que se extrae es el Bien común y, en la teorización del Peña, ese valor es el fundamento del Derecho natural.

Por ello, si nos enfocamos en el estudio del Bien común como valor extraído de las relaciones de todo tipo de sociedad y, materializado en los sistemas normativos, debemos cuestionarnos: ¿cómo sabemos que existe ese Derecho natural? Y, ¿cómo averiguamos cuál es? Cuestionamientos que, al ser el valor «Bien común» el fundamento del Derecho natural, este no puede ser explorado directamente, sino mediante la vía abductiva, esto es: «[la] inferencia a la mejor explicación [… siendo este método] semejante al uso que de él hace el científico, sólo que su empleo en la filosofía del derecho tiene menor certeza que en el campo de las ciencias» (Vásconez, 2018, pp. 384).

Pero, ¿por qué empleamos este método abductivo? Pues la respuesta yace en que el derecho positivo alberga elementos contradictorios con la propia esencia racional del derecho, por lo cual, afirmando que existen normas contradictorias, es necesario abordarlas desde una lógica paraconsistente, porque este tipo de lógicas «han demostrado que un sistema puede contener contradicciones sin desmoronarse.» (Peña, 2015a, pp. 19) y permite comprender «los desgarramientos, los es-no-es, las impurezas, las desfiguraciones, las adulteraciones» (Ibíd, pp. 18).

Por lo tanto, es posible inferir que, al ser el «Bien común» un valor sustantivo el cual podemos conocerlo mediante la vía abductiva, esta conduce a postular axiomas y reglas de inferencia que tienen como finalidad racionalizar el derecho positivo «de acuerdo a ciertos principios, uno de los cuales es el de que, de premisas que sean favorables al bien común no se pase a conclusiones desfavorables al mismo.» (Gándara, 2016, pp. 72), mediante una lógica paraconsistente, pero no cualquier lógica, sino, una lógica deóntica.

Sin embargo, existiendo una panoplia de lógicas deónticas, la lógica adecuada para el razonamiento jurídico sería aquella que se oriente al Bien común de la sociedad, elevando este valor como criterio de selección en el sentido de que:

> […las] reglas de inferencia lógico-jurídicas válidas o correctas son aquellas cuya aplicación tiene efectividad en el razonamiento jurídico y que se ajustan a un imperativo de bien común; o sea: son tales que, de un cúmulo de premisas –las unas fácticas, las otras normativas pero conducentes al bien común–, se sigue una conclusión conducente al bien común. (Peña, 2017a, pp. 41).

Estos axiomas y reglas de inferencia de la lógica deóntica se postulan con el fundamento de que son estos los que «permiten hacer razonamientos que, vinculando hechos y situaciones normativas, sirvan al fin de la sociedad» (Peña, 2018a, pp. 423), para que el derecho que es, tenga un ajuste con el derecho que debiera ser, para lo cual, «es menester añadir unos cánones axiológicos de racionalidad, unos principios que enmarcan y

orientan al derecho, asignándole, como razón suficiente, una misión de bien común» (Peña, 2015a, pp. 412). Estos cánones son de dos clases: hermenéuticos e inferenciales, siendo los inferenciales los que «se agrupan en tres conjuntos: deductivos, inductivos y abductivos. Los más importantes son los deductivos; los provee la lógica nomológica» (Ibíd).

Por lo tanto, si bien el criterio de selección no garantiza que todas las premisas conduzcan al Bien común, es precisamente la implementación de la lógica nomológica lo que garantizará que de un determinado grado de beneficio para el Bien común que tengan las premisas nunca se pase a un menor grado de beneficio al Bien común que tenga la conclusión. Por ello, entendemos por lógica nomológica aquella «lógica deóntica que estudia las leyes del Derecho y cómo ese Derecho se materializa» (Gándara, 2016, pp. 72), y que va buscando «cuáles son los requisitos que tiene que reunir un conjunto de reglas para poder regular las relaciones sociales. Es una investigación mixta, en la que interviene la experiencia y en la que también entra en juego el trabajo conceptual.» (Peña, 2015a, pp. 57), de ahí deviene que el Derecho natural sea «[la] nítida expresión de la lógica nomológica» (Ollero, 2018, pp. 336).

Por consiguiente, tenemos como corolario que, el método abductivo sirve para el estudio del Bien común, este método se encarga de investigar cuáles son aquellos axiomas y reglas de inferencia que constituyen la lógica nomológica (Peña, 2015a, pp. 397). Ésta está compuesta por axiomas y reglas de inferencia que establecen los requisitos que tiene que reunir un conjunto de reglas, las leyes del derecho y su materialización para poder regular las relaciones sociales y cuya finalidad es de «que formen un sistema con cuya ayuda se obtenga, por un lado, fertilidad inferencial… por otro lado, evitemos deducir conclusiones que serían deletéreas para el bien común de premisas que no lo son» (Ibíd.) y es a esta lógica la que Peña nombra lógica nomológica.

Finalmente, Peña considera que, para racionalizar el derecho es necesario instrumentalizar la lógica nomológica con la finalidad de que sea conducente al Bien común, una lógica que atraviese transversalmente el ordenamiento jurídico, con sus respectivos axiomas y reglas de inferencia, por lo que el autor postula los siguientes cánones:

- REGLAS DE INFERENCIA
- EL PRINCIPIO DE COLICITUD
- EL MODUS PONENS DEÓNTICO
- LOS PRINCIPIOS DE SUBALTERNACIÓN Y PERMISIBILIDAD
- LOS PRINCIPIOS DE NO IMPEDIMENTO Y DE CAUSA LÍCITA
- EL PRINCIPIO DEL BIEN COMÚN (Peña, 2015a, pp. 413-427).

Por ello, Peña afirma que, la relación que existe entre el Derecho natural y la lógica nomológica consiste en que «todos los axiomas de la lógica nomológica son Derecho Natural y lo esencial del Derecho Natural se contiene en la lógica nomológica (puesto que ésta abarca el axioma del bien común) […existen dos principios no formalizables

que agrega el Derecho Natural]: el de no arbitrariedad y el converso del principio de no impedimento.» (Peña, 2017a, pp. 92).

Así, la finalidad de la lógica nomológica consiste en:

> [racionalizar] el Derecho positivo de forma que de premisas que sean favorables al bien común no se pase a conclusiones desfavorables al mismo, [la lógica nomológica…] se presenta como una construcción y justificación de un sistema de lógica deóntica que infiere de todas las alternativas, la mejor explicación disponible, logrando orientarse hacia la verdadera finalidad del Derecho que es la de coordinar las conductas para un bien común. (Gándara, 2016, pp. 77).

Por esta razón la lógica nomológica es la segunda cara de la moneda[6] del Bien común, debido a que sus axiomas y reglas de inferencia están orientados a la obligatoriedad del Bien común, entendida esta como una verdad necesaria «que se deduce lógicamente de cualesquiera premisas» (Peña, 2015a, pp. 433), esta es la parte material de la lógica nomológica y cuyas manifestaciones se encuentran en todos los sistemas normativos.

Por lo tanto, el Derecho natural en Lorenzo Peña tiene las siguientes características

- Derecho anterior al derecho positivo
- Fundamento del derecho positivo
- Monismo axiológico: Bien Común.
- Derecho natural lógico, porque la lógica nomológica es la esencia del derecho (Peña, 2015b, pp. 440).
- Enfoque dinámico (Peña, 2006)
- Enfoque contradictorio porque la esencia del Derecho puede estar en contradicción con la existencia del Derecho (Peña, 2015a, pp. 28; 2017a, pp. 32)

Este Derecho natural se adiciona al derecho positivo

De esta forma llegamos a la síntesis hegeliana de la propuesta de Peña, el derecho en sí y para sí, es decir, la reconciliación de la esencia y la existencia del derecho, etapa en la cual cada norma jurídica no se halle sin su respectiva razón suficiente (Peña, 2017a, pp. 35), y cuyo propósito es lograr que el derecho «sea Derecho de veras, Derecho concorde con su misión y su razón de ser» (Peña, 2015a, pp. 33), por lo que es lícito concebir que la propuesta de Peña puede ser bautizada como un esencialismo jurídico, aunque, si bien Peña coincide con esta acepción, la entiende como parte de su propuesta y no la propuesta en sí, ya que, da un paso más allá y no se queda como esencialismo jurídico, sino, como jusnaturalismo.

6. Entrevista realizada el 30 de marzo del 2016.

3. EL JUSNATURALISMO DE LORENZO PEÑA

Al llegar al estudio del jusnaturalismo de Lorenzo Peña, resulta necesario el realizar una contraposición con otras teorías jusnaturalistas precedentes para poder exhibir los puntos que constituyen, definen y diferencian la propuesta jusnaturalista sostenida por Peña de otras vertientes. Por lo tanto, iniciamos con lo que es el jusnaturalismo (aunque de aparición tardía, dado que, en alemán, francés e inglés no se emplea dicho término, sino, más bien, de la doctrina del derecho natural, incluso, Radbruch (1999, pp. 17) sostiene que: «toda la Filosofía del Derecho desde su comienzo hasta finales del siglo XIX ha sido Derecho natural»).

El término «jusnaturalismo» históricamente, se ha suscrito a las posturas que defienden un Derecho no promulgado por los operadores jurídicos, con implicaciones metafísicas que necesitaban de un entramado filosófico que les permitiese una sólida construcción teórica para poder, así, calar en la aceptación civil, social, cultural y política de los Estados. Estas construcciones teóricas han variado con el devenir de los siglos, desde:

> … el aristotélico «dikaion phisikon», el romano «ius naturale», el escolástico «derecho o ley natural», «principios jurídicos o principales» (Dworkin), «moral rights» o «derechos humanos» (Nino), «umbral de injusticia o injusticia extrema» («extremes Unrecht ist kein Recht») (Alexy), «bienes humanos básico» (Finnis), «coto vedado» (Garzón Valdés), «justicia» (Villey), etc. (Vigo, 2003, pp. 156).

Con diferencias tan marcadas entre estas teorizaciones, inclusive entre el jusnaturalismo clásico y el moderno (Torrent, 2016), todas parecen coincidir en la tesis dualista del derecho: la distinción entre un Derecho natural y uno positivo, es decir, el derecho no se circunscribe sólo a lo dispuesto por la sociedad o sus autoridades (positivismo jurídico), sino que hay un «algo» jurídico cognoscible cuyo valor es independiente a las disposiciones emitidas por operadores jurídicas, y con una marcada primacía del primero sobre el segundo (Dorado, 2004, pp. 54).

Un autor como C. Nino postula que el jusnaturalismo contiene en su núcleo dos tesis: la primera es ética, ya que «hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.»; y la segunda se refiere al concepto de derecho «según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia» (2003, pp. 28). Por lo tanto, el fundamento general a todas las teorías jusnaturalistas es el sostenimiento de una tesis metaética cognoscitivista: una moral correcta, objetiva, absoluta, universal e inmutable (Dorado, 2004), que problematiza la naturalidad del Derecho positivo y que, busca entender el fundamento originario y condicionante de la existencia del derecho (Cotta, 1996, pp. 32-35).

En la misma línea, García Maynez (1977) postuló que, a las posiciones jusnaturalistas caracteriza el aserto de que «el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las

fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido», y es aquí donde nace la similitud y la diferencia con la propuesta jusnaturalista de Lorenzo Peña y la edificación racional que construye para su postura política.

Por un lado, la propuesta jusnaturalista de Peña asume, también, la tesis dualista del derecho: la distinción entre un derecho positivo materializado, emitido, y construido por los operadores jurídicos, y un derecho natural superior y regulador del derecho positivo. Para nuestro autor, esta distinción se da entre la esencia del derecho que es racional, y su existencia que es instrumental. La conciliación entre estas dos esferas, o en lenguaje hegeliano, la síntesis del derecho en sí y el derecho para sí es, en la propuesta de Peña, el jusnaturalismo: un derecho en sí y para sí: la existencia de normas, valores o cánones jurídicamente válidos, cuya vigencia es preexistente al derecho positivo, que no provienen de una promulgación humana o deben su dignidad a un establecimiento arbitrario, sino que, tienen un origen independiente de esas reglas y su validez deviene de cualidades puramente inmanentes (Peña, 2015b, pp. 416; 2017a, pp. 15).

Sin embargo, Peña no hace depender su propuesta jusnaturalista de la ética o de verdades morales, absolutas e inmutables, sino, más bien, un valor extraído de las relaciones sociales y de todo conjunto de seres sociales, sean estos reales o imaginarios: el Bien común. En este punto, Peña concuerda, al igual que García, en que el derecho vale y obliga, pero con la variante de que, vale por la finalidad última que tiene el sistema normativo: legislar para el Bien común de la sociedad, y este Bien común exige reglas legislativas cuya vigencia sea conducente al bienestar colectivo sin pretender imponerles ningún ideal de perfección como lo hace la ética.

Otro elemento que diferencia el jusnaturalismo de Peña de otras propuestas es que, su jusnaturalismo es dinámico ya que, la participación del bienestar acumulado por la sociedad es la única titularidad no-derivada de los individuos, y que la lista de los derechos a los que accede el individuo se amplía con el curso histórico de la sociedad. En este punto se añade otra característica de la propuesta del autor, ya que, con el devenir del decurso histórico, nuevos derechos se conquistan con la finalidad de aumentar el bienestar colectivo, y estos derechos se suman a los existentes, es decir, se adicionan, por lo tanto, estamos ante un jusnaturalismo aditivo.

Además, y, quizás, el punto de mayor envergadura es que, Peña edifica esta propuesta sobre un sistema lógico valiéndose de lo que llama la lógica nomológica, una lógica deóntica que se asegura de que, de premisas conducentes al Bien común, no se pase a conclusiones lesivas para el mismo, aunque, acepta las impurezas, los es – no – es, las desfiguraciones y adulteraciones rechazando así el principio de bivalencia (Moreso, 2018).

Como resultado final de esta construcción lógica tenemos el salto de un esencialismo jurídico hacia un jusnaturalismo; no es un esencialismo jurídico, sino, un jusnaturalismo, porque manda al ser humano a vivir juntos, en cooperación, usando la inteligencia y dotándose de autoridades que legislen para el bienestar de la sociedad. En palabras de Peña, la expresión jusnaturalismo «nos vinculan a la naturaleza, a nuestros

parientes cercanos, o menos cercanos, en la evolución biológica.» (Peña, 2015a, pp. 29; 2017a, pp. 32), por eso su propuesta es jusnaturalista: porque entiende que el ser humano siempre ha buscado su bienestar individual y colectivo, un imperativo que viene implicado ya en su naturaleza:

> […] el ser humano está naturalmente dotado de unos recursos, incumbiéndole usarlos para su propio bien individual y colectivo […] Conque lo natural (en ese sentido estoico, que es el jurídicamente correcto) es adoptar las formas de vivir que racionalmente sean más conducentes al bien de los individuos y de las comunidades. (Peña, 2015a, pp. 31).

Por consiguiente, podemos entender que es un jusnaturalismo biológico (García, A., 2018, pp. 376) ya que lo impulsa al ser humano el imperativo de «cooperar para vivir, juntos, mejor» (Peña, 2017a, pp. 92), que le manda a vivir según su naturaleza:

> Vivir según la naturaleza –si es que ha de adoptarse tal principio como un componente del Derecho natural– sólo puede significar: vivir en sociedad usando la inteligencia – don de la madre naturaleza– en beneficio común, dotándose de autoridades que establezcan racionalmente reglas para el bien común y obedeciéndolas. Absolutamente nada más. (Peña, 2013, pp. 83).

Así tenemos que, el jusnaturalismo de Lorenzo Peña es tan particular que tiene en su núcleo la «dialéctica» de Hegel; el holismo lógico de Quine, el optimismo metafísico de Leibniz y el imperativo del Bien común de Aquino –sustancialmente reinterpretado–. De tal forma que, la propuesta jusnaturalista del autor es un jusnaturalismo sui géneris (Zambrano, 2020, pp. 402): lógico, ontológico, biológico, aditivo y dinámico.

Es ontológico por la existencia independiente del valor «Bien común» que tiene la vocación de materializarse en los sistemas normativos, gradual y aspectualmente; es lógico porque la lógica nomológica es la parte material del Bien común, su nítida expresión, la otra cara de la moneda del Derecho natural; es dinámico porque la hermenéutica de los sujetos para apreciar las normas o principios del Derecho natural va evolucionando, esto es, la apreciación evoluciona así como lo hacen las mentalidades, y es aditivo porque las normas, los principios y los axiomas del Derecho natural se adicionan al derecho positivo (Peña, 2015a, p. 31).

4. LA PROPUESTA IUS-POLÍTICA Y SU BASE FILOSÓFICA

De esta forma tenemos que la teorización jurídico-filosófica que realiza Lorenzo Peña parte desde las raíces del Derecho, su ser, su esencia, por ello, el Derecho y la política, en la propuesta de Peña, tienen como finalidad, tanto legislar como garantizar el bienestar del colectivo. Ambas esferas, abordadas desde la filosofía, estudian temas comunes con diferentes orientaciones y hacia distintos propósitos.

Por un lado, el filósofo político se pregunta si toda la sociedad está regulada por un corpus de normas con cierto grado de sistematicidad –o debería estarlo– y, en caso de que así fuere, cuáles son los principios que rigen o regirían ese sistema (Peña, 2016,

pp. 17); mientras que el filósofo del derecho discierne, estudia y analiza aquellos fundamentos que rigen los cuerpos normativos.

Por lo tanto, el filósofo político indaga qué es la polis, y cómo debería regularse, deduciendo principios de la filosofía ética o moral, mientras que el filósofo del derecho, toma como materia los cuerpos normativos, jurídicos, buscando su lógica subyacente y sus cánones fundamentales. De ahí que, en la propuesta de nuestro autor, el Bien común, que es el valor que orienta al sistema normativo, también necesita, de forma imprescindible, que se erija una autoridad.

La necesidad de una autoridad humana data desde el aparecimiento de las primeras asociaciones humanas para su propia supervivencia. El bienestar colectivo tiene como efecto la materialización de una autoridad que oriente (en las primeras sociedades) y/o legisle en aras de ese mismo bienestar. Es tal la inevitabilidad de una autoridad que, a juicio de Peña, «el imperativo del bien común y la existencia de una autoridad son elementos metafísicamente necesarios en cualquier especie social existente o imaginable.» (García, A., 2018, pp. 375).

Para Peña, parte del Bien común es la prosperidad colectiva y el florecimiento social, y que, al ser un bien que se posee de forma colectiva y se disfruta distributivamente, la función de la autoridad y el mismo fin de la sociedad es procurar el bienestar de su colectivo, para lo cual se vale, tanto de la vía jurídica como política, a través de normas, derechos y políticas sociales/legislativas.

Peña considera que la razón de ser de la autoridad es el Bien común, el cual es también, el límite a su potestad legítima: «Está para velar por el bien común, no para otra cosa» (Peña, 2015a, pp. 25), y, por lo tanto, la autoridad tiene el «deber de gobernar para el bien común [… y a la vez] tiene un derecho, cuyo respeto puede exigir a los demás: que se obedezcan las leyes que promulga» (Peña, 2015b, pp. 435). Por consiguiente, este valor sustantivizado y positivizado, es la razón de ser del Estado, legisladores y autoridades, y tiene como respondente a las personas, los individuos, aquellos que se encuentran dentro del colectivo, la sociedad.

Este Bien común es un vínculo de reciprocidad que se da entre el Estado y los individuos, vínculo que, a la vez que nos define, también nos proporciona el derecho de participar de esa prosperidad y a la cual se ha de contribuir obligatoriamente. Este vínculo sinalagmático es un cuasipacto entre el Estado y los individuos que inicia desde el instante en que la persona nace: educación, salud y vivienda, y ya que, al ser el individuo parte de una sociedad, tiene, no solo el Derecho natural de participar del bienestar colectivo, sino también, la obligación de contribuir al bien común globalmente tomado de la sociedad (Peña, 1997, pp. 154; 2009a, pp. 42; 2018b, pp. 1000), esto significa que la correlación entre derecho y deber es un vínculo lógico.

De aquí nace la propuesta política de Peña, al ubicar como respondente a la humanidad del disfrute del Bien común, por su naturaleza, por pertenecer a una sola raza: la humana. La propuesta jusnaturalista de Peña considera que existe un único derecho fundamental positivo «el de participar equitativamente en el bien común» (Peña, 2006,

pp. 238), y que, la existencia de ese vínculo social entre el individuo y la sociedad impone tres condiciones:

1.ª) En primer lugar, un estado de cosas conyuntivo, para cada individuo: la sociedad le da una participación en el bien común y él contribuye a ese bien común.
2.ª) Una obligación implicativa: la de que, en la medida en que la sociedad dé participación equitativa en el bien común al individuo, éste contribuya a ese bien común.
3.ª) La obligación implicativa recíproca, o sea la de que, en la medida en que el individuo haga una contribución razonable al bien común, la sociedad le dé una participación equitativa en ese bien común. (Ibíd 249).

Por aquello, Peña considera que «es un precepto de Derecho natural que todos tienen derecho a participar del bien común y obligación de contribuir al mismo» (Peña, 2015a, pp. 305), y es el Estado el que tiene que garantizar el disfrute del mismo, por esta razón, Peña postula una fuerte intervención del Estado cuyo propósito sea la de satisfacer las necesidades de sus ciudadanos.

El estatismo que profesa Peña tiene dos rasgos esenciales: el primer rasgo tiene que ver con que el Estado tiene que establecer, mediante la ley, obligaciones a los particulares con recursos, «imponerles el deber jurídico de emplear tales recursos productivamente, de no dejar desabastecido al mercado, de contratar la mano de obra que pueden emplear sin sufrir pérdida económica» (Peña, 2007, pp. 300); mientras que el segundo rasgo es complementario al primero, ya que es el Estado el que tiene que asumir, de forma subsidiaria, aquellas actividades que la iniciativa privada no las realiza en condiciones idóneas (Ibíd).

Este estatismo se edifica sobre un entramado jurídico, pues se establecen obligaciones legales por parte de los poderes públicos hacia la iniciativa privada, con miras a que, si los poderes públicos tienen que suplir la acción de la iniciativa privada, se acudirá a las nacionalizaciones. Pero el autor no sólo se queda en esta propuesta estatista, sino que va un paso más allá y une este estatismo o socialismo de Estado a un republicanismo (González, 2014, pp. 12).

El republicanismo de Peña tiene la cualidad de ser republicano (Peña, 2009a, pp. 14), un sistema político donde se dé la expansión de la propiedad pública de los medios de producción aunada a la expansión de los derechos fundamentales del hombre que son derechos de prestación que necesita, como elemento sustancial de su núcleo, una economía planificada (González, 2014, pp. 12; Peña, 2009a).

Al hilo de esta propuesta, Peña considera que ser republicano es ser partidario de la Res pública[7] (González, 2014, pp. 16), por lo tanto, se entiende que el republicanismo es una filosofía de lo público (Peña, 2009a, pp. 14), de ahí deviene la reduplicativa: republicanismo republicano. Para el republicanismo republicano de Peña, lo esencial

7. Entrevista realizada el 28 de diciembre del 2016.

radica en que, las instituciones públicas asuman plenamente la misión de actuar para el Bien común, organizar la actividad social de todos los habitantes del territorio en aras de ese objetivo y que los particulares tengan la obligación de contribuir a ese Bien común, esto es: la de trabajar y vivir de tal modo que ello redunde en un mayor Bien común.

Como se definió anteriormente que ciertas características esenciales del Bien común son la mayor cantidad y calidad de vida, la prosperidad pública y el florecimiento social, el republicanismo republicano enfatiza, pues, la necesidad de la riqueza y la prosperidad pública, de los servicios públicos como tareas del Estado y el correlativo deber de los particulares de coadyuvar a esas tareas, cumpliendo las leyes, aportando las contribuciones exigidas y no evadiéndolas (Peña, 2007; 2009b; 2015a; 2017a).

Para el republicanismo republicano es absolutamente esencial que esas instituciones públicas encargadas de acumular e incrementar la riqueza pública y de suministrar los servicios públicos sean genuinamente públicas. Por aquello es que se puede colegir que el republicanismo republicano es una filosofía política de lo público, el estatismo que: (1) da prioridad a la acumulación y al incremento de la riqueza colectiva de la nación; (2) enfatiza la tarea del Estado de proporcionar adecuados servicios públicos; (3) afirma la necesidad de cultivar un espíritu de unidad republicana por la rememoración de la memoria histórica nacional y por la adopción de unos planes de futuro colectivos; y (4) recalca las obligaciones correlativas de los particulares, de los individuos (y grupos privados) de contribuir al bien público (Peña, 2009a).

5. CONCLUSIONES

Para concluir, en el estudio se pudo observar que, la filosofía proporciona el marco de análisis, tanto para la política como para el Derecho. La configuración del sistema normativo tiene la finalidad de velar por el Bien Común de la sociedad, y, ese bienestar necesita la instauración de autoridades que legislen y garanticen el disfrute colectivo y distributivo de los bienes acumulados por la misma. Por esta razón, la filosofía, el Derecho y la organización política tienen como finalidad el bienestar colectivo de la sociedad.

La propuesta jusnaturalista de Peña postula el vivir según nuestra naturaleza, lo que somos biológicamente, para lo cual se exige que se erija una o unas autoridades que velen y garanticen el goce y crecimiento del bienestar colectivo; por tal razón, la tarea del filósofo se circunscribe a que, a través de su intelecto, proporcione una aportación reflexiva sobre los valores de la sociedad y aquellos que la misma necesita para su florecimiento, para la convivencia social, con base, entre otros temas fundamentales, en la verdad, la vida y la naturaleza del hombre (Peña, 2009a), de ahí deviene la elección de un sistema político que vaya acorde con su razón de ser: el bienestar de la sociedad.

Este sistema político con sus respectivas autoridades tiene la obligación de aplicar políticas sociales y legislativas orientadas hacia el goce equitativo del bienestar colectivo

poseído por la sociedad. Por lo tanto, la intervención del Estado no es un rótulo, sino, una intervención extensiva, material, jurídica y social, lo que exige, a su vez, la configuración de un sistema normativo que albergue en su núcleo principios y leyes que sean conducentes al bienestar colectivo, teniendo como fundamento que, todos los miembros de la sociedad tienen el Derecho natural de participar en ese bienestar, solo así, el Derecho tendrá un poder vinculante.

Con base en esto es que Lorenzo Peña, tomando como fundamentación filosófica el ser de la sociedad, del Estado y de los sujetos, postula un republicanismo republicano, entendiendo que solo esta filosofía política facultaría al Estado a garantizar, mediante la ley y las diferentes políticas, el goce efectivo del bienestar colectivo, aplicando obligaciones de contribuir al crecimiento del mismo, para lo cual implementa un sistema normativo lógico-racional donde el Derecho –en conciliación entre su esencia y existencia– sea la herramienta para que todos los ciudadanos participen de ese bienestar, en virtud de su naturaleza, de lo que viene implícito en su constitución humana.

Finalmente, aunque la propuesta de Peña sostiene, con plenitud lógica, la intervención del Estado para satisfacer las necesidades de los individuos que lo conforman, amparado en un Derecho natural que es extraído de la propia naturaleza humana, ubicándola como respondente de este derecho en la tarea de contribuir al crecimiento de ese Bien Común, (llevando, a colegir la afirmación de que, mientras un individuo no tenga satisfecha sus necesidades, vulnerando su Derecho natural y no cumpliendo la razón de ser de las autoridades, se ha fracasado como humanidad), la mayor dificultad que se presenta es la propia evolución de las mentalidades de los sujetos.

La evolución de las mentalidades de los individuos es lo que impide la aceptación de esta propuesta filosófica jurídico-política, debido a que, en la actualidad, existe una panoplia de sistemas políticos con sustento teórico que mantienen sólidas relaciones con el mercado, en algunos casos, y en otros se distancian de él; así mismo, ciertos regímenes comparten similares características, y otros son radicalmente distintos; incluso, se puede ver cómo coexisten los polos opuestos en Estados Unidos, donde el desarrollo es absoluto y existe, a la vez, pobreza extrema.

El republicanismo republicano de Peña nos invita a cuestionarnos la propia razón de ser de la política y sus emisarios, a acrecentar las críticas hacia los actos lesivos que los Estados realizan bajo el monopolio de la fuerza y a buscar las herramientas sustentables para configurar un sistema político en el que cada vida humana participe de su derecho fundamental a participar del bienestar colectivo.

A consideración de quien suscribe estas líneas, esta formidable propuesta política no debe quedarse en un fino estudio, un detallado análisis y un encadenamiento lógico que hace disfrutar al lector, se debería buscar las vías que le permitan materializarse con el propósito de que la razón de ser de la sociedad y las propias autoridades no queden a discrecionalidad de los agentes con sus volubles juicios subjetivos influidos por los contextos sociales, políticos y económicos, contrario a ello, que queden enmarcados

bajo el prisma del servicio a sus mandantes: el pueblo, siendo estos, la verdadera autoridad en el Estado.

No obstante, cuál es el mejor sistema político normativo y cuáles son los valores que lo fundamentan no deja de significar un debate con posturas tan variadas como conflictivas. De este dilema es que nacen las propuestas políticas, jurídicas y filosóficas, y la génesis de distintas organizaciones políticas supranacionales que se plantean como objetivo principal el velar por el bienestar de los seres humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Beuchot, M. (1989). «La esencia y la existencia en el sistema ontofántico de Lorenzo Peña». Cuadernos Salmantinos de Filosofía, (XVI), 255-261.

Cotta, S. (1996). «Para una revisión de las nociones de iusnaturalismo y de derecho natural». El iusnaturalismo actual. Editores Abeledo-Perrot. 27-52.

Gándara, J. (2016). Diferenciación entre el naturalismo jurídico de Lorenzo Peña y el de Antonio Enrique Pérez Luño. Editores: Universidad de Cuenca, Ecuador.

García Amado, J. (1991). «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho». *Anuario de filosofía del derecho,* (VIII), 341-364.

García Figueroa, A. (2018). «Lorenzo Peña y Gonzalo (2017), Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico: El jusnaturalismo lógico y biológico de Lorenzo Peña». *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad,* (15), 372-378. https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4364

García Maynez, E. (1977). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. Editores: Universidad Nacional Autónoma de México.

González Chércoles, O. (2014). «Monarcomaquia del siglo XXI: el republicanismo republicano de Lorenzo Peña». *Revista Las Torres de Lucca*, (N.º 4), 7-36. ISSN: 2255-3827. Recuperado de http://www.plazayvaldes.es/upload/ficheros/gonzalezchercoles.pdf

Del Vecchio, G. (1942). *Filosofía del Derecho.* Editores: Bosch

Dorado Porras, J. (2004). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. (N.° 33). Editor Dykinson, Madrid.

Hamburger Fernández, Á. (2014). «El socialismo del siglo XXI en América Latina: características, desarrollos y desafíos». *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad.* (9)*,* 131-154.

Moreso, J. (2018). «Lorenzo Peña y Gonzalo (2017), Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico: Acerca de la Logica Iuris de Lorenzo Peña». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (15), 389-400. https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4366

Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del Derecho.* (12). Editores: Astrea.

Ollero Tassara, A. (2018). «Lorenzo Peña y Gonzalo (2017), Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico: Como es lógico, hablemos del Derecho como es. En diálogo con Lorenzo Peña». *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad,* (15), 335-346. https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4361

Peña y Gonzalo, L. (1985). *El ente y su ser.* Editores: Universidad de León.

Peña y Gonzalo, L. (1997). «El bien común, principio básico de la ley natural». *Isegoría: Revista de filosofía moral y política,* (17), 137-163. 10.3989/isegoria.1997.i17.203

Peña y Gonzalo, L. y Ausín, T. (2005). «Jurisprudencia Lógica: Nuevos fundamentos lógicos del derecho natural [JuriLog]». Proyecto de investigación. Disponible es: https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://digital.csic.es/bitstream/10261/13246/1/proy2005.pdf

Peña y Gonzalo, L. (2006). «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar». *Los derechos positivos: Las demandas justas de acciones y prestaciones*, 163-386. Recuperado de https://digital.csic.es/bitstream/10261/10601/1/derechos_de_bienestar.pdf

Peña y Gonzalo, L. (2007). «Derecho a algo: los derechos positivos como participaciones en el bien común». *DOXA*, (30), 293-317. ISSN 0214-8676.

Peña y Gonzalo, L. (2009a). *Estudios Republicanos: Contribución a la filosofía política y jurídica*. Editores: Plaza y Valdés.

Peña y Gonzalo, L. (2009b). «La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos». *Persona y Derecho*, *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, (61), 73-102. Issn 0211-4526.

Peña y Gonzalo, L. (2010). «Derechos de bienestar y servicio público en la tradición socialista». Ética y servicio público,173-232. Editores: Plaza y Valdés.

Peña y Gonzalo, L. (2013). «Una fundamentación jusnaturalista de Los Derechos Humanos». *Bajo palabra*, (8). Issn 1576-3935.

Peña y Gonzalo, L. (2015). *Idea iuris logica* (tesis doctoral). Editores: Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en la siguiente dirección electrónica: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/667139/pena_gonzalo_lorenzo.PD%20F?sequence=1

Peña y Gonzalo, L. (2015b). «Fundamentos metafísicos del Derecho natural». *Una filosofía del derecho en acción: homenaje al profesor Andrés Ollero*. Madrid: Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones.

Peña y Gonzalo, L. (2016). «El lugar de la filosofía jurídica en el conjunto de los estudios filosóficos». Recuperado de http://lorenzopena.es/ms/lugar5.pdf?fbclid=IwAR0sIPCb1Bpmwa-btC_LFos23brTmzUNdLbNcuG5YordRFy2Qj0wvgILYXs

Peña y Gonzalo, L. (2017a). *Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico.* Editores: Plaza y Valdés. (Versión con las notas a pie de páginas íntegramente reproducido y disponible al público en): https://lorenzopena.es/books/vision/VLD_truncada.pdf

Peña y Gonzalo, L. (2017b). *59 Tesis del racionalismo jurídico*. Recuperado de http://digital.csic.es/bitstream/10261/156978/1/59tesis.pdf

Peña y Gonzalo, L. (2018a). «El bien común, esencia y función del Derecho». *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, (15), 401-433. https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4367

Peña y Gonzalo, L. (2018b). «El axioma del bien común como fundamento de los derechos naturales del hombre». *Pensar el tiempo presente: Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart,* 983-1002, (I). Recuperado de https://digital.csic.es/bitstream/10261/163587/1/axioma_bien_comun.pdf

Peña y Gonzalo, L. (5 de junio del 2021a). *LECCIÓN LAURENTINA N.º 46*. [Archivo de vídeo]. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?V=aPYbIzYwlwY&t=6s

Peña y Gonzalo, L. (26 de julio del 2021b). *LECCIÓN LAURENTINA N.º 53*. [Archivo de vídeo]. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?V=AdaXrjOx6ds&t=630s

Peña y Gonzalo, L. (9 de abril del 2023a). *Ecos del Azuay. 14.ª entrevista: Los principios ontológicos.* [Archivo de vídeo]. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?V=_QWnPe_qbKM

Peña y Gonzalo, L. (16 de abril del 2023b*). ECOS DEL AZUAY N.º 15. Ontología (3.ª Parte): el Ente y Su Ser (Ess.* [Archivo de vídeo]. Recuperado de: https://www.youtube.com/watch?V=ZABS1K8AofM&t=1279s

Torrent, A. (2016). *El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII: precursor de los códigos en la secuencia de fundamentos del derecho europeo*. Editores: Edisofer, Madrid.

Vásconez Carrasco, M. (2017). «Visión lógica del derecho. Una defensa del racionalismo jurídico: La crítica de Lorenzo Peña a la ética y su supuesta objetividad. Lorenzo Peña y Gonzalo». *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad,* (15), 379-388. https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4365

Vásconez Carrasco, M. (12 de abril, 2020). *El bien común (2017), según Lorenzo Peña, en Vld.* [Archivo de vídeo]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?V=lUiAT7pzJeQ&feature=share&fbclid=IwAR1t_DgVO2sniiGFwvIEO1eRM01JGb5YTL2uAtCPbJFAmOjLkr7KGS3wses

Vigo, R. (2003). *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*. Editores: Fontamara.

Zambrano, P. (2020). «Peña, Lorenzo, Visión lógica del derecho, Madrid, Plaza y Valdés Editores, 2017» *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (14), 401-411.

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 605-627
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.23

Una relectura de «Un país al margen de la ley» desde el aporte del institucionalismo

Revisiting «Un país al margen de la ley» *from the Perspective of Institutionalism*

Carolina Fernández Blanco

Autora:
Carolina Fernández Blanco
Universitat de Girona, España
carolina.fernandez@udg.edu
https://orcid.org/0000-0002-0301-4024

Recibido: 09/07/2022
Aceptado: 02/02/2023

Citar como:
Fernández Blanco, Carolina (2024). Una relectura de «Un país al margen de la ley» desde el aporte del institucionalismo *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*, (48), 605-627. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.23

Financiación:
Este trabajo se ha realizado dentro del marco del proyecto de investigación «Los errores en la producción y en la aplicación del derecho» 2021-2024 (PID2020-114765GB-I00). Organismo financiador Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidad del Reino de España.

Agradecimientos:
Agradezco los comentarios de las revisoras/es anónimas/os.

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

La autora declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Carolina Fernández Blanco

Resumen

En 2022 se cumplieron 30 años de la publicación de «Un país al margen de la ley» de Carlos Nino, este artículo revisa ese trabajo del autor argentino a la luz de los enfoques institucionalistas del desarrollo que se instalaron como principal corriente de pensamiento desde la década de 1990 y que continúan teniendo una fuerte influencia. La revisión que se realiza comparte algunos puntos de partida de «Un país al margen de la ley» pero también ofrece una visión crítica del trabajo y de algunas ideas institucionalistas. La idea central del trabajo es que la descripción que realiza Nino sobre la anomia en Argentina (extensible en la mayoría de los casos al resto de América Latina) no es tanto un producto sociológico o de raigambre histórica como un problema «de la ley». Por lo tanto, las miradas para superar la anomia deberían orientarse a los modelos de discusión y producción legislativa. Finalmente, el artículo realiza una breve reseña de la situación de la Argentina de hoy, evaluando qué ha cambiado desde que Nino escribiera el libro del que se ocupa este trabajo.

Palabras clave: Carlos Nino; institucionalismo; anomia; desarrollo; legislación.

Abstract

In 2022 was the 30th anniversary of the publication of Carlos Nino's «Un país al margen de la ley», this article reviews the Argentine author's work in the light of the institutionalist approaches to development that have become the main current of thought since the 1990s and continue to have a strong influence. The review shares some of the starting points of «Un país al margen de la ley», but also offers a critical view of the work and of some institutionalist ideas. The central idea of the paper is that

Nino's description of anomie in Argentina (which in most cases can be extended to the rest of Latin America) is not so much a sociological or historically rooted product as a problem «of the law». Therefore, to overcome anomie, the focus should be on models of discussion and legislative production. Finally, the article gives a brief overview of the situation in Argentina today, assessing what has changed since Nino wrote the book that is the subject of this paper.

Keywords: Carlos Nino; Institutionalism; Anomie; Development; Legislation.

INTRODUCCIÓN

En 2022 se cumplieron 30 años de la publicación de *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*[1] (de aquí en adelante *Un país al margen de la ley*) y es un buen momento para celebrarlo y repensarlo. Como es sabido, se trata de uno de los trabajos de Carlos Nino destinados a un público más general y no solamente académico (en la línea de *Juicio al Mal absoluto* –2006–, aunque su impacto en la academia y en la educación universitaria ha sido importante, y lo es actualmente). Podría decirse que *Un país al margen de la ley* es el primer libro que vincula sistemáticamente al derecho con el desarrollo, escrito *desde* América Latina, considerando los problemas de Argentina (extensibles en la mayoría de los casos a la región latinoamericana) y con un conocimiento profundo sobre ellos. Todo ello hace que la obra se aleje de los enfoques clásicos de los estudios sobre derecho y desarrollo (*Law and Development*), aunque coincidan los temas que se abordan.

Carlos Nino fue un pensador que supo otorgar un lugar muy importante y a la vez equilibrado a las discusiones conceptuales en casi toda su obra; por esa razón, este es un trabajo atípico de Nino en el que los conceptos y las discusiones sobre ellos solo asoman esporádicamente. *Un país al margen de la ley* es un libro en donde la formación jurídica y el bagaje filosófico de Nino se entremezclan con otras disciplinas, como la sociología[2] y la historia, y en donde también hay un importante aporte de su intuición.

De las diversas ausencias conceptuales que podrían señalarse, hay una que resulta llamativa: a pesar de que el objetivo del libro es encontrar una explicación del subdesarrollo argentino (o a la reversión del desarrollo de ese país), no hay más que una aproximación superficial, y no muy clara, a qué entiende el autor por desarrollo y subdesarrollo. Por momentos, parece referirse a una noción ortodoxa de desarrollo que se vincula al PIB *per cápita* (p.17), en otras ocasiones se refiere a «desarrollo social

1. Para la realización de este trabajo se ha utilizado la 4ta. Edición de «Un País al Margen de la Ley». Editorial Ariel, Buenos Aires, 2011. Las páginas del libro referidas en este trabajo corresponden a esa edición. Se ha contrastado en ciertas oportunidades o frente a dudas de corrección de la impresión, la segunda edición, de 1995, de Emecé Editores, Buenos Aires.
2. El propio Nino acepta que el libro se enmarca en un área de convergencia entre el derecho, la filosofía y la sociología (p.46).

y económico» (p. 16), en otras ocasiones, alude a «desarrollo económico y político» (p.29), o al subdesarrollo como un «estado de insatisfacción» (p.47). Y enuncio esto solo por mencionar algunos de los modos de identificar a los fenómenos del desarrollo y del subdesarrollo en el libro. En ningún caso estas aproximaciones se profundizan ni se enriquecen con literatura sobre el tema o con explicaciones propias. Esta ausencia conceptual es todavía más llamativa debido a que a inicios de los años '90, cuando fue escrito el libro, la discusión sobre las viejas y nuevas concepciones del desarrollo se producía de manera intensa.

A pesar de esas ausencias conceptuales, el camino de la intuición conduce a Nino a un lugar adecuado: las instituciones, entendidas como las reglas del juego presentes en una sociedad, son factores cruciales para promover el desarrollo y explicar el subdesarrollo. El paradigma institucionalista[3], vigente con fuerza desde los años '90 y hasta la actualidad, es compartido –con diferencias, obviamente– tanto por las versiones más ortodoxas del desarrollo, como el Neo-Institucionalismo Económico (NIE o NI), como por aproximaciones más heterodoxas cual el enfoque del Desarrollo Humano (DH)[4].

La idea central de este trabajo es releer, revalorizar y criticar *Un país al margen de la ley*, a la luz de los aportes que, desde la publicación de este libro, han realizado los enfoques institucionalistas del desarrollo. En este sentido se comenzará por la pregunta *¿Qué son las instituciones y cómo se vinculan con el desarrollo?* (punto 1); luego en el punto 2 se presentará un análisis de las normas sociales, respectivamente, según el institucionalismo, la teoría jurídica y el trabajo comentado; el punto 3 se destina a la crítica de la teoría de la dependencia de la historia (*path dependence*) que utilizan ciertos enfoques institucionalistas y el propio Nino. Evidentemente esta relectura del libro de Nino no es sistemática ni completa, pero sí aborda algunos de sus puntos más relevantes.

En la última parte del trabajo (punto 4) se introducirán algunas ideas que complementan las propuestas y evaluaciones de Nino a lo largo de *Un país al margen de la ley* y en especial del Capítulo VI de ese libro. Estas ideas giran en torno a poner el acento en los posibles problemas que puede presentar *la ley* más allá de las tendencias al incumplimiento que puedan estar presentes en la sociedad. De alguna manera, la idea complementaria a la de Nino es que lo que ocasiona muchas situaciones de ilegalidad es que *es la ley la que está al margen del país*. Finalmente compartiré mi percepción sobre la anomia en la Argentina de hoy y conectaré esta situación con las ideas desarrolladas en el inicio del punto 4.

3. Me referiré a lo largo del trabajo al institucionalismo económico que no debe confundirse con el institucionalismo jurídico vinculado a los nombres de Santi Romano y Maurice Hauriou como a las más recientes teorías neo-institucionalistas propuestas por Ota Weinberger y Neil MacCormick. Ver sobre esta corriente de pensamiento jurídico Latorre (2006).
4. No voy a profundizar en este trabajo sobre las diversas aproximaciones al desarrollo vigentes en este siglo. Simplemente afirmaré que las instituciones son cruciales para casi todas ellas con excepción de algunos enfoques como el promovido por Jeffrey Sachs (2003, 2012) que les otorgan un papel subsidiario.

1. LAS INSTITUCIONES Y SU VÍNCULO CON EL DESARROLLO

Es posible encontrar algún grado de consenso entre los diversos autores en cuanto a entender las instituciones como «las reglas del juego presentes en una sociedad» (North 1995, 3) o, en otras palabras, como el conjunto de reglas, normas y restricciones –escritas y no escritas– que gobiernan en la sociedad (Arias y Caballero 2013, 17). Estas «reglas del juego» relevantes se entiende que se componen de (a) instituciones formales, (b) instituciones informales (o normas sociales), y (c) las condiciones de aplicación de ambas (North 1991, 1995, 2005). De aquí en adelante se seguirá la terminología utilizada por North y el Neo Institucionalismo y se entenderá que las instituciones son creaciones humanas restrictivas que estructuran las interacciones políticas, sociales y económicas (North 1991, 97). Originariamente las instituciones fueron creadas por el hombre para reducir la incertidumbre y generar orden (North 1991, 97).

Las instituciones formales, son algo más que normas jurídicas formales, ya que el concepto también comprende a las normas que nacen de otras fuentes de carácter no general (v.gr. un contrato). Las instituciones o normas informales (también llamadas normas o instituciones sociales) se distinguen de las instituciones formales por diversas cuestiones, pero por el momento propongo distinguirlas por el hecho de que las últimas son creadas y aplicadas por algún organismo; mientras que en las instituciones informales es difícil identificar un órgano «oficial» de producción y se hacen valer de una manera más dispersa, vía sanciones personales o sanciones a la reputación de quien las incumple (Carruthers 2012, 7)[5].

Las instituciones sean formales o informales tienen rasgos de normatividad, es decir, funcionan como reglas y, por ello, en caso de que establezcan prohibiciones u obligaciones están asociadas a algún tipo de sanción formal o informal respectivamente (Fernández Blanco 2019). En este sentido, es necesario distinguir a las instituciones informales de otros fenómenos que no lo son y que, en general, tienen menos capacidad para influir en la regulación de la sociedad. Me refiero particularmente a lo que se conoce como hábitos convergentes o costumbres compartidas, como los llama Bicchieri (2017: 3). En los hábitos convergentes es necesario y suficiente que las conductas converjan de hecho (Hart,1961: 65), pues los patrones de acción se crean y se sostienen por motivaciones de los sujetos actuando independientemente los unos de los otros (Bicchieri, 2017: 15). Es una conducta observable respecto de la mayoría de las personas que integran ese grupo: cada uno se comporta del mismo modo sin ningún tipo de consideración acerca de si se trata de una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el otro (Hart, 1961: 71).

La mayoría de los enfoques institucionalistas distingue, además, las *instituciones* de las *organizaciones o entes*. Las organizaciones podrían equipararse a los equipos y las

5. En los siguientes puntos se realizará una aproximación más detallada al concepto de instituciones formales e informales.

instituciones serían las reglas del juego de un deporte (North 1995, 15)[6]. La distinción entre instituciones y organizaciones es muy relevante en la explicación del desarrollo del NIE.

1.1. Las instituciones y el desarrollo en el Neo Institucionalismo Económico y la versión de Nino.

Presentaré muy brevemente la vinculación entre instituciones y desarrollo que ha descripto el NIE.

De acuerdo con esta corriente de pensamiento, especialmente en la voz de Douglass North, la fuente primaria del crecimiento económico es la estructura institucional/organizacional de la economía política. Los países del tercer mundo son pobres debido a que sus constreñimientos institucionales definen una serie de costos para la actividad político-económica que no fomentan la actividad productiva (North 1995, 110). Las instituciones adecuadas son las generadoras de los *incentivos* necesarios para la actividad productiva. Si estos incentivos están presentes hay inversión, innovación y reinversión y, si estos hechos se producen, hay crecimiento económico. Vale la pena destacar que la concepción del desarrollo que promueve esta corriente de pensamiento es bastante ortodoxa y se puede asimilar, simplificando la cuestión, al crecimiento per cápita del PIB sostenido en el tiempo.

De acuerdo con North, los países pobres mantienen instituciones que promueven el estancamiento o la reversión de los incentivos, preponderan las que favorecen las actividades redistributivas antes que las productivas, crean monopolios antes que estructuras competitivas, y restringen oportunidades antes que promover su expansión. Raramente inducen inversiones en educación que incrementen la producción (North 1995, 9). Ese camino se mantiene, además, porque los costos de transacción de los mercados políticos y económicos junto con los modelos subjetivos de los actores no conducen a que se muevan incrementalmente hacia resultados más eficientes (North 1995, 9).

Ahora bien, en el planteo del NIE, ¿cuáles serían las instituciones básicas que podrían generar un clima adecuado de competencia organizacional o de incentivos para la inversión? Douglass North no propone –como sí lo han hecho otros autores–un listado o conjunto de instituciones imprescindibles; sin embargo, hay dos instituciones que aparecen recurrentemente en sus ideas como centrales: la protección del derecho de propiedad y las características de ejecución de los contratos. Estas dos instituciones, junto con la reducción de los costos de transacción (cuyo origen tiene vinculación con –pero no se limita a– la protección fuerte del derecho de propiedad y a las características

6. Amartya Sen es, por ejemplo, una excepción y engloba dentro del concepto de instituciones tanto a las organizaciones como a las reglas del juego. Nino también parece abarcar a las organizaciones cuando se refiere a instituciones.

de ejecución de los contratos), forman lo que se ha denominado el «triángulo de oro» del NIE (Ménard y Shirley, 2014). Si el triángulo de oro funciona correctamente los costos del mercado se reducen y aumentan los incentivos, promoviendo el ciclo virtuoso de incentivos-inversión-ampliación de conocimientos-cambio institucional y la repetición de ese ciclo.

La versión de Nino sobre instituciones y desarrollo es evidentemente más rústica e intutitiva que la que el NIE ha desarrollado. Sin embargo, es posible observar ciertos puntos de coincidencia y algunas divergencias. La primera idea convergente es esencial y, como adelanté, Nino fue pionero en su planteamiento en el ámbito de América Latina: las reglas del juego presentes en una sociedad son cruciales para el desarrollo. Este punto de partida es vital para poder hacer una relectura institucional del libro de Nino, aunque luego difieran en otros aspectos.

También hay una coincidencia en la idea de la importancia de la «mano invisible» (p. 132), entendida como metáfora amplia, aunque por razones diferentes: en el NIE *las instituciones* (especialmente las que integran su triángulo de oro) son generadoras de incentivos de un modo que es posible parangonar a la mano invisible en el sentido en el que también la entiende Nino, esto es, «…como si hubiera una fuerza oculta que dispone las cosas de modo tal de beneficiar a la comunidad en su conjunto…» (p. 134). En la versión de Nino, siguiendo las ideas básicas de la teoría de la elección racional, la mano invisible no está en los incentivos que las instituciones promueven, sino que se vincula con los intereses individuales y las *estructuras de interacción* que generan esos intereses. Hay, sin embargo, una divergencia notable entre la opción explicativa de Nino y la del NIE. Como señala Torres Espinosa en respuesta a la teoría de la elección racional, que es la que sigue Nino, el NIE «Sin negar la influencia de los factores sociales sobre la sociedad ni restar importancia a los motivos de los individuos, el NI considera a las instituciones como actores independientes y autónomos, capaces de perseguir sus propios objetivos y al hacerlo afectar a la sociedad. Frente a la visión de la acción colectiva como la agregación de decisiones individuales calculadas, el NI argumentó que los individuos no actúan en el vacío sino dentro de contextos institucionales…» (Torres Espinosa 2015, 120). Es decir, es el marco institucional el que permite que se den o no se den ciertas interacciones y no una tendencia natural de las personas a comportarse de determinada manera (buscando maximizar beneficios personales, de manera racional, etc.).

1.2. El Desarrollo Humano y las instituciones

Las tres ideas-fuerza del desarrollo humano, especialmente bajo la mirada de Amartya SEN y en lo que resulta relevante para este trabajo, pueden sintetizarse en las siguientes: (1) El desarrollo está dado por la expansión de las capacidades o libertades humanas. Las capacidades o libertades son el conjunto de oportunidades reales u opciones a

disposición de los individuos para llevar adelante la vida que tienen razones para valorar (Sen 2010, 226, 233). (2) El crecimiento económico, que fue el objetivo principal de las más importantes corrientes de pensamiento sobre el desarrollo, pasa a ser solo un medio para el DH –un medio para la expansión de las capacidades humanas– y no más un fin en sí mismo. (3) Amartya Sen considera que el DH no puede estar desvinculado de la libertad de mercado, aun cuando se trate de una concepción de libertad de mercado menos radical y muy distinta de la que postulan, por ejemplo, el NIE o la teoría económica neoclásica. Así, Sen sostiene que intercambiar y transar bienes y servicios constituye una de las libertades básicas que los individuos tienen razones para valorar (Sen 2000, 23). Los mercados son medios para el crecimiento económico, pero son –sobre todo– una arena para el ejercicio de las libertades de las personas.

Resta ahora preguntarse cuál es el papel de las instituciones (reglas del juego) para el DH. Tal vez para el enfoque del DH esta relación no aparezca de una manera tan transparente como para el NIE, pero cualquier estudio más o menos serio de ese enfoque y especialmente de los trabajos de Sen permite corroborar la íntima ligazón que encuentra este autor entre las capacidades humanas y las instituciones. Como muestra de esa importancia basta la lectura del siguiente párrafo:

> Los individuos viven y actúan en un mundo de instituciones. Nuestras oportunidades y perspectivas dependen sobre todo de las instituciones que existen y de cómo funcionan. Las instituciones no sólo contribuyen a aumentar nuestra libertad, sino que su papel puede evaluarse de manera razonable a la luz de su contribución a aumentarla. La concepción del desarrollo como libertad permite evaluar sistemáticamente las instituciones (Sen 2000, 178).

¿Cuáles serían para el DH las instituciones relevantes? No es posible encerrar en un listado a las instituciones relevantes para el DH, aunque se advierte que el derecho público tiene una infuencia mucho mayor en esta corriente que en el NIE.

> El desarrollo requiere del uso de muchas diferentes instituciones –el mercado, los servicios públicos, los partidos políticos, los medios de prensa, etc.-Estas instituciones pueden habitualmente suplementarse y complementarse entre ellas. Desde que libertades de distintos tipos contribuyen unas a otras, una visión centrada en las libertades requiere un enfoque institucional integrado. Es necesario entonces pensar en términos de formatos multi-institucionales (Drèze y Sen 2002, 20).

Es a mi juicio evidente que las coincidencias entre el DH y Nino son significativas. Sus preocupaciones por la democracia, el respeto por los derechos humanos, su rechazo del perfeccionismo (especialmente en un autor como Sen) y su interés por la igualdad de oportunidades, entre otras, hacen que el DH tenga muchos puntos de contacto con el ideario de Nino (que se reflejan parcialmente en *Un País al margen de la ley* y con mayor extensión y claridad en toda su obra). Además, también Nino considera un abanico institucional mucho más amplio que el contemplado por el NIE. Es indudable que el enfoque del DH hubiese generado un interesante diálogo con Nino si este lo hubiese conocido tal y como ha sido desarrollado en estos años, y si bien especular sobre lo

que Nino no escribió no tiene demasiado sentido, sí es posible echar de menos lo que nunca sucedió.

2. LAS NORMAS SOCIALES: COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS ENTRE EL ENFOQUE INSTITUCIONALISTA, EL ENFOQUE JURÍDICO Y EL ANÁLISIS DE NINO

Como se adelantó, para los enfoques institucionalistas, las instituciones se integran por instituciones formales (básicamente normas jurídicas y reglas creadas al amparo del sistema jurídico, como los contratos o el código de conducta de una universidad); instituciones informales (normas sociales), a las que estará dedicada esta sección, y las condiciones de aplicación de ambas (sobre este aspecto me detendré sucintamente en el punto 4 de este trabajo).

Uno de los aportes más significativos de los enfoques institucionalistas es la precisa identificación y descripción de lo que los juristas solemos denominar «normas sociales» y que esos enfoques usualmente llaman «instituciones informales» (a partir de ahora las llamaré *normas sociales*). Comencemos por una aproximación general a las normas sociales:

> Son reglas socialmente compartidas, usualmente no escritas que son creadas, comunicadas y aplicadas por fuera de los canales oficialmente aceptados, por contraposición, las normas formales están abiertamente codificadas en el sentido de que son establecidas, comunicadas y aplicadas a través de canales que son ampliamente considerados «oficiales» (Helmke y Levitsky 2004, 727).

La definición de Helmke y Levitsky no difiere sustancialmente de la aproximación general que los juristas tenemos sobre las normas sociales. Por ejemplo, el propio Nino en el libro comentado sostiene «…las normas sociales generalmente están respaldadas por sanciones descentralizadas como son las actitudes de desaprobación, el aislamiento social, etcétera» (p. 33).

A pesar de que la aproximación al concepto de normas sociales es coincidente entre el institucionalismo y la teoría jurídica, hay una diferencia esencial en la descripción de la interacción entre normas sociales y normas jurídicas entre ambos enfoques. Para Hart, y para Nino, como para muchos otros autores del ámbito jurídico, las normas sociales tienen primordialmente una función de soporte del sistema jurídico o permiten explicar la génesis de las normas jurídicas. Así, para Hart el conjunto normas sociales constituye el tejido que permite al derecho ser reconocido como tal (Hart 1994) o ser eficaz (Postema 2012); algo similar, aunque menos categórico, parece surgir también en definitiva en Dworkin (1986). Para mayor especificidad, Hart, en la mayor parte de su obra se detiene en las normas sociales para conceptualizar la génesis de un sistema jurídico, por ello su mira está puesta un pequeño conjunto de normas sociales de alcance amplio que pueden dar cuenta primordialmente de la regla de reconocimiento.

En este sentido pareciera que las normas sociales en Hart requieren por lo menos –en la explicación genética del sistema jurídico–, por un lado, alguna forma de aceptación o acatamiento mayoritario y por el otro, al menos por parte de los funcionarios encargados de aplicar las normas, una exigencia de consciencia acerca de la juridicidad de las normas en cuestión. De este modo la tradición jurídica ha limitado el estudio de las normas sociales a estas cuestiones, a diferencia de la propuesta del NIE en la que, por el contrario, encontramos una visión casi siempre unidireccional en donde el derecho es neutralizado por diversas normas sociales, o explicaciones en las que la capacidad del derecho resulta insuficiente para poder vencer a ciertas normas sociales.

No se trata de que los juristas caractericen o definan a las normas sociales por su función sino simplemente que no se ha realizado generalmente en la literatura jurídica una evaluación de cómo las normas sociales, en ocasiones, obstaculizan la eficacia y efectividad de las normas jurídicas. Sin descartar el enfoque preponderante en el discurso jurídico, pareciera que es importante recoger el aporte que propone la visión institucionalista. En este sentido, resulta razonable atender a la idea de que hay normas sociales que son *disfuncionales, es decir,* que las conductas que las normas sociales obligan, prohíben o permiten, son contrarias a los objetivos por los que fueron sancionadas ciertas normas jurídicas (pensemos, por ejemplo, en las arraigadas normas sociales que promueven o toleran la discriminación de las mujeres o que permiten la corrupción). Es decir, por la interacción con las normas sociales la norma jurídica puede ser ignorada, trivializada o transformada (Pistor, Antara y Amrit 2009).

De este modo, incorporar al razonamiento jurídico la idea de que las normas sociales no siempre son funcionales y que, en muchas más ocasiones de las que se consideran, pueden entrar en competencia con las normas jurídicas, parece ser un camino importante para buscar soluciones a los problemas de incumplimiento de las normas jurídicas (que en realidad, es el principal punto de preocupación de Nino tal como lo demuestra en sus múltiples ejemplos a lo largo de *Un país al margen de la ley,* incluido por cierto el título del libro).

La segunda cuestión acerca de las normas sociales y el tratamiento que se les da en el texto comentado es que resulta muy improbable que la situación de ineficiencia colectiva esté producida por el incumplimiento masivo o generalizado de una norma social (que es una de las hipótesis de anomia en Nino). Respecto de las normas sociales «existencia» (en un sentido empírico, no jurídico) y eficacia (cumplimiento) se superponen: las normas sociales existen («son») en tanto son eficaces, es decir, la mayor parte de los sujetos se comporta de acuerdo con ellas en la mayoría de las ocasiones oportunas. Si la norma social se incumple de manera generalizada o estadísticamente relevante, simplemente desaparece. Los casos de anomia que describe Nino, para ser relevantes como situaciones de ineficacia colectiva, no pueden entenderse como casos esporádicos de incumplimiento, sino como casos estadísticamente relevantes. Pero en realidad esa situación simplemente refleja la inexistencia sobreviniente de la norma social.

En este ámbito de análisis es posible trasladar, *mutatis mutandi,* algunos criterios utilizados en el ámbito de las normas consuetudinarias. Así, explican Alchourrón y Bulygin que respecto de las normas consuetudinarias es natural pensar que su existencia debe consistir en algún tipo de vigencia o eficacia (1997, 12), por lo que:

> […] la eficacia [que] es una propiedad contingente de las normas legisladas (la proposición «La norma N es eficaz» es claramente sintética cuando se trata de normas legisladas), parece convertirse en una propiedad necesaria cuando es predicada respecto de las normas consuetudinarias. La proposición «la norma consuetudinaria N no es eficaz» da la impresión de ser autocontradictoria y su negación «la norma consuetudinaria N es eficaz» sería, entonces, una proposición analítica (Alchourron y Bulygin 1997, 12).

Por ejemplo, la mayoría de las personas hace fila en la parada de autobuses o para ser atendida en un comercio. La norma social que prescribe hacer fila para subir al bus o ser atendido en una tienda *existe*, y aunque esporádicamente es violada, de manera inmediata se activan mecanismos de sanción informales (recriminaciones, insultos, etc.). Pero, en cambio, ¿se viola una norma social si se convive con una pareja sin estar casado? La respuesta parecería ser negativa en la actualidad. No estamos frente a una violación estadísticamente relevante de la norma social que prescribiría «está prohibido convivir sin casarse», sino que simplemente la norma social ha desaparecido y ha sido reemplazada por otra («está permitido convivir sin casarse»). En definitiva, la anomia por incumplimiento de normas sociales no resulta convincente pues los conceptos de eficacia y existencia son inescindibles respecto de las normas sociales, mientras que no ocurre lo mismo con las normas jurídicas[7]. De este modo, la concepción de anomia queda, luego de estas conclusiones, prácticamente reducida al incumplimiento de las normas jurídicas cuando tienen un resultado colectivamente ineficiente[8].

7. Para muchos autores la existencia y/o vigencia de las normas jurídicas no está forzosamente vinculada a su eficacia: una norma jurídica puede no ser eficaz y sin embargo estar vigente y «existir» en cualquiera de los sentidos que los juristas han dado a este término (Cfr. Caracciolo 1997; Bulygin y Mendonca 2005; Alchourrón y Bulygin 1997).
8. Es cierto que Nino también sostiene que puede haber anomia por incumplimiento de normas religiosas y morales. Ambas parecen ser situaciones más bien marginales frente a las más frecuentes de incumplimiento de normas jurídicas y frente a la ubicuidad de las normas sociales. Además, respecto de las normas religiosas no considero que estas sean (ni deban ser) relevantes para la organización social que le preocupa a Nino: las normas prescriptas o reconocidas por *cierta deidad* (p. 33, la itálica me corresponde) no parecen relevantes en una sociedad plural, con libertad religiosa y con un Estado laico como el argentino. Con relación a las normas morales, el problema es otro: Nino parece referirse en este texto a la moral *social* (es decir, a la moral colectiva y no a la moral crítica (p. 33)). Con estas normas ocurre algo similar a lo que se dijo acerca de las normas sociales. Ellas existen en tanto «son»; a medida que se desvanecen o pierden fuerza dejan de ser normas. Nadie sostendría que la aceptación de la sociedad a las parejas no casadas viola una norma moral (ello pudo haber sido así hace 50 años, mas no ahora); la norma moral que condenaba la convivencia sin la venia del Estado y/o de Dios ha desaparecido.

3. LA DEPENDENCIA DE LA HISTORIA

Una de las coincidencias entre el enfoque de Nino y el del Neo-Institucionalismo Económico (no así el del Desarrollo Humano) reside en la apelación a la dependencia de la historia (*path dependence*). Si bien es cierto que Nino al inicio del libro rechaza las explicaciones monocausales (p. 24), y en ese sentido se trata de un intento más rico de explicar las causas del fracaso institucional para el desarrollo, no es menos cierto que las consideraciones históricas ocupan un lugar relevante en *Un país al margen de la ley* a la hora de intentar explicar la génesis de la tendencia a la anomia y por lo tanto del subdesarrollo (ver, entre otros fragmentos del libro, la Introducción, el Capítulo II íntegramente y el Capítulo III punto 3).

Los autores vinculados al pensamiento neoinstitucionalista y otros vinculados a la disciplina del derecho y el desarrollo (ver, por ejemplo, Prado y Trebilcock 2009) han utilizado el enfoque de la dependencia de la historia con dos propósitos. El primero: describir de un modo general las opciones limitadas que tiene el cambio institucional por la matriz institucional anterior. En este sentido, la dependencia de la historia consiste en una serie de limitaciones en el conjunto de opciones que tenemos en el presente que se derivan de la experiencia histórica del pasado (North 2005, 51). Este primer sentido de la dependencia de la historia es teórico y universalmente válido, no explica el presente, sino que da cuenta de las limitadas opciones futuras. Otorga de alguna manera respuesta a la pregunta *¿cómo se produce el cambio institucional?* Este primer sentido sobre el cambio institucional limitado y dependiente de la historia sienta las bases para el segundo sentido, ya que, de acuerdo con esta posición, *las instituciones tienden a perseverar y a reproducirse a sí mismas*.

El segundo sentido de la dependencia de la historia tiene un propósito explicativo, e intenta responder a la pregunta *¿por qué tenemos estas instituciones?* Este sentido es el que utiliza intuitivamente Nino en el libro y se vincula con la posibilidad de dar cuenta de las instituciones vigentes describiendo y analizando las instituciones pasadas y su tendencia a perseverar y reproducirse. Este segundo sentido requiere de datos históricos concretos y sirve para explicar las instituciones vigentes en un determinado país o región. Se trata de explicaciones sumamente cautivantes ya que, además de ser por lo general de interesante lectura, en principio, parecen razonables.

Así, el Capítulo II de *Un país al margen de la ley* se concentra en una descripción cronológica (punto 1 «Una historia fuera de la ley») y otra diacrónica (punto 2 «El desequilibrio institucional argentino») de sucesos históricos con los que se pretende explicar el origen de «…la tendencia argentina a despreciar la ley» (p.55). Voy a realizar un análisis crítico del Capítulo II del libro comentado, que dividiré en dos partes. En la primera, formularé cuestionamientos generales a la metodología utilizada, es decir, a la versión de la dependencia de la historia que pretende mediante la reconstrucción histórica de instituciones pasadas explicar las características de las instituciones actuales.

Finalmente, me detendré brevemente en ciertos aspectos del Capítulo II de *Un país al margen de la ley*.

3.1. La insuficiencia de la dependencia de la historia en su versión explicativa de las instituciones actuales y el análisis de Nino

3.1.a) Todas las explicaciones sobre las instituciones actuales que pretenden hacer los autores sobre la base de las instituciones pasadas están determinadas de una manera crucial por aquello que los historiadores hayan recogido del pasado[9]. Este es un primer problema pues solo conocemos lo que los historiadores recogieron discrecionalmente, y en especial conocemos solo aquellas investigaciones históricas que alcanzaron algún grado de difusión. Asimismo, y en la misma línea, estos enfoques no consideran la existencia de pequeños hechos, muchos de ellos menores en apariencia, algunos deliberados y otros casuales, que no son recogidos por los historiadores y que pueden haber impactado en las condiciones generales de una sociedad o directamente en la conformación de sus instituciones actuales.

El segundo problema es que la cantidad de eventos relevantes (solo considerando los conocidos) para escoger de la historia y explicar las instituciones actuales es prácticamente infinito, como lo muestran diferentes explicaciones sobre los mismos temas, que apelan a diferentes hechos que consideran relevantes y suficientemente explicativos de las instituciones actuales. Es decir, cualquier decisión sobre qué instituciones escoger para explicar determinada situación actual es discrecional en el mejor de los casos y sesgada en el peor.

Así lo muestra el siguiente ejemplo construido sobre dos explicaciones diferentes acerca la igualdad en Costa Rica:

> El heredero de una familia destacada, rica, conservadora y católica de Costa Rica fue enviado a estudiar al extranjero en 1920, tal y como su trasfondo familiar dictaba. Lo único que ocurrió fue que, en vez de ir a París, aterrizó en la Universidad de Louvain, en un momento en el cual era un semillero de ideología social-cristiana. Impregnado por estas ideas, volvió a su país, se convirtió en su presidente, se alió con el Partido Comunista, legalizó los sindicatos e introdujo una extensa legislación social. Alarmados por su alianza con los comunistas, Estados Unidos ingenió un golpe de estado, dirigido por un social-demócrata anti-comunista. A partir de entonces, en Costa Rica se alternaron social-cristianos y social-demócratas, todos respetuosos con la democracia y todos comprometidos con la igualdad. Entonces, si esta historia es cierta, una perturbación minúscula tuvo grandes y duraderas consecuencias (Przeworski 2004, 184).

9. Una crítica frecuente a los análisis de la dependencia de la historia es que la reconstrucción de los hechos históricos no se realiza mediante fuentes originales sino sobre la base de lo ya reconstruido por los historiadores. Esto es así también en el caso de Nino (sobre esta crítica ver McCloskey 2010, Capítulo 33 y Méndez 2014, 213)

La idea de incluir el ejemplo propuesto por Przeworski no tiene como finalidad aseverar (como parece hacerlo el autor y se podría compartir) que el mayor grado de igualdad en Costa Rica obedece a que fue el azar lo que determinó que el expresidente estudiara en una y no en otra universidad y a partir de ello se forjó una sociedad medianamente igualitaria (es decir, para Przeworski la igualdad lograda en Costa Rica no puede explicarse por la tendencia de las instituciones a reproducirse y perseverar). Utilizo el ejemplo de Przeworski para cuestionar la dependencia de la historia como instrumento de explicación de las instituciones actuales por el segundo problema señalado: la diversidad de hechos y situaciones explicativas a disposición y la posibilidad de que todas ellas resulten *a priori* convincentes. Por ello es interesante comparar la anécdota que propone Przeworski con la explicación de Engerman y Sokoloff, quienes pretenden fundamentar en *otras* razones históricas la menor incidencia de la desigualdad en Costa Rica en comparación con otros países latinoamericanos.

> La desigualdad surgió aquí desde la dotación de grandes poblaciones de nativos americanos que sobrevivieron al impacto inicial de las enfermedades que trajeron los europeos y de las prácticas españolas (que fueron influenciadas también por las instituciones preexistentes nativo-americanas en México y Perú) de conceder a los miembros de la élite […] reclamos sobre la tierra, sobre la mano de obra nativa, y los recursos minerales valiosos. Sin embargo, unas pocas áreas que tenían poblaciones nativas relativamente pequeñas, tales como Argentina, Uruguay y Costa Rica, se vieron menos afectadas (Engerman y Sokoloff 2005, 4).

La comparación de los análisis anteriores, es solo un ejemplo que nos permite de una manera intuitivamente razonable aceptar que, por un lado, las explicaciones sobre estados sociales de cosas en el presente no pueden ser atribuidos a un único factor histórico ni siquiera a un grupo de ellos pues hay explicaciones alternativas, en apariencia también sólidas, que escogen otro factor u otro grupo de acontecimientos históricos[10]. Además, evaluar todos los fenómenos que posiblemente contribuyeron a conformar las instituciones presentes desde el pasado es una tarea imposible. Hay que sumar, finalmente, el desconocimiento de hechos que pudieron contribuir a conformar la realidad pasada y sobre los que no disponemos de información sobre su existencia. Por otra parte, y coincidiendo aquí con Przeworski, es inevitable que el azar trastoque permanentemente y de manera muy disímil la formación de la realidad actual y de las instituciones que la rigen.

Debo conceder parcialmente que alguna relativa solvencia puede otorgarse a las reconstrucciones históricas para explicar instituciones muy concretas y muy bien

10. Los ejemplos propuestos en el texto, como se dijo, tienen una intención ilustrativa. No me interesa discutir aquí la posibilidad (cierta) de que en el caso (o en otro caso) una de las dos explicaciones en disputa sea unitariamente correcta, contra lo afirmado por la explicación rival y es posible –aunque intuitivamente improbable– que quien suscriba alguna de ellas lo argumente en una medida suficiente para privar de plausibilidad al enfoque opuesto. Sin embargo, esta apreciación, que agradezco a uno de los revisores/as anónimos, no priva de razón a la crítica general realizada a la dependencia de la historia.

documentadas. Así, por ejemplo, explicar por qué en la división de la tierra en Argentina están tan presentes los latifundios, tiene más asidero que explicar la «desigualdad»[11]. En definitiva, aunque las dos críticas formuladas al inicio de esta sección subsisten, parece algo más riguroso explicar instituciones específicas y bien documentadas que instituciones más generales como «los derechos de propiedad» o situaciones sociales como «la desigualdad». La situación se vuelve todavía más complicada de sostener si lo que se intenta explicar no es una norma social o institución (es decir una «regla del juego») sino una característica sociológica que no tiene rasgos de normatividad[12].

3.1.b) En lo que respecta al análisis que realiza Nino, a los problemas señalados anteriormente se suma otro que –como se adelantó– torna la cuestión más resbaladiza aún. En la mayor parte del Capítulo II, lo que Nino intenta explicar no es cómo han evolucionado las instituciones, o alguna institución en particular, desde la colonia hasta fines del siglo pasado, sino por qué en los argentinos hay una tendencia a la anomia o la tendencia argentina a «despreciar la ley». Es decir, lo que Nino intenta explicar a través de la reconstrucción histórica es una condición sociológica que no es una «institución» (en el sentido de regla que el institucionalismo ha dado a este término), y sobre lo cual la relevancia de eventos a considerar para su construcción es también incalculable e imposible de acotar (¿por qué no evaluar también, y para dar como ejemplo un listado variopinto pero relevante, la influencia de las corrientes migratorias que llegaron a la Argentina, la literatura que se incluyó en la educación básica de varias generaciones[13], el carácter trasplantado de las instituciones formales más importantes de la estructura jurídica argentina[14], etc.?).

En el siguiente punto me dedicaré a formular algunas apreciaciones sobre la idea de la anomia como tendencia del comportamiento de los argentinos. Especialmente, desarrollaré la idea de que debemos cambiar el foco *hacia la ley* de la manera más concreta

11. Por ejemplo, respecto de los latifundios, está documentada la distribución inicial de la tierra por los españoles, los sucesivos traspasos y las divisiones de tierras registrados en los catastros, el fracaso de la ley de enfiteusis de la que habla Nino (p. 58-59) ha tenido también impacto en los registros, se sabe del fracaso de los proyectos de los presidentes Rivadavia y Sarmiento respecto de la reforma de la tenencia de la tierra, también se puede considerar la formación de la Federación Agraria Argentina y con ella la defensa de los intereses de los latifundistas y las dificultades, a partir de ese momento, para promover una reforma agraria, etc. (ver Hora 2018, 2019).
12. Los rasgos sociológicos no tienen por qué asimilarse a las instituciones o normas sociales ya que en la mayoría de los casos ellos no se comportan con las características normativas que se han descripto sobre las normas sociales (sanción informal, dispersión de la capacidad sancionadora, etc.).
13. Ver por ejemplo Martín Bohmer quien explica sobre *Martín Fierro*. «El primer Fierro, Moreira, Bairoletto o Mate Cosido son delincuentes convertidos por la alquimia de la ilegitimidad del derecho en héroes populares. `No pago los impuestos porque se los roban', es la confesión de quien comete un delito amparado en la excusa de que la autoridad comete otro, en un intento de justificación» (Bohmer 2020). Nino menciona estas características de la literatura gauchesca (p. 130) pero no como causa de la anomia, sino como reflejo de la anomia preexistente (p. 129).
14. Ver por ejemplo el trabajo de Berkowitz, Pistor y Richard (2003), quienes sostienen la idea de que el trasplante normativo es el origen de la ineficacia de las normas.

posible para complementar las aproximaciones de tipo sociológico que tradicionalmente se han ofrecido para explicar el fenómeno de la anomia.

4. ¿UNA LEY AL MARGEN DEL PAÍS?

La aproximación a la problemática del incumplimiento de las normas en América Latina se ha producido muchas veces desde una perspectiva sociológica o histórico-sociológica, tratando, en ocasiones, de identificar los perfiles psicológicos de los incumplidores (este es el caso de García Villegas (2009, 15 y ss. y 237 y ss.; 2011) y más recientemente, con matices, Laporta (2015)). También Nino se acerca a ese modelo, pero de un modo más completo y complejo, ya que adicionalmente (en el Capítulo VI) propone un conjunto de soluciones institucionales y de reorganización de la estructura de poderes del Estado[15].

De un modo algo provocativo sostendré una idea contraria –pero no incompatible– a las versiones que explican el incumplimiento de las normas desde perspectivas exclusivamente sociológicas. Una ley ineficaz lo es siempre por un problema en el diseño de la ley, sea este originario o sobreviniente (en este sentido ver Calsamiglia 1993, 172), y no por problemas sociológicos, antropológicos, culturales o religiosos. Es la ley (o mejor dicho la actividad legislativa en el diseño de la ley, su implementación y eventualmente las condiciones de aplicación de esas normas) la que debe superar los escollos sociales, antropológicos, culturales, etc. que pudieran presentarse. Sostengo que mi idea no es incompatible con las versiones sociológicas pues no postulo desatender o poner seriamente en tela de juicio esos rasgos culturales. Sin embargo, creo mejor estrategia para superar la anomia atender al descuidado «lado de la ley». Nino comparte en la última parte de su libro este enfoque (Capítulo VI) y abandona allí las aproximaciones histórico-sociológicas para proponer una serie de medidas bastante concretas.

A continuación, presentaré cinco ideas, algunas compartidas con Nino, que creo que son centrales para promover la moderación de las situaciones de anomia o ineficacia de las leyes. Evidentemente estas ideas no son las únicas posibles ni son separada o conjuntamente la *bala de plata* para resolver problemas tan profundos, son tan solo posibles contribuciones, algunas de ellas muy poco exploradas hasta el momento.

1– *La deliberación como camino*: la idea de Nino de que la deliberación pública es un camino para mejorar la anomia argentina es, creo, uno de los puntos más significativos de este libro. No solo por su contenido y claridad sino también por la noción de que este es uno de los pasos iniciales, ya que, si no se modifica el modelo de gestación de las normas, la anomia seguirá retroalimentándose (p. 241). Como ha descripto Bicchieri (2017, 19): a menudo las conductas que desplegamos son condicionales a lo que los

15. Muchas de las descripciones y propuestas de Nino en el capítulo VI han quedado superadas por la reforma constitucional de 1994.

otros hacen. Especialmente a lo que hacen las personas de lo que consideramos nuestra red o comunidad de referencia. En definitiva, la eficacia promueve más eficacia y la ineficacia promueve la ineficacia.

Me atrevería a decir que la dirección que ha tomado en los últimos años el debate público en Argentina torna la promoción de la deliberación en una necesidad tan imperiosa como urgente. Habitualmente se sostiene que la deliberación pública y la participación ciudadana otorgan un mayor grado de *legitimidad procedimental* a las normas, y que ese mayor grado de legitimidad debería coincidir con un mayor grado de aceptación y acatamiento de las normas (Friedman 1977, 115). En similar sentido, Estlund sostiene que las decisiones tomadas tras la deliberación tienen considerables virtudes epistémicas que, por más que arrojen resultados incorrectos, proveen de una fuerza moral que las hace obligatorias (Estlund 2011, 32-33 y 195 y ss.). Además, sería deseable que la deliberación (el intercambio de razones) se produjera, dentro de lo posible, en términos comprensibles para la ciudadanía (Brugué 2011, 166); ello contribuiría indudablemente al aumento de la inteligibilidad de las normas sancionadas tras la deliberación.

Finalmente, y aquí vuelvo a vincular la cuestión con un tema que también preocupa a Nino (ver p. 233), es necesario educar para deliberar, y esta tarea debe comenzar desde la escuela primaria y alcanzar también a los parlamentarios elegidos. Es muy importante aprender a deliberar y comenzar a incorporar la práctica deliberativa en la vida social.

2– De la sociología a las normas sociales: Uno de los aportes provenientes del enfoque neoinstitucionalista es el de la consideración de las normas sociales como no siempre funcionales a las normas jurídicas. Este enfoque permite dos análisis diferentes. Por un lado, identificar una posible causa de ineficacia de las normas jurídicas, que se produce cuando normas sociales disfuncionales y normas jurídicas son contradictorias o se encuentran en tensión. Por otra parte, al identificar la norma social concreta que está en tensión con la norma jurídica nos podemos alejar de los análisis «bulto», generalizaciones o referencias a lo idiosincrásico de una sociedad. Con especial referencia a la Argentina o a América Latina, tengo la impresión de que las etiquetas que la ubican como una suerte de región excepcional respecto del incumplimiento de normas no contribuyen demasiado a solucionar el problema. Por el contrario, identificar concretamente las normas sociales disfuncionales que compiten con las normas jurídicas es un camino mucho más preciso y productivo para superar la anomia.

3– La atención a la actividad legislativa: La actividad legislativa ha sido desatendida durante los últimos siglos por el pensamiento jurídico. Sin embargo, en los últimos años se han ido borrando las barreras que impidieron pensar jurídicamente sobre la actividad legislativa. Así, las corrientes académicas vinculadas con la racionalidad legislativa o la llamada «legisprudencia» o estudio jurídico de la legislación, han resurgido y comenzado a ganar terreno en el ámbito académico, educativo y finalmente a influir en la producción legislativa (Bar-Siman-Tov 2019, 521-522).

No es este el lugar ni el espacio en el que desarrollar los lineamientos mínimos de las diferentes teorías sobre legislación racional o las propuestas de análisis que se han presentado en este campo. Sin embargo, algunas ideas básicas pueden ser compartidas para entender de qué manera este puede ser un mecanismo útil: (a) los legisladores tienen *deberes que van más allá de dictar normas que se adecuen a las constituciones* («no violar las reglas» es solo una condición necesaria para la creación y, por tanto, para la existencia y validez de las reglas, pero no es una condición suficiente); (b) los legisladores tienen el deber de *investigar y argumentar sobre los hechos* relevantes; (c) los legisladores tienen el deber de identificar con claridad un *estado de cosas que consideran problemático o indeseable*; (d) los legisladores tienen el deber de *ponderar y sopesar* alternativas para solucionar el problema identificado; (e) también tienen el deber de tomar en cuenta posibles situaciones futuras (*prospección*) y de hacer *pronósticos* sobre cómo la norma mejorará la situación indeseable; (f) asimismo, pesa sobre los legisladores el deber de *retrospección*, que obliga a valorar si la justificación del dictado de la norma continua vigente luego de un cierto tiempo, es decir, este deber obliga al legislador a una evaluación de los efectos de la norma para mostrar si se han alcanzado, o no, los objetivos (identificados en el cumplimiento del deber de pronóstico); (g) finalmente, pesa sobre los legisladores el deber de *corrección* que se vincula con el hecho de que las normas pueden resultar injustificadas en un momento posterior aunque hayan resultado justificadas en el momento de su dictado. En ese caso la ley debe ser corregida (este deber está fuertemente vinculado con el de retrospección)[16].

En definitiva, utilizando el esquema de Wintgens (pero podría ser otro, por ejemplo, el de Atienza (1997, 2013, 2019)), la idea que promueven los enfoques racionales de la legislación es que existe una obligación de justificación de las leyes y esto implica la necesidad de su revisión si estas no son cumplidas o no llegaran a cumplir sus objetivos (o en términos de Atienza, si las leyes llegaran a fallar en los niveles de racionalidad pragmática –eficacia– o racionalidad teleológica –efectividad–).

4– La evaluación de las leyes: La evaluación legislativa es la aplicación sistemática de procedimientos de investigación social procedentes de las ciencias sociales para valorar la conceptualización, el diseño y la implementación de las intervenciones públicas (Nieto 2016). Es evidente que esta propuesta está vinculada de manera directa con la anterior, pues más allá de que la mayor parte de la evaluación de las leyes se produce *ex post* (es decir, en un momento postlegislativo) es importante que las leyes se formulen en términos que permitan su evaluación. Es decir, la evaluabilidad de la ley es parte de su diseño y puede ser considerada un eslabón de la racionalidad legislativa. Evidentemente, la evaluación, para ser útil, debe ser imparcial. Por ello no siempre es el Poder Legislativo el mejor órgano para realizar estas evaluaciones de impacto (aunque es factible que las haga si las hace con objetividad).

16. Ver, por todos estos deberes, Wintgens 2012.

5– La mejora en las condiciones de aplicación: Esta idea integra, con otra denominación y alcance, el conjunto de propuestas de Nino en el Capítulo VI, especialmente en el punto 4 (*El control de la anomia a través de la responsabilidad penal*) y en el punto 5 (*El control de la anomia a través de la responsabilidad civil*). Lo que propongo aquí obviamente incluye los dos aspectos que Nino ha señalado como herramientas para salir de la trampa de la anomia, pero también va más allá.

Las condiciones de aplicación son muy relevantes para la superación de la anomia ya que, sin importar cuán bien diseñada esté una norma jurídica, si no hay consecuencias por violarla, su poder de guía disminuye sustantivamente. Ello es así incluso cuando la ley es significativa o sus razones son lo suficientemente comprendidas por los destinatarios como para motivar su cumplimiento (y por los restantes miembros de la comunidad como para ejercer una presión social para motivar su cumplimiento).

Las buenas condiciones de aplicación de la ley tienen una triple relación instrumental con respecto a la eficacia de las normas jurídicas (la disminución de la ilegalidad): la primera se produce cuando la aplicación de la norma sustituye la ineficacia anterior de la norma, o se produce lo que se podría llamar eficacia *mediante* la aplicación; la segunda es cuando el propio incumplidor, luego de sancionado, en otra oportunidad revierte su conducta anómica por una cuestión de disuasión especial; finalmente es esperable que la aplicación de las normas genere una serie de incentivos para el cumplimiento de estas, es decir, un efecto disuasivo general.

Los dos primeros tipos de relaciones presentan una situación que es solo de relativa importancia para conseguir que la norma adquiera eficacia cuando no la tiene o solo la tiene en muy baja medida. Ello es así pues se requeriría que llegara a la instancia de aplicación una cantidad de casos muy significativa para que la aplicación de la ley se transformase en un mecanismo que produjera la eficacia. La tercera relación instrumental entre aplicación y cumplimiento de las normas es más amplia en cuanto a sus alcances. Cuando las condiciones de aplicación de la ley son razonablemente buenas, la disuasión ocurrirá de manera más general (disuasión general) y este es el canal más importante para mejorar la eficacia.

Naturalmente, la aplicación de la ley puede ser más o menos influyente en la disuasión general dependiendo del tipo de regla incumplida: para ciertas normas esta relación instrumental es más fuerte. Por ejemplo, la eficacia de la norma que penaliza la omisión de poner monedas en el parquímetro dependerá de una manera directa y constante de la eficiente aplicación de multas por esa infracción (Friedman 1975, 68). Por su parte, en otro tipo de normas la relación entre aplicación y eficacia será más débil, como en las normas que obligan a alimentar a los hijos (Friedman 1975, 68), o prohíben el canibalismo (Hierro 2003, 141).

No desconozco que en esta propuesta está tal vez la dificultad de implementación más grande, ya que es en las actividades de pre-adjudicación donde se concentra uno de los problemas más graves y extendidos de corrupción en la Argentina, y a nivel judicial el deterioro institucional –por razones políticas, estructurales y organizacionales– ha

avanzado notablemente desde fines del siglo pasado hasta hoy. Sin embargo, tampoco se ha advertido ninguna voluntad política de mejorar esta situación y es posible conjeturar que el avance en *algún sentido* podría generar mejoras en términos generales de las condiciones de aplicación.

Para finalizar quisiera hacer un ejercicio de relectura de la anomia, no en términos conceptuales, sino en términos de percepción de la realidad argentina. ¿Es Argentina un país tan anómico como lo ha descripto Nino? La respuesta es «sí y no». Algunas de las situaciones que describe Nino, afortunadamente, han sido superadas en las tres décadas que separan la escritura de *Un País al margen de la ley* de la actualidad. También es cierto que han surgido otras, diferentes situaciones de incumplimiento generalizado de normas y otras de las circunstancias descriptas por Nino, por desgracia, han persistido y hasta han empeorado, como la ya mencionada sobre el deterioro institucional de parte del Poder Judicial.

Sin embargo, Argentina no es un «Estado fallido» y está lejos de serlo[17]; tampoco es un «Estado débil» de acuerdo con la definición de la OECD[18]. Argentina tiene leyes importantes que gozan de muy buena salud y que han contribuido a la estabilidad democrática de los últimos casi 40 años[19], leyes que regulan las relaciones entre personas que son respetadas y efectivas[20], leyes que han favorecido la igualdad y la no discriminación que también han sido exitosas[21], leyes que promueven el respeto de la propiedad

17. Si bien no hay una definición unánimemente aceptada del término, un Estado fallido puede ser descripto como aquel en el que se presentan las siguientes características: la ruptura de la ley y el orden producida cuando las instituciones estatales pierden el monopolio del uso legítimo de la fuerza y se tornan incapaces de proteger a sus ciudadanos (o, peor aún, son utilizadas para oprimirlos y aterrorizarlos); la escasa o nula capacidad para responder a las necesidades y deseos de sus ciudadanos, proveer servicios públicos básicos y asegurar las condiciones mínimas de bienestar y de funcionamiento de la actividad económica normal; en la arena internacional, la ausencia de una entidad creíble que representa al Estado más allá de sus fronteras (Brinkerhoff, 2005: 4). La organización Fund For Peace realiza anualmente un índice de Estados frágiles. En la edición 2020 de ese índice la Argentina está en el puesto 138 de los 178 países medidos (el puesto 178 está ocupado por Finlandia y el puesto 1 por Yemen).
18. Paralelamente al concepto de Estado fallido se acuñó otra denominación para un fenómeno semejante: el concepto de Estado frágil. De acuerdo con la OECD, la fragilidad de un Estado se define por la combinación de exposición al riesgo y la insuficiente capacidad del Estado, el sistema o la comunidad para manejar, absorber y/o mitigar esos riesgos (OCDE, 2016).
19. Por ejemplo, la Ley Saénz Peña (Ley 8871) que establece el voto secreto y obligatorio, la Ley 13.010 de sufragio femenino, el Código Electoral Nacional (Ley 19.945 modificada por Ley 22.864 y Decreto N.° 2135).
20. Pienso, en términos generales, tanto en el Código Civil argentino como en el Código de Comercio antes y después de su reforma y unificación en 2015, pero también en algunas más específicas como la Ley 2393 de Matrimonio Civil o la Ley 23.515 de divorcio.
21. Entre otras, la Ley 24.012 de cupo femenino para cargos electivos nacionales después del decreto reglamentario 1246/00, la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, la Ley 26.743 de identidad de género, la Ley 23.592 de penalización de actos discriminatorios (especialmente sus arts. 4 y 5) o la Ley 23.264 de equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

que tienen altos índices de cumplimiento[22], leyes que garantizan la educación que son históricamente motivo de orgullo[23], leyes efectivas que aseguran las expectativas de seguridad y autonomía y su compensación en caso de no ser respetadas[24], leyes relativas a la salud pública que han cumplido positivamente sus propósitos[25], leyes procedimentales útiles para garantizar derechos fundamentales[26] y leyes que han creado órganos del Estado o instrumentado la organización estatal de un modo perdurable y fructífero[27], solo por mencionar algunas que rigen a nivel nacional[28].

Es innegable que hay también grandes e importantes ámbitos donde reina la ineficacia, la inefectividad y la ineficiencia. Solo por mencionar algunos, el ámbito impositivo o la enquistada corrupción en la esfera pública tanto a gran escala como a pequeña escala. Este último problema es, indudablemente, no solo muy grave en sí mismo, sino que tiene la capacidad de afectar la eficacia, la efectividad y la eficiencia de otras leyes, y además afecta de una manera directa a las personas físicas y jurídicas e impide que se acceda a derechos y libertades y se goce de la seguridad que el Estado debe proveer.

Las leyes que a modo de ejemplo he mencionado como exitosas brindan una base para un moderado optimismo con relación a la posibilidad de revertir o moderar la anomia argentina. Los caminos para obtenerlo son muchos y variados, aquí se han propuesto algunos que podrían considerarse de algún modo innovadores por dos razones. En primer lugar, por no recaer en la cuestión de las descripciones sociológicas generales e

22. Por ejemplo, la Ley 14.394 que establece el régimen de Bien de Familia, la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, la Ley 17.418 de Seguros, la Ley de derechos de propiedad intelectual 11.723, la Ley 14.459 de salario mínimo, vital y móvil o algunos aspectos de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.
23. Como la Ley 1420 y su sucesora o la Ley N.º 24.521 de Educación Superior.
24. En general, las normas sobre responsabilidad civil incluidas en el Código Civil y Comercial pero también la ya mencionada Ley de Seguros 17.418 o la responsabilidad objetiva en el ámbito laboral conocida como *accidente in itinere* (incluida en la Ley 24.557) y en especial, las normas sobre compensación a los desaparecidos y otras víctimas de los crímenes aberrantes de la última dictadura militar, específicamente el Decreto 70/91 del Poder Ejecutivo Nacional y las leyes 24.043, 24.411, 24.823 y 25.914 (nótese que Nino escribe el texto comentado antes de la sanción de la Ley 24.043 y señala este tema como una carencia debido a que conjetura que la ausencia de juicios al Estado por daños y perjuicios por los crímenes de la dictadura obedece a la ineficiencia del sistema de la justicia civil (p. 231)).
25. Entre otras, las leyes que prohíben fumar en espacios públicos cerrados que rigen en todo el país, aunque son de competencia local (p.ej. Ley 1799 de Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Ley 17.259 de enriquecimiento de la sal con yodo y 25.630 de enriquecimiento de la harina con ácido fólico, vitaminas y hierro, Programa Médico Obligatorio (Decreto 492 /1995), Ley de medicamentos genéricos 25.649 o Ley 27.491 de Control de enfermedades prevenibles por vacunación y su predecesora la ley 22.909.
26. Por ejemplo, las siguientes: Ley de amparo (16.986), Ley de Hábeas Data (25.236), Ley de acceso a la información pública (27.275) y Ley de Hábeas Corpus (23.098).
27. Entre muchas otras, la Ley 1565 de creación de Registro Civil, la Ley 49 de Competencia de los Tribunales Nacionales y Organización de la Justicia, el Decreto Ley 17.138/57 de creación del Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), el Decreto Ley 21.680/56 de creación del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA) o el Decreto Ley 1291/58 de creación de la Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).
28. Al ser Argentina un Estado federal, hay leyes provinciales que pueden gozar también de estas virtudes y que no se incluyen en las notas al pie anteriores.

imprecisas y, en segundo lugar, por poner el acento *en la ley y en la producción legislativa* y solo de manera indirecta e instrumental en la cuestión judicial, que siempre ha sido prioritaria en los análisis jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourron, C., y E. Bulygin, (1997). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México: Distribuciones Fontamara.

Arias, X, y G. Caballero, (2013). «De la nueva economía institucional al análisis institucional moderno en las ciencias sociales» en Arias, X y Caballero, G., *Nuevo Institucionalismo, Economía, Gobernanza y Políticas Públicas*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Atienza, M., (2019). *Argumentación legislativa*, Buenos Aires: Astrea.

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

Atienza, M., (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.

Bar-Siman-Tov, I., (2019). «El resurgimiento global de la legisprudencia: una aproximación comparada al papel de la legislación en la educación e investigación jurídica», en Oliver-Lalana, D. (ed.) *La Legislación en Serio*, Madrid: Tirant lo Blanch: 522-558.

Berkowitz, D., K. Pistor, y Richard J.F., (2003). «Economic Development, Legality, and the Transplant Effect» en *European Economic Review* (47):165-195.

Bicchieri, C., (2017). *Norms in the Wild. How to Diagnose, Measure and Change Social Norms,* New York: Oxford University Press.

Bohmer, M., (2020). «La conducta y la Ley», *El Economista* 25/03/2020.

Brugué, Q., (2011). «Recuperar la política desde la deliberación.» *Revista Internacional de Organizaciones* (7): 157-174.

Brinkerhoff, D, (2005). «Rebuilding Governance in Failed States and Post-Conflict Societies: Core Concepts and Cross-Cutting Themes» *Public Administration and Development*, (25): 3-14.

Bulygin, E, y Mendonca, D, (2005). Normas y sistemas normativos, Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

Calsamiglia, A., (1993) «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?» *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Num. 13: 161-178.

Caracciolo, R., (1997). «Existencia de Normas.» *Isonomía,* Num. 7: 159-178.

Drèze, J., y Sen, A., (2000). *India. Development and Participation*. Oxford: Oxford University Press.

Dworkin, R., (1986). *A Matter of Principles*, Oxford: Clarendon Press.

Engerman, S., y Sokoloff, K., (2005). «Colonialism, Inequality and Long-Run Paths of Development». NBER, working paper.

Estlund, D., (2011). *La autoridad democrática*, Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Fernández Blanco, C., (2019). «Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Num. 42: 259-282.

Friedman, L., (1975). *The Legal System. A Social Science Perspective*. New York: Russell Sage Foundation.

Fund For Peace (2019). «Fragile State Index 2019». Annual Report, Washington D.C.: Fund for Peace.

García Villegas, M., (2009). *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Hart, H. L. A., (1994). *The Concept of Law*. Segunda Edición. Oxford: Oxford University Press.

Helmke, G., y Levitsky, S., (2004). «Informal Institutions and comparative politics: a research agenda» *Perspectives on Politics* (American Political Science Asociation) (2) Num. 4: 725-740.

Hora, R., (2018). «El latifundio como idea: Argentina, 1850-2010», *Población & Sociedad*, (25) Num. 2: 55-82

Laporta, F., (2015). «América Latina: Problemas de vigencia y aplicación del derecho» en Cruz Moratones, C., Fernández Blanco, C. y Ferrer Beltrán, J. *Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid– Barcelona: Marcial Pons: 59-92.

Latorre, M., (2006). «Teorías institucionalistas del Derecho (esbozo de una voz de enciclopedia)» *Derechos y Libertades,* Num. 14, época II:103-112.

Mccloskey D., (2010). *Bourgeois Dignity: Why Economics Can't Explain the Modern World*, Chicago: University of Chicago Press.

Ménard, C., y Shirley, M., (2014). «The Contribution of Douglass North to New Institutional Economics», en Galiani, S. y Sened, I, *Institutions, Property Rights, and Economic Growth The Legacy of Douglass North*, Cambridge: Cambridge University Press: 11-29.

Méndez, R., (2014). «Una nota crítica a propósito del libro Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty» *Lecturas de Economía*, Num. 80: 211-218.

Merton, R., (1968). *Social Theory and Social Structure*, New York: The Free Press.

Nieto Martín, A. (2016). «Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental», en Nieto Martín, A.; Muñoz de Morales Romero, M. y Becerra Muñoz, J. (Dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Madrid: Marcial Pons: 407-443.

Nino C., (2011). *Un País al Margen de la Ley*, Buenos Aires: Ariel, 4ta. Edición, 2011.

Nino C., (1995). *Un País al Margen de la Ley*, Buenos Aires: Emecé Editores, 2da. Edición.

Nino C, (2006). *Juicio al Mal Absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?,* Buenos Aires: Ariel.

Nino C, (1980). *Introducción al Análisis del Derecho,* Buenos Aires: Astrea.

North, D., (1995). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico,* México: Fondo de Cultura Económica.

North, D., (1991). «Institutions» en *The Journal of Economic Perspectives* (5), Num. 1: 97-112.

North, D., (2005). *Understanding the Process of economic change,* Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Oecd, (2016). «States of Fragility 2016: Understanding Violence». Paris: OECD Publishing.

Pistor, K., Haldar, A. y Amrit, A., (2010) «Social norms, rule of law, and gender reality: an essay on the limits of the dominant rule of law paradigm» en Heckman, J. Robert Nelson, R. y Cabatingan, L. (eds.) *Global Perspectives on the Rule of Law*, Abingdon: Routledge: 241:278.

Postema, G., (2008). «Conformity, Custom and Congruence: Rethinking the Efficacy of Law» en Kramer, M. Grant, C., Colburn, B. y Hatzistavrou, A. *The Legacy of H.L.A. Hart*, Oxford– New York: Oxford University Press.

Prado, M., y Trebilcock, M., (2009). «Path Dependence, Development and the Dynamics of Institutional Reform» en *University of Toronto Law Journal*, Num. 59: 341-379.

Przeworski, A., (2004) «The Last Instance: Are Institutions the Primary Cause of Economic Development?», en *Archives of European Sociology* XVI: 168-199.

Sachs, J., (2012). «Government, Geography and Growth. The True Drivers of Economic Development» Foreign Affairs (91), Num. 5: 142:159.

Sachs, J., (2003). «Institutions Matter but not for everything» en *Finance and Development*: 38-41.

Sen, A. (2009). *La idea de la justicia*, Madrid: Taurus.

Sen, A. (2000) *Desarrollo y Libertad*, Madrid: Planeta.

Wintgens, L., (2012). *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Surrey (UK) – Burlington (Usa): Ashgate.

ENTREVISTA

Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676
Núm. 48, 2024, pp. 631-641
https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.24

Entrevista a Roberto Gargarella en memoria de Carlos Santiago Nino

Interview with Roberto Gargarella in Memory of Carlos Santiago Nino

David Sierra Sorockinas

Autor:
David Sierra Sorockinas
Universidad Autónoma Latinoamericana, Colombia
david.sierraso@unaula.edu.co
https://orcid.org/0000-0002-3829-4548

Recibido: 13/05/2024
Aceptado: 18/06/2024

Citar como:
Sierra Sorockinas, David (2024). Entrevista a Roberto Gargarella en memoria de Carlos Santiago Nino *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 631-641. https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.24

Licencia:
Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 David Sierra Sorockinas

La presente entrevista se formula con motivo de la próxima publicación de un libro en homenaje a la obra de Nino, habiéndose cumplido el año pasado el 30 aniversario de su lamentablemente temprano fallecimiento. Se trata de Rapetti, Pablo & Sierra Sorockinas, David (eds.), *Introducción al pensamiento de Carlos S. Nino. Reflexiones en torno a la obra de un pensador variopinto*, Universidad del Externado de Colombia (en prensa, 2024).

David Sierra Sorockinas: Roberto, muy buenos días. Es un placer.

Roberto Gargarella: Gracias por invitarme. Además, el cometido me parece muy importante.

D.S.S.: Roberto, sos uno de los mayores referentes en el ámbito latino, como diría Manuel Atienza, del estudio del Derecho. O, bueno, como prefieren algunos decir: de la filosofía del derecho en varias áreas. Amén de ser uno de los discípulos, si se quiere, destacados, de Carlos Santiago Nino.

R.G.: Sí, un discípulo central de Carlos Santiago.

D.S.S.: Justamente. Este es un homenaje que queremos hacer a Nino a propósito de la data luctuosa, pero va más allá de la simple remembranza

del aniversario. Queremos resaltar el papel de varios académicos en el ámbito regional. Una idea que, por cierto, fue impulsada en el siglo XX por Roque Carrión Wam. Nino, como muchos otros académicos, participó de estos encuentros y de allí proviene el libro *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*.

Empecemos con una afirmación: Nino tuvo infortunadamente una vida muy corta, mas su producción intelectual fue variada y prolífica. Así, en este ejercicio hay la intención de volver a Nino, especialmente para las nuevas generaciones, toda vez que vemos que ya ha pasado toda una generación que estudió con sus *Notas de introducción al derecho*, lo que se editó posteriormente con el título *Introducción al análisis del Derecho* publicado por Astrea. En suma, queremos volver a dialogar con Carlos S. Nino. Así, si tuvieras una oportunidad de definirlo en pocas palabras, ¿qué dirías que sobre sobre Carlos Santiago Nino?

R.G.: Gracias, David. Ante todo, Nino fue un maestro, un gran maestro, un gran educador. Muy preocupado por pensar con nosotros. Si tuviera que decir alguna característica central de él y de su vida como profesional, como académico, es esa vocación. Ella era permanente y muy asentada, se reflejaba en la disposición para conversar con los otros, de discutir y de enseñar, pero, sobre todo, de pensar con otros.

Esto se veía reflejado persistentemente en los modos en que se relacionaba con los estudiantes, con los colegas, con los amigos. En las cosas que yo escribí sobre él en su memoria, siempre lo primero que hice fue destacar eso: la predisposición permanente para sentarse con otros y conversar.

Ahora bien, no digamos que él solo se limitaba a dialogar. Una característica que tenía era que nunca perdió una discusión. Era imposible, digamos, torcerle el brazo, ganarle en argumento. Pero él tenía una enorme disposición y ansiedad por persuadir, por convencer, por tomar los debates académicos con pasión, con enorme compromiso intelectual.

D.S.S.: Sí, de hecho, esa es una de las cuestiones que más se resalta. Aquellos que han escrito sobre Nino señalan que era no solo un discutidor de primera línea, sino también muy generoso con el conocimiento. ¿Qué podrías destacar de la vida de Nino? Lo pregunto porque él tuvo múltiples intereses académicos, además de que también participó en diversos ejercicios en el derecho, especialmente, en su última etapa vital. No holgaría recordar que en sus últimos días estaba embarcado en sendas labores prácticas en Bolivia, así como con el gobierno de Alfonsín. Entonces, ¿qué destacarías de ese papel de jurista o, por decirlo con una expresión, del «Nino público»?

R.G.: Bueno, sin duda, su punto altísimo ha sido la colaboración con la transición democrática en la Argentina y el juicio a las juntas militares. Yo creo que ya pasó un periodo en el cual ese tema casi no se discutió ni se pensó en Argentina con la debida profundidad. Hoy se lo empieza a reconocer, a 40 años de que se produjo el

juicio. Pensemos que en 1985 fue el juicio más relevante a los militares. O sea, hoy se cumplen 40 años de ese hito y todo el mundo reconoce que el gran intelectual que elaboró la idea, en buena medida, y el diseño del juicio, fue Nino. Luego, todos reconocen también que ese es el gran aporte que hizo a la democracia y, diría, a la historia jurídica. Es más, puedo decir que fue un aporte a la humanidad, porque entendemos la relevancia del hecho.

Esto fue un hecho muy excepcional en la historia mundial: llevar a los tribunales a los responsables principales de un golpe de Estado, a aquellos que crearon una dictadura. Era un hecho completamente inédito, en el que se enjuiciaba a los responsables de una masiva violación de derechos humanos. Entonces, Nino fue, de algún modo, el artífice intelectual de los fundamentos para la derogación de la ley de autoamnistía. Esa fue la primera ley del parlamento democrático en el '83. No sobra decir que era imprescindible hacerlo, porque esa ley de autoamnistía estaba bloqueando la posibilidad de hacer un juicio.

Por eso mismo, por ejemplo, el principal partido de oposición, que es de los principales partidos argentinos, siempre salía victorioso. El peronismo había dicho «no hagamos el juicio», ya que no se podía hacer por estar bloqueado por la ley de autoamnistía. Así, el primer paso fue la derogación y ahí Nino tuvo un papel central.

El libro *La validez del derecho* tiene mucho que ver con esa reflexión que él hace. Asimismo, su teoría de la democracia también está estrechamente relacionada con ese modo de pensar. ¿Cuáles son las normas válidas y cuáles no? ¿Y por qué razones? Y luego, con el diseño específico del juicio, que fue pensado de un modo vinculado con la filosofía política utilitarista. Me explico: se hizo con la finalidad de dejar en claro el reproche social por lo ocurrido en ese periodo y concentrarnos en juzgar a los principales responsables. En suma, había que pensar en algo, en un modelo, que podría ser costosísimo políticamente, casi destinado a no hacerse, y convertirlo en posible.

D.S.S.: Me gustaría ampliar esa reflexión, a partir de lo que has trabajado: la tensión constante entre el papel de los jueces y el papel de la democracia. Y justamente lo que decías, Roberto: está muy claro por qué había que derogar algunas leyes, y ese miedo que tenía también el peronismo de no revivir ciertas disputas sociales. Para esas disputas, por decirlo de alguna forma, «buscamos salidas políticas»…

R.G.: Sí, el peronismo estaba comprometido. Veía parte del peronismo en complicidad con el gobierno anterior. No era la idea de nosotros: vamos a ganar, sin duda, y que esa situación no nos ponga palos en la rueda porque nos la vamos a jugar. Entre otras cosas, porque hay una ley que han hecho ustedes (el gobierno de las juntas) y que nos impide hacerlo. Así que efectivamente había que hacer cambios jurídicos; especialmente, había que hacer juicios.

D.S.S.: ¡Exacto! Esta es una de las cuestiones que vale la pena resaltar. Justo coincide el reciente estreno de la película dirigida por Santiago Mitre y protagonizada por Ricardo Darín, *Argentina, 1985*, que probablemente para la nueva generación trae más a cuento esos hechos. Ahora bien, uno podría destacar el papel que jugó Nino a la sazón y rescatar algunos textos. Especialmente, se podría construir la relación con la situación actual de Argentina, porque se viene un gobierno con unas visiones un poco… eh, que rayan con el negacionismo.

Integrar este hecho histórico y volver otra vez al papel de Nino, a partir de ciertas lecturas, para entender por qué es importante el análisis de estos problemas. Lo que él quiso resaltar en los textos, tanto los teóricos de derecho constitucional como en *Juicio al mal absoluto*.

R.G.: Yo creo que por un lado el juicio a la junta militar tuvo que ver con una iniciativa muy pensada filosóficamente donde se combinan su visión sobre el derecho penal, así como la filosofía del derecho y el derecho constitucional, que me parece interesante también.

Eso fue un hecho muy, si querés, *argentino*, pero con relevancia universal. Me parece que, en este sentido, lo de él fue extraordinario, porque apareció vinculado íntimamente con sus reflexiones sobre la democracia. Esto tiene que ver con un modo de renovar o de repensar la democracia. No, no tiene que haber una ley que se justifique, no tiene que ver con que es una ley que se convierte en estable o que está respaldada exclusivamente por la fuerza. O, digamos, este hecho tampoco es lo que se llama en el positivismo lógico «el derecho autosostenido», sino que hay una vinculación entre derecho, moral y política. Esto tiene que ver con el núcleo de sus reflexiones.

Entonces, yo diría: sí, sí, este es un legado que nos permite atar sus reflexiones sobre el juicio y sus reflexiones sobre la democracia. Y, en ese sentido, son reflexiones que van más allá de cualquier coyuntura y cualquier país.

Ahora, el contexto de ese entonces tiene que ver con la constitución de la democracia y el liberalismo, la ética y los derechos humanos con la validez de las normas. Reitero, en el libro *La validez del Derecho* hay una gran síntesis de todo eso. Ya, posteriormente, está el libro que lleva por título, efectivamente, *Derecho, moral y política*, que es un libro además muy ameno, muy fácil de leer.

D.S.S.: Vuelvo a esos temas más académicos, Roberto, porque hay, destaquemos eso, una marca casi indeleble en Nino que lo distingue de los demás académicos: la variedad de temas e intereses. De hecho, hay relatos (*v. gr.*, el homenaje de Jorge Malem

Seña[1]) que refieren que él tenía ya un texto inacabado sobre derecho de familia, algo muy distinto a lo que a lo que él venía trabajando.

R.G.: Sí, bueno, yo creo que él nació en la reflexión penal. A partir de ahí, inicia una transición. Digamos, este tema de las normas de facto lo llevó a pensar sobre democracia y luego, a partir de ahí, sofisticó su visión en una teoría de la democracia.

En su retorno al país, Nino arriba a la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF), ese centro de filósofos analíticos argentinos, tan importante, en el que estuvieron entre otros Carrió, Bulygin, Caracciolo, Alchourrón… tanta gente importante. Allí, él comienza a trabajar junto con Eduardo Rabossi, que fue el presidente de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). O sea, la comisión que juntó la información luego de la dictadura; es decir, una especie de primera comisión de verdad, si se quiere. Y ahí, ellos empezaron a discutir el libro de Rawls, *Teoría de la justicia*. Y fue también un modo de ajustar los caminos de las salas, porque SADAF venía especializándose en lógica jurídica, en problemas abstractos y desvinculados de la vida política. Fue, si se me permite, un giro hacia la filosofía política.

Yo creo que todos, en particular Nino, quedaron deslumbrados y muy marcados por lo que indicaba la teoría de la justicia de Rawls. La teoría de Nino, entonces, alcanza ese sustento de estar montada en una visión de filosofía política y jurídica muy sofisticada, atada a una concepción de teoría de la democracia. Creo que ahí vio lo que era natural: pensar el derecho desde allí era mucho más interesante y mucho más fácil. Esto es algo que a mí también me ocurre.

Digamos, uno empieza a ver los fundamentos de las distintas disciplinas del derecho penal, del derecho de familia, del derecho comercial y de que es todo (en especial, en el derecho internacional) un desastre, en el sentido de que se dicen cosas sin respaldo o, digamos, o con el mero respaldo de algo así como esto: lo sacó de acá o esto lo dijo el tribunal tal o cual. Pero sin una reflexión teórica. Y, bueno, uno ve no solamente un modo de pensar el derecho que se sostiene solo, sino que además ve el déficit extraordinario de justificación que tienen la mayoría de las disciplinas. Entonces, si nos ponemos a pensar en ello, hubo una tentación obvia de Nino de teorizar sobre todos estos problemas. Lo que faltó fue tiempo. Como me falta a mí también. Pensemos, ¿cómo hace uno para decir todo lo que cree que es imprescindible decir sobre el déficit de todas las demás disciplinas?

D.S.S.: Pero, curiosamente, a mí me parece fantástica esa idea de traer a la práctica estos asuntos, porque Nino surge en el crisol de una escuela de filosofía del derecho

1. Malem Seña, J. (2008). *In memoriam*: Carlos Santiago Nino apuntes bio-bibliográficos. En: C. Rosenkratz y R. L. Vigo, *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino* (pp. 281-357). México: Fontamara.

argentina riquísima –ya mencionaste a algunos de sus más destacados representantes– y él fue capaz de llegar a ese punto, diríamos en términos aristotélicos, a ese saber práctico, a ese saber prudencial. De ahí que, entonces, exista una pretensión por mejorar la práctica. O sea, un jurista, para usar un término amplio, no se puede quedar en ese saber teórico, que destacó a una corriente muy fuerte como la dominada a la sazón por Alchourrón y Bulygin, sino uno práctico, tendiente a la acción (con perdón de lo ligero que pueda esto sonar aquí).

Quisiera, Roberto, referirme a otro asunto. Hemos resaltado en muchos de los textos de Nino, y lo reafirmamos ahora, especialmente en algunos escritos de derecho penal e incluso de derecho constitucional, esa conjunción de saberes o de campos epistémicos distintos. Empero, parece que esas discusiones dentro de las propias áreas han pasado sin tanto debate, es decir, dentro de la comunidad de expertos (círculo esotérico) parece que los trabajos de Nino no se discuten con tanta fuerza.

R.G.: Creo que esto pasa con todos los grandes autores contemporáneos. Algunos mueren y, bueno, al poco tiempo quedan sus obras vetustas. Entonces, los modos en que se desarrolla nuestra disciplina tienen que ver también con las formas de ascenso profesional, especialmente en el ambiente universitario, y con la forma de publicación actual en la que no se discute con el pasado, sino con la última literatura. Así, eso lleva a todos a escribir con cierta urgencia por citar al último que dijo algo y no al primero.

Pero eso no me preocuparía, pues creo que la marca que dejaron todos los grandes filósofos, y en América Latina un filósofo como Nino, se nota en todos lados. Hay una especie de raíz temática.

Te pongo un ejemplo, David. Reflexiones que vengo haciendo en materia penal: cómo vincular algunos conceptos básicos del derecho y la justicia, en estos días, con lo que pasa en la protesta en Argentina y la crisis que hay al respecto. Esta cuestión de la protesta no es una cuestión que termina en el Código Penal, sino que tiene que ver con cómo pensamos la democracia, la crítica política, la expresión política, el derecho de reunión. Esas son reflexiones que vienen de Nino y que antes no estaban en la comunidad académica. O sea, esta idea de atar la teoría de la recepción sobre el derecho práctico con, digamos, una teoría de la democracia, por ejemplo. ¿Y, entonces, se podrá (o se tendrá que) citar a Nino? ¿O no? Y uno podrá decir que las ideas de Nino están mejor o peor. O no se lo cita, simplemente porque está detrás de la última moda. Pero, reitero, el impacto ya está y el impacto es importante en el desarrollo de una comunidad.

Me explico: hoy, por ejemplo, se nota en la Argentina que se está debatiendo sobre los límites de la protesta y la regulación de la protesta. Nadie, aun en la brutalidad con que muchas veces se lleva adelante la conversación pública en mi país, deja de pensar que hay algo que decir sobre la validez de las normas y sobre esta y la democracia. Estas discusiones ya vienen de Nino. En este sentido, yo creo que hoy podemos hablar de las marcas que ha dejado Nino en el ámbito del derecho.

D.S.S.: Justamente en eso me gustaría puntualizar. Muchos aspectos de la obra de Nino, en términos conceptuales académicos, fueron disruptivos. Ya mencionaste esa relación entre democracia y validez que fue muy importante. Otro fue la relación entre una ética pública y el derecho. ¿Cuál otro tema resaltarías?

R.G.: En *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, que para mí es un libro fundacional, hallamos esta idea: cómo pensar la libertad personal vinculada con el principio de autonomía. Un principio que nace de la reflexión filosófica del iluminismo, y que se remonta a Kant. Pero, yo creo, el modo en que Nino lo ajusta al derecho trae una novedad. Por ejemplo, cómo vincula la autonomía, la inviolabilidad de la persona, con asuntos problemáticos del derecho penal. Eso es un modo novedoso de entender los problemas, que sofistican nuestros ulteriores acercamientos al derecho en general y al derecho penal en particular.

Por un lado, en términos de las libertades personales, este es un legado interesante que viene desde sus estudios sobre la ética. Por otro, sobre los derechos humanos traza una línea con la democracia deliberativa. Él fue uno de los fundadores de esta escuela o, si se prefiere, de esta lectura de la democracia en la academia internacional. A la sazón, Habermas estaba reflexionando sobre la cuestión, pero no muchísima otra gente. William Nelson, en Estados Unidos, así como Joshua Cohen, que era conocido amigo de Nino, estaban en esa línea, pero no eran muchos más. Para América Latina, en cuanto al vínculo entre democracia deliberativa y validez de las leyes, el precursor fue Nino. Pero, añado, no solo desde un aspecto filosófico o teórico, sino también con fines prácticos.

En cuanto a la relación con el derecho de familia, como lo mencionaste antes, estaba trabajando en el vínculo con la autonomía personal. Es un ámbito que no diría que nace con Nino, pero en el que él, digamos, tiene esa mediación.

En suma, en estos tres ámbitos la influencia de Nino ha sido importante.

D.S.S.: Roberto, me llama mucho la atención que todos los colegas contemporáneos de Nino en estos asuntos eran académicos de lo que se ha llamado «El norte global». Hay, sin embargo, un punto que no quisiera dejar pasar. Atienza, desde hace más de una década, viene trabajando sobre la idea de la filosofía del mundo latino. Para Atienza, Nino es, si no el más grande jurista que haya existido, uno de los que estarían en ese olimpo. Así, quisiera destacar esa característica de Nino: un hombre universal, pero profundamente latino. En todas las reflexiones y en las respuestas que me has dado, Roberto, se nota que está siempre atado a la región. ¿Cómo podrías explicar esta cuestión?

R.G.: Yo creo que es muy importante mencionar a juristas como Atienza o como García Amado, que nutren las academias en las que ellos trabajan, ora en Alicante, ora en León. Estas escuelas han contribuido a ser divulgadoras de la obra de Nino, ya

sea como continuadores o críticos (con lo último me refiero específicamente al caso de García Amado). Ya que allí se ha invitado a participar a activistas y a jueces. De algún modo, esto ha contribuido a educar a la gente allí. No sé si han inaugurado una escuela de reflexión, pero sí han sido divulgadores de un modo de pensar el derecho. En el caso de Atienza o de García Amado se invita a la reflexión, que es también reflexión crítica sobre sobre el principio de proporcionalidad y los trabajos de Alexy. Y, creo yo, todo eso tiene valor e interés. No sé hasta qué punto es una escuela propia, pero realmente no quiero hacer una reflexión sobre ello.

Lo que creo es que en el mundo anglosajón se nota una relevancia de la generación a la que perteneció Nino. No sé, podríamos llamarla «gloriosa». Pensemos que hacían parte de ella Bernard Williams, Tom Nagel, Rawls, Dworkin, Waldron, pero que ha quedado, digamos, en un punto trunca. O, mejor, no ha habido grandes continuadores. Esto es mucho más notable en el ámbito latino. En el sentido de que las grandes torres que tuvieron que ver con esa generación hoy no las vemos. Esto ocurre, insisto, más allá del ámbito latino, ocurre también en el ámbito anglosajón.

Y es que ello tal vez tenga que ver, repito, con las condiciones de producción: el hecho de que los jóvenes que quieren ascender en el ámbito académico tienen que ocuparse de la última moda y discutir una coma, o lo que otro que dijo antes y correrle un pelo y dividirlo en cuatro. Así, me parece, se hace una reflexión menos interesante, menos importante, pero que es la que te permite ascender académicamente; es la que te permite publicar también, porque las condiciones de publicación afectan muchísimo. Entonces, lo que uno ve hoy, en el mundo latino y en el mundo anglosajón sobre todo, es una gran cantidad de profesionales que no conmueven en ningún sentido: ni emocional ni teórico. Yo vería esa situación como un déficit generalizado, vinculado con las condiciones de producción de la academia en el mundo capitalista o poscapitalista, o como se llame el mundo de hoy.

D.S.S.: Y justamente por ello, que hablás del mundo de hoy, para los juristas actuales, diríamos, para un jurista novel, ¿cuáles serían esas obras de Nino o cuáles serían esos temas que Nino trabajó que se tendrían que resaltar?

R.G.: Creo que, para responderte eso, debo advertir que tal vez la respuesta tenga mucho que ver con mi propia biografía, con aquellos trabajos que a mí más me cambiaron la vida. En *Ética y derechos humanos* hay un mundo de ideas que se abre, luego Nino la extiende, expande, profundiza en otros textos.

Ahora bien, si quieres una versión, la más contemporánea y la más llana, en el punto sobre la relación de derecho, moral y política, hay un libro escrito casi sin notas a pie de página, en el que pone en práctica mucho de lo que había plasmado sobre derechos humanos, y en el que está un poco el núcleo de su filosofía, tanto en lo que retoma de otros autores como en otras ideas para repensarlas: *Derecho, moral y política*.

Yo siempre cuento una anécdota. Creo que fue en 1985, o en el '84, que asisto al famoso «seminario de los viernes» por primera vez. Y durante un año participo sin entender de qué se habla. Noto que hablan un lenguaje diferente al mío. Y, entonces, recuerdo que se acercaba el fin de año y yo me llevé para las vacaciones el libro *Ética y derechos humanos*; me lo llevé a la playa y en unos 15 días, como loco, devoré el libro. Lo destrocé en notas y, de este modo, sentí que había aprendido un lenguaje, había aprendido un idioma nuevo, así como decir que aprendí inglés. Aprendí esa lengua y entendí de qué se estaba hablando.

Así, pues, a lo mejor yo generalizo a partir de lo que fue mi experiencia, pero creo que efectivamente *Ética y derechos humanos* es un libro difícil, pero en el que está el núcleo de la filosofía más interesante de Nino. Que luego tiene desarrollo, por ejemplo, en cuanto al concepto de democracia, en *La constitución de la democracia deliberativa*. Pero, digamos, yo creo que, como núcleo duro para mí, es ese libro, *Ética y derechos humanos*. Yo empezaría por ahí.

Si alguien quiere empezar por un texto si quieren más fácil, bueno, elegiría *Derecho, moral y política*, ya que trata de temas de filosofía política y de teoría derecho y me parece muy bueno. Pensemos que este texto fue fruto de los seminarios de los viernes. Era algo más de divulgación, pero sin conceder nada.

Al mismo tiempo, el espacio era un seminario abierto a todo el mundo en donde una persona si quería ir y nunca había leído nada sobre los temas podía asistir igual. Pasaba lo mismo si alguien leyendo un poquito quería hacer una pregunta: por supuesto, se le respondía con la máxima atención y tomándosela en serio. Nino era un maestro en eso. Producto de su ingenuidad, una gran ingenuidad (muchas veces en las relaciones personales, tanto con los alumnos, como en los seminarios de los viernes, que eran un lujo), sobre las preguntas peores él decía: «No, no, usted me debe estar queriendo decir tal cosa», entonces, transformaba una pregunta que a veces se hacía simplemente para, digamos, acercarse a Nino y hacer un elogio, en una pregunta espectacular. Pero siempre tomándoselo en serio, o sea, nunca con ironía o cinismo en esa transformación lingüística.

D.S.S.: ¡Fantástico!, porque yo creo que esto es un punto que hay que remarcar: esa concepción de maestro de Nino no se puede olvidar. Esto, no obstante, puede incluso chocar con algo: esa crítica que usted hizo hoy a la academia, muy especializada, o, como decía Jesús Mosterín, casi que una escolástica analítica, de cierta casta, es decir, para esos expertos. ¿Qué obras de Nino merecerían ser discutidas? No en el sentido de descifrar lo que Nino quería y con quién estaba discutiendo, sino hacer un análisis profundo, quizá, de algunos de esos conceptos, de intentar expandir el marco.

R.G.: Yo creo que *Ética y derechos humanos* sería la obra. Después *La construcción de la democracia deliberativa* es la aplicación a la práctica de los problemas de la democracia. El libro que te decía, *Derecho moral y política*, como más de divulgación, pero también

con un enorme nivel. Y el libro *Juicio al mal absoluto*, que mezcla notas autobiográficas y reflexiones sobre justicia transicional, también en lo suyo me parece importantísimo. Esos son los que a mí más me han resultado atractivos de toda su obra.

D.S.S.: Ya para terminar: ¿qué de tu propia obra ha continuado con las ideas de Nino? Toda vez que dices definitivamente que hay una impronta y lo podemos remarcar en las respuestas que has dado en la entrevista. ¿Y en qué parte, por el contrario, ha habido una ruptura clara marcada por otras ideas?

R.G.: Yo creo que los suyos [*i.e.,* los trabajos de Nino] son mojones imprescindibles. Voy a decir una exageración: así como el pensamiento de Marx fue influyente para el pensamiento de izquierda, es una referencia, aunque no se lo esté citando (pensemos, por ejemplo, en referencias sobre alienación, sobre explotación, sobre superestructura), son parte ya del sentido común que uno ha sofisticado y ya los habla en otro lenguaje, pero están ahí. Lo mismo pasa con las ideas de Nino sobre democracia deliberativa, democracia y ética. Él ha sido el gran divulgador en esto.

Cuando me preguntabas sobre sobre sus aportes, yo creo que el más importante, tal vez el más importante, que no lo mencioné bien, fue no solamente lo que hizo en términos de democracia y democracia deliberativa, sino la particular visión que fue la aproximación epistemológica, la construcción epistemológica de la democracia: la democracia se justifica por sus aportes en términos de ganar conocimiento. Entonces, aquí caben las preguntas: ¿por qué se necesita conocer el punto de vista de cada uno?, y ¿por qué una democracia de élites o una democracia menos deliberativa (que se ciñe en los expertos, digamos) se justifica?

Piénsese que muchos de los debates que hoy se hacen sobre constitucionalismo dialógico, por ejemplo, parten de una visión finalmente elitista. Se preguntan, por ejemplo, si queremos el diálogo ante las cortes internacionales o si queremos el diálogo entre cortes nacionales y en cortes internacionales. Es decir, una visión de élite. No es la visión de Nino. Para él se debe partir de un diálogo inclusivo y no me refiero a inclusivo por piedad o por amistad, sino inclusivo porque es imprescindible, porque nos resulta muy difícil ponernos en los pies del otro. Esa es la visión. Es la visión niniana que está en el fondo: cada uno es el mejor en el juego de sus propios intereses. Parte de ahí esa visión. La concepción epistemológica de la democracia, así, sigue siendo crucial para reflexionar críticamente hoy, por ejemplo, cuando hay una explosión de los estudios del constitucionalismo, del diálogo sobre la constitución.

Eso es de lo más interesante en que se mencione a Nino, ahí me parece que hay una potencia enorme. En estos vínculos entre derecho, derecho penal y protesta, por ejemplo, que me ha interesado trazar a mí. Pero, realmente siempre en nombre de lo que es esa filosofía: no se puede pensar la coacción y la imposición de límites desligados del compromiso que cualquier orden constitucional tiene con la diversidad de ideas, con la discusión, con el debate público, etcétera.

D.S.S.: Roberto, muchísimas gracias por tu tiempo.

R.G.: No, gracias a ti, David. Excelente, excelentes tus comentarios y las preguntas que haces sobre Nino y, sobraría decirlo, de altísima importancia homenajearlo. Yo soy como *una de las viudas* de Nino, que siempre estamos hablando de Nino, pero creo que hay algo importante y no hace falta mencionar a Nino. Y no voy a reprochar a nadie porque haga un estudio sobre alguno de los temas que Nino desarrolló sin citarlo. Por eso, te decía, el legado ya está y forma parte del sentido común de quienes nos tomamos en serio el derecho.

D.S.S.: Sí, con eso me quedo. Ojalá muchos se acerquen a la obra de Nino, que es un acicate para el pensamiento.

R.G.: Totalmente.

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.

Ernesto Garzón Valdés y Aulis Aarnio, *in memoriam*
Jorge F. Malem Seña
Ernesto Garzón Valdés. Un hombre elegante
Manuel Atienza
Ernesto Garzón Valdés. Sobre la generosidad y el deber de gratitud
Matti Ilmari Niemi
Aulis Aarnio. Uno de los grandes juristas

Artículos
Owen Fiss
El acto fallido de Scalia
Enzo Solari Alliende
Hegel sobre la otra propiedad
Flávio Manuel Póvoa de Lima
La preservación de la verdad bajo extensiones, semántica inexacta y teoría jurídica
Piero Mattei-Gentili
Normas como significados: una revisión al debate sobre la ontología de normas y la teoría jurídica
Hugo O. Seleme
La extensión en el tiempo de la comunidad política
Rodolfo Vigo
Debilidades o incoherencias iusfilosóficas en la propuesta de Luigi Ferrajoli de una Constitución para la Tierra
Wolfgang Wieland
La facultad de juicio en la filosofía kantiana del derecho

Populismo
Fernando Atria
La forma del derecho y el concepto de lo politico
Ermanno Vitale
Populismo: ¿realización o mutación genética de la democracia?
Gonzalo Quintero Olivares
Populismo y derecho penal

Problemas de justicia
Juan Iosa
La autonomía personal en el pensamiento ético de Kant
Ezequiel Spector
La libertad entendida como cooperación social: desarrollando un nuevo enfoque
Emilse Toninello
Justicia social como proceso de subjetivación: una indagación en el debate contemporáneo desde las teorías políticas críticas
Óscar Fernández Márquez
La brecha salarial de género ante la razón crítica del liberalismo económico
José Enrique Sotomayor Trelles
El caleidoscopio de Sófocles: sobre Antígona y la filosofía del derecho

Sobre la decisión judicial
Antonio Manuel Peña Freire
Legalidad y casos difíciles: casos difíciles del derecho, por el derecho y para el derecho
Pablo Rovatti
Sobre la supuesta «pureza epistemológica» de la valoración de la prueba: a propósito de una tesis de Jordi Ferrer Beltrán
Alejo Joaquín Giles
El razonamiento probatorio entre lo que es y lo que debe ser: una solución en clave de arquetipo a la ambivalencia metodológica del modelo de la plausibilidad relativa
Rocío Villanueva Flores
Jueces virtuosos

Notas
José Chávez-Fernández Postigo
Reglas, defeaters *e intocables del derecho: Moreso en la búsqueda del equilibrio perdido*
Mauricio Lecón Rosales
¿Libertarismo *o compatibilismo? La disyuntiva filosófica detrás del debate entre Eduardo García Máynez y Carlos Cossio*
Jaime Humberto Gándara Pizarro
El jusnaturalismo de Lorenzo Peña y su propuesta (ius)política
Carolina Fernández Blanco
Una relectura de «Un país al margen de la ley» desde el aporte del institucionalismo

Entrevista
David Sierra Sorockinas
Entrevista a Roberto Gargarella en memoria de Carlos Santiago Nino

ISSN 0214-867-6
9 770214 867003