DOXA

11

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1992

Índice

- Presentación
- Sobre la tolerancia
  - David A.J.Richards - Tolerancia y prejuicio: Observaciones para Tossa de Mar
  - Letizia Gianformaggio - El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable
  - Annette Schmitt - Las circunstancias de la tolerancia
  - Juan Ramón de Páramo - Liberalismo, pluralismo y coacción
  - Javier de Lucas - ¿Para dejar de hablar de la tolerancia?
- Artículos
  - Jacques Derrida - Fuerza de ley: El "Fundamento místico de la autoridad"
  - Juan Antonio Garcia Amado - Sobre los modos de conocer el Derecho. O de como construir el objeto jurídico
  - Brian Barry - Derechos humanos, individualismo y escepticismo
  - Owen M. Fiss - El Derecho recuperado
  - Juan José Moresco, Pablo E. Navarro y Cristina Redodndo - Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial
  - Josep Aguiló Regla - Derogación, rechazo y sistema jurídico
- Notas
  - Duncan Kennedy - Notas sobre la historia de CLS en los Estados Unidos
  - Albert Calsamiglia - La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español
- Entrevista
  - Eugenio Bulygin - Entrevista con Ota Weinberger

P R E S E N T A C I Ó N

La tolerancia fue el tema discutido en las V Jornadas de Filosofía Práctica celebradas en Tossa de Mar en la primavera de 1991 y cuyas actas integran la sección monográfica de este nº 11 de Doxa. En Tolerancia y prejuicio: Observaciones para Tossa de Mar, *David Richards arranca de lo que él llama el «argumento en favor de la tolerancia» que surge de la preocupación moderna por la idea y la práctica política de los derechos humanos. Ese proyecto está amenazado hoy por el racismo surgido tanto en los Estados Unidos como en Europa y que lleva a excluir de la comunidad política a aquellos grupos que participan de una cultura diferente de la cultura ortodoxa. «El argumento en favor de la tolerancia -concluye Richards- empieza con la desconfianza hacia las apelaciones a las estructuras naturales de autoridad que frustran los poderes morales de autogobierno de la gente; el argumento exige hoy, como cuestión de principio, una continua preocupación por la impactante forma moderna de ese mal político, el racismo, que surge, como el genio malo de la sinrazón, en reacción contra lo que parecen ser las más grandes victorias de la razón política».*

Letizia Gianformaggio, en El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable, *lleva acabo un análisis del concepto de tolerancia que limita a la tolerancia llamada* vertical, *esto es, la que tiene lugar entre individuos dotados de alguna forma de poder visible sobre otros individuos (cuyos comportamientos, actitudes, estilos de vida, opiniones, etc. se toleran). Los tres elementos constitutivos de ese concepto de tolerancia -y que Gianformaggio analiza con detalle- serían éstos: 1) el objeto en relación al cual se reclama el ejercicio de la tolerancia es siempre, aunque sea muy débilmente, cargado de disvalor; 2) la tolerancia se valora siempre positivamente y la intolerancia negativamente; 3) no se atribuye la calificación intolerante a todo aquel que no tolere a alguien, esto es, la tolerancia tiene límites.*

Annete Schmitt, en Las circunstancias de la tolerancia, *emprende*

también un análisis del concepto de tolerancia que tiene como punto de partida la definición de Peter Nicholson: estamos ante un acto de tolerancia si y sólo si una persona A omite, por determinadas razones, intervenir en contra de la acción Y de una persona B, a pesar de que la acción Y de B lesiona una convicción relevante X de A y A tiende y puede actuar en contra de la acción Y de B. A partir de aquí, analiza con detalle lo que considera «circunstancias de la tolerancia» y que consistirían en: 1) el rechazo de una acción (por arte de quien tolera) que va unido a una tendencia *a prohibir dicha acción; 2) el poder o facultad que detenta el tolerante para intervenir en relación con el acto tolerado; 3) la omisión de la intervención, después de haber sopesado las razones en pro y en contra de la misma. Finalmente, Annete Schmitt distingue la tolerancia de otros conceptos afines como la indiferencia, el escepticismo, la resignación, la paciencia y la «tolerancia gubernamental».*

En Liberalismo, pluralismo y coacción, *Juan Ramón de Páramo señala la ambigüedad de la idea de tolerancia, la existencia de problemas respecto de su fundamento y límites, y utiliza las categorías de* neutralidad y daño *como recursos explicativos de las actitudes tolerantes. El concepto de neutralidad propio de la tradición liberal se basa, a juicio de Páramo, en la distinción entre lo* correcto *y lo* bueno: *lo* correcto *viene a determinar los límites dentro de los cuales los individuos persiguen su propia concepción de lo* bueno. *El concepto de lo* correcto *delimita el área dentro del cual está permitida la interferencia estatal; el concepto de lo* bueno *delimita el ámbito de libertad en el cual no está permitida la interferencia. A su vez, para trazar una línea de demarcación entre los ámbitos de lo* correcto *y de lo* bueno *se hace necesario acudir al concepto de daño tal como fue acuñado por Mill. Pero tampoco este concepto se halla libre de problemas: pues si se construye de manera restrictiva -como equivalente a daño físico- se dejan al margen del Derecho conductas sobre las que sería necesario cierto amparo legal; y si se construye de manera amplia -abarcando cosas tales como el daño moral, la simple molestia o impertinencia- cualquier conducta podría ser penalizada bajo el amparo de este criterio tan impreciso. Debe tenerse en cuenta también que la exigencia de neutralidad sólo se dirige a los poderes públicos y que la misma perdería su sentido si se dirigiera a los particulares. Y aun como exigencia dirigida a las autoridades públicas no puede pretender extenderse hacia todas las concepciones de lo bueno: el Estado liberal no puede ser neutral respecto de aquellas concepciones de lo bueno que implican la abdicación de la autonomía personal en estructuras societarias o grupales.*

La sección se cierra con el trabajo de Javier de Lucas, ¿Para dejar

de hablar de la tolerancia?, quien se interroga por las razones del retorno de la idea de tolerancia en la actual discusión iusfilosófica. A su juicio, el renovado interés por la tolerancia no obedece a una simple moda académica, sino que encuentra sus raíces en los fenómenos de índole social, económica y política que configuran el presente como «horizonte de fragmentación» o «cultura de la diferencia». En su opinión lo que interesa, en este contexto, no es la discusión de la tolerancia como virtud privada, sino aclarar qué significa proclamar hoy la necesidad de la tolerancia en el orden jurídico político. Tal necesidad desaparece, allí donde está garantizada la igualdad y las libertades. La tolerancia encontraría su ámbito propio en relación con aquellas conductas -como la desobediencia civil- que no es posible configurar como derechos.

La sección de artículos de tema libre comienza con un extenso trabajo de Jacques Derrida titulado Fuerza de ley: «El Fundamento místico de la autoridad». El artículo está dividido en dos partes y un post-scriptum. En la primera, que recoge su contribución en el coloquio «Deconstruction and the Possibility of Justice», celebrado en la Cardozo Law School en octubre de 1989, Derrida toma como punto de partida de su reflexión algunas cuestiones que sugiere el título de dicho coloquio y que parecen exigir una respuesta a la manera de «o bien o bien» o «sí o no» y, así, escribe: «¿Acaso la desconstrucción asegura, permite, autoriza la posibilidad de la justicia? Sí, responderían algunos; no, respondería la otra «party». ¿Tienen los «so-called» desconstruccionistas algo que decir sobre la justicia, tienen algo que ver con ella? ¿Por qué hablan tan poco de ella?». En la segunda parte, que reproduce su participación en el coloquio «Nazism and the Final Solution: Probing the Limits of Representation», celebrado en la University of California (UCLA) en abril de 1990, Derrida realiza una «lectura» del «breve y desconcertante texto» de Walter Benjamin, titulado Zur Kritik der Gewalt.

Juan Antonio García Amado, en Sobre los modos de conocer el Derecho. O de cómo construir el objeto jurídico, adopta el enfoque de que el Derecho se constituye en el seno de la comunicación lingüística y que obtiene su objetividad esencial en sus encarnaciones lingüísticas y su correspondiente reflejo en el imaginario social. A tal constitución contribuye todo discurso sobre el Derecho que pueda tener efectos sobre la forma ulterior de entender y vivir en la sociedad correspondiente, bien sea porque se consolide, bien porque se modifique en algún punto la imagen del sistema jurídico socialmente vigente. A partir de ahí, el autor se centra en el desarrollo de las dos virtualidades que un enfoque de estas características tiene a la hora de abordar las cuestión epistemológica: la de relativizar la diferencia entre teoría y praxis y

la de ofrecer un nuevo baremo para la calificación y clasificación de los conocimientos jurídicos.

Derechos humanos, individualismo y escepticismo, es el título del trabajo en que Brian Barry trata de hacer frente a la crítica de MacIntyre a la pretensión de neutralidad del liberalismo respecto de las diversas concepciones del bien. Brian Barry acepta que el liberalismo constituye una concepción del bien, pero se trata, en su opinión, de una concepción de segundo orden: el liberalismo se caracterizaría por transformar todas las concepciones del bien de primer orden en preferencias y por sostener que el bien consiste en la satisfacción de preferencias. Además, el liberalismo contaría en su favor con un argumento que resulta independiente de cualquier concepción del bien. Se trataría de un argumento que parte del escepticismo y se desarrolla así: dado que no hay esperanza de alcanzar un acuerdo racional sobre ninguna concepción del bien, debemos buscar un acuerdo cuyas bases no presupongan ninguna concepción particular del bien. Este argumento sería, a juicio de Barry, preferible a la idea rawlsiana de «consenso por superposición», pues la existencia de tal consenso supone por definición la aceptación compartida del liberalismo.

En su trabajo El Derecho recuperado, Owen M. Fiss parte de su artículo anterior sobre ¿La muerte del Derecho? (Doxa, nº 10) en el que el análisis económico del Derecho y el movimiento Critical Legal Studies eran vistos como una doble amenaza para la concepción del Derecho como ideal público, como expresión y protección de nuestros valores comunes. Esta doble amenaza aparece en este momento, a juicio de Fiss, notablemente atenuada. Respecto al análisis económico del Derecho, Fiss indica ahora que esta escuela ya no pretende constituir una concepción global del Derecho, sino que reduce su propio alcance a dimensiones más modestas: contribuir a indicar la decisión apropiada en aquellas ramas del Derecho cuyo contenido es la protección o perfeccionamiento del mercado. Por lo que se refiera a CLS, Fiss mantiene su desacuerdo radical con la tesis de la indeterminación fuerte del Derecho, no enteramente abandonada por esta corriente. Ello no obstante, en otros aspectos su valoración de CLS ha variado. Señala, así, que probablemente él había entendido mal el significado del slogan «el Derecho es política». Esta fórmula -sostiene ahora Fiss- no indicaría una identificación de ambas esferas, sino la existencia de conexiones importantes entre ambas y no aludiría a la política como mera expresión de intereses y preferencias sino que partiría de una visión de la misma más cercana a la expresión de valores públicos o principios. En este sentido, la insistencia en que «el Derecho es política» aportaría una saludable llamada de atención

sobre algo frecuentemente ignorado por los juristas teóricos: las diversas formas mediante las que el proceso político crea el campo en el cual operan los tribunales. Finalmente, Fiss se refiere al feminismo jurídico como una corriente que inyecta nueva vida y energía a la noción del Derecho como ideal público, «el tipo de vida y energía de que gozó en los años sesenta pero no más allá de ese momento».

José Juan Moreso, Pablo E. Navarro y Cristina Redondo, en Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial, discuten dos tesis relativas al papel de la lógica en la justificación de las decisiones judiciales: una es la tesis de la inseparabilidad, esto es, de que la justificación de las decisiones judiciales implica necesariamente el uso de normas y principios morales; la otra es la tesis de la insuficiencia, esto es, la de que la justificación de las decisiones judiciales no puede reconstruirse adecuadamente conforme al razonamiento deductivo. En relación con cada una de ellas, lo que los autores sostienen es que «la lógica no proporciona un argumento a favor de la relación necesaria entre derecho y moral» y que «la resolución de casos difíciles no escapa, necesariamente, del ámbito del razonamiento deductivo».

Finalmente, en Derogación*, rechazo y sistema jurídico, Josep Aguiló realiza una crítica a algunas contribuciones de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin a la teoría de la derogación. Así, tras exponer los rasgos centrales de la concepción de estos autores, Aguiló se centra en la crítica de algunas de sus tesis vinculadas con la indeterminación lógica del sistema, la derogación (o el rechazo) de normas aún no promulgadas y la identidad de las normas antes y después de su derogación. El trabajo contiene, además, unas conclusiones provisionales a propósito de la derogación que pretenden ir más allá del marco suministrado por Alchourrón y Bulygin.*

La sección de Notas *está dedicada al movimiento «Critical Legal Studies». Duncan Kennedy, uno de sus más conspicuos representantes, analiza brevemente la historia y los principales momentos de la evolución de CLS* (*en* Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos). *En su opinión, un balance de los quince años del movimiento (que se inicia hacia 1977) lleva a reconocer que CLS no ha elaborado un nuevo programa político y no ha influido en la vida política americana ni en la vida interna de la profesión jurídica; tampoco ha transformado la enseñanza del Derecho, pero «ha sido un factor importante (quizás determinante) en la formación de una izquierda jurídica institucionalizada».*

Albert Calsamiglia (en La retórica de Critical Legal Studies. Impresiones de un lector español) *se muestra radicalmente crítico con los «critical». No está de acuerdo ni con su descalificación del liberalismo*

político, ni con su anarquismo epistemológico ni con su escepticismo frente a las normas. Considera que lo que hay de atractivo en el movimiento es su esfuerzo por «poner en claro las injusticias y el descontento que generan la sociedad y el derecho contemporáneos», pero muestra sus «dudas sustanciales» con respecto a «la posibilidad de construir algo con resultados positivos empleando sus herramientas conceptuales».

Finalmente, Eugenio Bulygin realiza una entrevista a Ota Weinberger en la que le plantea diversas cuestiones de tipo iusfilosófico y autobiográfico. Son de destacar sus respuestas relativas a la importancia de la lógica, en general, y de la lógica deóntica, en particular, para la filosofía del Derecho; su valoración de algunas tendencias filosóficas en alza, como la ética normativa y la teoría de la argumentación; y las ventajas que, a su juicio, ofrece el positivismo institucional frente al positivismo clásico de Kelsen o de Ross.

SOBRE LA TOLERANCIA

TOLERANCIA Y PREJUICIO: OBSERVACIONES PARA TOSSA DE MAR

ARGUMENTO EN FAVOR DE LA TOLERANCIA

El argumento en favor de la tolerancia, fundamental para el pensamiento abolicionista, es la elaboración americana del argumento en favor de la tolerancia universal manifestado en variadas formas por Pierre Bayle y John Locke. En *Toleration and the Constitution* discuto este argumento con alguna extensión haciendo notar que su contexto y sus motivaciones son las de la conciencia moral e intelectual protestante radical que se reflejan en la exigencia política de principio de proteger su proyecto de las opresiones de las iglesias establecidas, tanto católicas como protestantes. Ese proyecto surge tanto de un ideal moral de persona como de la necesidad de proteger ese ideal de una amenaza política que lo había aplastado históricamente. El ideal es el de la persona como detentadora de poder moral para valorar y perseguir racionalmente fines y para ajustar y limitar razonablemente la persecución de sus fines a la luz del igual status moral de las demás personas y del respeto por los iguales derechos que ese status hace surgir. La amenaza política a este ideal de persona es la idea y la práctica política de que los objetivos morales y personales de la gente no son la expresión responsable de sus propios poderes morales, sino que se encuentran especificados, antes de tal reflexión o de la posibilidad de tal reflexión, por una estructura jerárquica de la sociedad y de la naturaleza en las que están inmersos; esa estructura, asociada clásicamente con órdenes del ser, define los roles y status en los que la gente nace, vive y muere y determina exhaustivamente las responsabilidades vitales a la luz de esos roles.

El poder político de la concepción jerárquica se muestra no sólo en los modos en que la gente se comporta, sino en la manera en que penetra

en el corazón y la mente humana, dibujando una identidad personal, moral y social fundada en los roles especificados por la estructura jerárquica. La estructura -religiosa, económica, política- no necesita alcanzar sus fines mediante la coerción masiva precisamente porque su fuerza de aplastamiento sobre la personalidad humana se ha tornado personal y socialmente invisible para un corazón que no siente y para una mente que no piensa nada que pueda hacer de la estructura un objeto de reflexión crítica; no podría haber nada que pudiera motivar tal reflexión (siendo la vida percibida, sentida y vivida como algo ricamente natural) y mucho menos legitimar su deseabilidad moral. Por supuesto que un orden político tal, siendo humano, hará uso de nuestros poderes racionales cuando los contextos y los roles puedan demandar el ejercicio de la racionalidad práctica (por ejemplo, en la organización de la agricultura o en la guerra), y unas cuantas personas pueden adquirir un nivel de competencia marcadamente alto en el ejercicio de poderes morales críticos (como en las élites ilustradas de las antiguas sociedades jerárquicas, como las de Babilonia, Egipto o los Mayas), pero la vida general de la sociedad no da valor o peso a un ejercicio extensivo de tales poderes.

El poder político de la concepción jerárquica se transforma en el objetivo de la crítica radical cuando, a la luz del pluralismo moral hecho posible por la Reforma, pensadores protestantes liberales como Bayle y Locke articulan un ideal moral de la persona como titular de los poderes morales gemelos de racionalidad y razonabilidad y arguyen que la concepción jerárquica ha subvertido el ideal y, por esa razón, ha distorsionado los criterios de racionalidad y razonabilidad a que el ideal apela. Tanto Bayle como Locke argumentan como cristianos religiosos, y su argumento surge naturalmente como un debate intramuros entre intérpretes de la tradición cristiana, porque una autorizada veta Paulina de esa tradición había dado un peso central al valor de la libertad cristiana y porque esa tradición, como la tradición judía a partir de la que se desarrolla, tiene un poderoso núcleo ético de preocupación por el desarrollo de la personalidad moral (así, la naturaleza trinitaria de Dios, a cuya imagen somos creados, es interpretada por Agustín de Hipona en términos de las tres partes del alma: voluntad, memoria e inteligencia). De hecho, el argumento en favor de la tolerancia surge de una crítica interna de Bayle sobre lo que piensa que es una malinterpretación de Agustín de los valores cristianos centrales de la libre personalidad moral y de la naturaleza de la ética en su argumentación en favor de la persecución de los herejes Donatistas. El asunto, en el fondo, es que la persecución religiosa había corrompido la ética y, por lo mismo, la esencia del elevado y sencillo núcleo ético de hermandad universal de la Cristiandad.

El nervio del argumento en favor de la tolerancia es que la legitimación de la persecución religiosa tanto por católicos como por protestantes (recabando autoridad de Agustín, entre otros) había hecho de una visión de la verdad religiosa y moral políticamente protegida *(entrenched)* la medida de lo permisible en ética y religión, incluyendo la indagación y el debate sobre los criterios apropiados en términos de los que la verdad religiosa y moral habían de ser tanto entendidas como valoradas. Sin embargo, a finales del siglo XVII (cuando Locke y Bayle escribían) había llegado a ser plenamente aceptable, e iba a resultar crecientemente claro más tarde, que las visiones de la verdad religiosa y moral políticamente protegidas (que descansaban, por ejemplo, en la autoridad de la Biblia y en una tradición de práctica interpretativa acerca de cómo debía ser entendida) asumían interpretaciones esencialmente controvertibles de una compleja interacción histórica entre las culturas paganas, judía y cristiana de la temprana era Cristiana. El redescubrimiento renacentista de la cultura y enseñanza pagana reabrió la cuestión de cómo había de ser entendida la síntesis cristiana de la cultura filosófica pagana y de la cultura ética y religiosa judía, incluyendo el desarrollo de historiografía crítica y de técnicas de interpretación textual con implicaciones centrales para una razonable interpretación de la Biblia. La Reforma Protestante asumió y estimuló más aún estos nuevos modos de investigación, y también la apelación al experimento y a la experiencia que fueron una matriz para las metodologías asociadas con el auge de la ciencia moderna. Estas nuevas aproximaciones al pensamiento y a la investigación habían puesto plenamente en claro para los más lúcidos pensadores de la época que había una brecha entre las concepciones políticamente atrincheradas de la verdad religiosa y moral (y los modos de investigación asociados a ellas), y los tipos de investigaciones razonables que los nuevos enfoques hacían accesibles. La preocupación que motiva el argumento en favor de la tolerancia es que las concepciones de la verdad políticamente protegidas se habían propuesto a sí mismas, sobre la base de la legitimación de la persecución religiosa, como la medida de los criterios de investigación razonable y de quién podía contar como un investigador razonable de la verdad. Pero a la luz de los nuevos modos de investigación ahora accesibles resultaba cada vez más claro que permitir una protección política tal de la verdad religiosa descansaba no sólo en una degradación de las pautas razonables de investigación, sino en la auto-realizada degradación de la capacidad de las personas para llevar a cabo razonablemente tales investigaciones. Con el fin de atajar estos peligros, el argumento en favor de la tolerancia prohíbe, como cuestión de principio, el forzamiento por el Estado de cualquiera de tales concepciones de la verdad religiosa. El ámbito de la acción política legítima debe descansar, más

bien, en la persecución de fines generales como la vida y los derechos y libertades (por ejemplo, el derecho a la conciencia), la búsqueda de los cuales es consistente con la gama completa de fines que la gente puede racional y razonablemente perseguir.

Un rasgo prominente de la crítica a la persecución religiosa implícita en el argumento en favor de la tolerancia es la manera en que tal persecución corrompe a la conciencia misma. Tal corrupción, una suerte de ceguera autoinducida hacia los males que uno está infligiendo, es una consecuencia de la amplia imposición política de una concepción de la verdad religiosa que se inmuniza a sí misma de la crítica independiente en términos de criterios razonables de pensamiento y deliberación. En efecto, esa concepción de la verdad religiosa, aunque quizás haya estado en tiempos formada por consideraciones más profundas de razón, cesa de ser mantenida o entendida y elaborada *sobre la base de la razón*. Una tradición que pierde así el sentido de sus fundamentos razonables se queda estancada y, para mantener la lealtad, cada vez depende más de apelaciones vacías a la ortodoxia de las concepciones de la verdad y de la represión violenta de cualquier disidencia de tales concepciones como una suerte de traición moral desleal. La política de lealtad degenera rápidamente, como lo hizo en la represión sureña de cualquier crítica a la esclavitud anterior a la guerra, en una política irracionalista que se enorgullece de mantener ampliamente valores de la comunidad solamente porque son de la comunidad, y en la que las pautas de discusión e investigación se hacen crecientemente localistas e insulares, aferradas solamente a su polémica función de defensa de los valores existentes en la comunidad y, desde luego, crecientemente hostiles a cualquier valoración razonable más imparcial a la luz de pautas independientes (de ahí, la tendencia a formas de irracionalismo cuando es necesario para proteger su polémico proyecto). De hecho, paradójicamente, cuanto más seriamente vulnerable a la crítica razonable e independiente se hace la tradición, más probable es que genere formas de irracionalismo político orientadas a asegurar la lealtad. Llamaré a este fenómeno de aquí en adelante la paradoja de la intolerancia.

La historia de la persecución religiosa ilustra ampliamente estas verdades, y ningún aspecto de esa historia lo hace más claramente que el antisemitismo cristiano. La relación de la Cristiandad con sus orígenes judíos ha sido siempre tensa y ambivalente[1]. El hecho de

[1] Para un estudio útil del período cristiano temprano, ver Hohn A. Gager *The Origins of Anti-Semitism: Attitudes Toward Judaism in Pagan and Christian Antiquity* (New York: Oxford University Press, 1983). El Estudio general clásico es Leon Poliakov, *The History of Anti-Semitism, vol.* 1, trad. Richard Howard (New York: Vanguard Press, 1965); vol. 2, trad. Natalie Gerardi (New York: Vanguard Press,

que muchos judíos no aceptaran el cristianismo fue una suerte de desafío permanente para la razonabilidad de éste, especialmente en el período temprano (anterior a la adopción del cristianismo como iglesia establecida del imperio romano por Constantino) en el que era una religión proselitista que competía por los creyentes con la amplia gama de sistemas alternativos de creencias religiosas y filosóficas disponibles en el tardío mundo pagano. En sus importantes estudios recientes del anti-semitismo[2], el medievalista Gavin Langmuir caracteriza como anti-judaísmo las largas tribulaciones del cristianismo con respecto a los judíos por la forma en que el rechazo judío del cristianismo desacreditaba la razonabilidad del sistema de creencias cristiano en el mundo pagano; Langmuir argumenta que la concepción cristiana de la obstinación de los judíos y la concepción de su castigo divino por tal obstinación eran formas naturales de autodefensa antijudaica que desembocaron en las formas de expulsión y segregación de la sociedad cristiana que tales juicios sobre los judíos expresaban y legitimaban naturalmente[3]. En contraste, Langmuir caracteriza como antisemitismo propiamente dicho las creencias irracionales y totalmente carentes de base sobre crucifixiones, rituales y canibalismo de cristianos por judíos que fueron «esparcidas en el norte de Europa alrededor de 1350»[4]; creencias que llevaron a crímenes populares de judíos normalmente (aunque no siempre) condenados tanto por la Iglesia como por las autoridades seculares. Langmuir sugiere, como lo hace R. I. Moore[5], que el desarrollo del antisemitismo propiamente dicho está asociado con las crecientes dudas internas, en el período de 950-1250, sobre la razonabilidad de ciertas creencias y prácticas religiosas católicas planteadas por disidentes y por las soluciones de tales dudas a través de formas de políticas irracionalistas asociadas con el antisemitismo propiamente dicho. En efecto, los peores estragos del antisemitismo ilustran la paradoja de la intolerancia: precisamente cuando la tradición religiosa dominante suscita las dudas internas más razonables, estas dudas son desplazadas desde la discusión y el debate razonable hacia el irracionalismo político agresivo contra uno de los más visibles, vulnerables e inocentes grupos de disidentes.

1973); vol. 3, trad. Miriam Kochan (New York: Vanguard Press, 1975); vol. 4, trad. George Klin (Oxford University Press, 1985).

[2] Ver Gavin I Langmuir, *Toward a Definition of Antisemitism* (Berkeley: University of California Press, 1990); *History, Religion and Antisemitism* (Berkeley: University of California Press, 1990).

[3] Ver págs. 57-62. Langmuir, *Toward a Definition of antisemitism.*

[4] Pág. 302.

[5] Ver R. I. Moore, *The Formation of a Persecuting Society: Power and Deviance in Wester Europe, 950-1250* (Oxford: Basil Blackwell, 1987).

La distinción de Langmuir entre antijudaísmo y antisemitismo propiamente dicho es inestable. Ambas actitudes descansan en concepciones de la verdad religiosa que son irrazonablemente impuestas por la fuerza a la comunidad; ciertamente, tanto la alegada obstinación de los judíos como su justo castigo por tal obstinación son interpretaciones sectarias de los hechos y no fueron en general impuestas por la fuerza. Las creencias en la obstinación no son desde luego tan irrazonables como las creencias en el canibalismo, y la segregación no es tan mala como el crimen popular o el genocidio, pero ambas formas de política son, sobre la base del argumento en favor de la tolerancia, irracionales como cuestión de principios. Más fundamentalmente: el antijudaísmo puso el fundamento político corrompido al antisemitismo; una vez que resulta políticamente legítimo imponer por la fuerza una concepción sectaria de la verdad religiosa, las dudas razonables sobre tal verdad son desplazadas desde el debate y la discusión razonable que merecen hacia la política irracional de la persecución religiosa, de la cual los judíos han sido las más continuas víctimas visibles en el occidente cristiano, haciendo así del antisemitismo «el más viejo prejuicio de la civilización occidental»[2].

La radical crítica al irracionalismo político implícita en el argumento en favor de la tolerancia no podía ser, una vez puesta en marcha, limitada a la religión propiamente dicha, sino que fue generalizada con naturalidad por John Locke hasta incluir a la política como tal. La reflexión sobre la injusticia de la persecución religiosa por las iglesias establecidas lleva naturalmente a una reflexión más amplia sobre los modos similares con los que las ortodoxias políticas de los órdenes jerárquicos de autoridad y sometimiento habían sido irrazonablemente impuestos por la fuerza. Tales políticas ilegítimas dieron pábulo a una política irracionalista de glorificación nacional despreocupada de la discusión y el debate razonable sobre la puesta del poder político al servicio de cualquier decente preocupación por los intereses y derechos del pueblo en general; la consecuencia de tal supresión de la argumentación política razonable fue la degradación de la capacidad de las personas para conducir razonablemente tales argumentos en términos de respeto por sus derechos y atención a sus intereses. La generalización del argumento en favor de la tolerancia sugería naturalmente la legitimidad política de algún tipo de democracia constitucional como procedimiento de decisión política más apto para asegurar políticas razonables que respetaran los derechos humanos y persiguieran los intereses comunes de todas las personas por igual.

---

[2] *Pág. 45. Langmuir, Toward a Definition of Antisemitism.*

El argumento en favor de la tolerancia está motivado por un escepticismo político general sobre la razón en la política, en particular en la política que imponía, en general por la fuerza, concepciones sectarias de la verdad religiosa, moral y política. Para los principales filósofos de la tolerancia era perfectamente natural, a la luz de esta preocupación, tratar de articular algunos criterios o pautas experimentales en términos de los que tales puntos de vista sectarios pudieran ser valorados y desmontados desde una perspectiva más imparcial. Así Bayle arguye:

> «... como quiera que las pasiones y los prejuicios oscurecen con demasiada frecuencia las ideas de la equidad natural, aconsejaría a una persona que pretenda conocerlas bien que considerase estas ideas en general y abstraídas de todo interés privado y de las costumbres de su país. Puede suceder que una pasión fervorosa y profundamente arraigada persuada a un hombre de que una acción que él contempla como beneficiosa y placentera para sí es consonante con los dictados de la recta razón. Puede suceder que la fuerza de la costumbre y la disposición dada al alma durante la instrucción en la primera infancia puedan producir que se encuentre honestidad donde no la hay. Para superar ambos obstáculos, por tanto, me gustaría que quienquiera que pretenda conocer claramente esta luz por encima de su propio interés privado o de la costumbre de su país, se pregunte a sí mismo en general: «*¿Es tal práctica justa en sí misma? Si se suscitara la cuestión de introducirla en un país donde no estuviera en uso y en donde se fuera libre de aceptarla o no aceptarla ¿pensaría uno, tras examinarla imparcialmente, que es lo bastante razonable como para merecer ser adoptada?*»[3] El uso por Bayle de un criterio contractualista es, como es sabido, generalizado por Locke en una teoría política contractualista comprensiva, como demuestro en *Foundations of American Constitutionalism.* Aunque Locke no es claro en este punto, el contractualismo no tiene nada que ver con la historia; nada en la argumentación gira en torno a la existencia real de un estado de naturaleza. Más bien, como Jeffrey Reiman ha expuesto contundentemente, en el contractualismo «el estado de naturaleza es el equivalente moral de la duda cartesiana»[4]. Descartes no era, por supuesto, un escéptico epistemológico radical, sino más bien un filósofo del conocimiento preocupado por el modo poco fiable en el que las creencias eran convencionalmente formadas;

---

[3] Pág. 30. Pierre Bayle, *Philosophical Commentary,* Amie Godman Tannenbaun (trad.) (New York: Peter Lang, 1987).

[4] Pág. 69. Jeffrey Reiman. *Justice and Modern Moral Philosophy.* (New Haven: Yale University Press, 1990).

por esta razón estaba ocupado heurísticamente en descubrir qué podría contar como base razonable sobre la que pudieran formarse creencias fiables, y la duda cartesiana fue un modo de articular lo que él pensaba que debía ser esa base. Del mismo modo ni Bayle ni Locke eran escépticos morales, políticos o religiosos; más bien estaban preocupados por las dudosas apelaciones a las concepciones, impuestas políticamente por la fuerza, de las verdades sectarias, y buscaban una vía de articulación de un experimento teórico de razonabilidad contractualista abstracta como método de valoración de lo que podía ser legítimamente impuesto por la ley. El uso por Bayle de un criterio contractualista plantea esto exactamente: Haciendo abstracción de tus propios objetivos y de las costumbres particulares de tu sociedad ¿qué principios de política legítima aceptarían razonablemente todas las personas? El test es, desde luego, muy parecido al criterio contractualista abstracto de la ausencia de conocimiento de la identidad específica de Rawls, y cumple exactamente la misma función política.

Es fundamental para una evaluación como esa que se entienda que las personas tienen los poderes morales idénticos de racionalidad y razonabilidad a la luz de los que pueden ponderar los fines humanos, tanto propios como de otros[5]. Los principios de la prudencia nos capacitan para reflexionar sobre la coherencia y complementariedad entre nuestros fines y los modos más efectivos de perseguirlos según principios de racionalidad epistémica; y los principios de razonabilidad moral nos capacitan para regular la persecución de nuestros fines a la luz de las demandas comunes de todas las personas a formas de acción y omisión consistentes con un igual respecto para nuestro status en la comunidad moral. Estos auto-originados poderes de la razón nos capacitan no sólo para pensar por nosotros mismos desde nuestro propio punto de vista sino también para pensar desde el punto de vista de cualquier otro. La razón puede tener el poder que tiene en nuestras vidas porque nos capacita para distanciarnos de nuestros fines, para valorar críticamente cómo encajan entre sí y con los fines de otros y para reexaminar y a menudo revisar tales juicios a la luz de nuevas informaciones y experiencias y actuar de acuerdo con ello. La razón sólo puede cumplir fiablemente este papel cuando ella misma está abierta a revisión y corrección a la luz de cánones públicos abiertos y accesibles a todos; puesto que la razón, siendo como es un recurso que capacita a todas las personas para cultivar mejor sus poderes morales, exige una cultura pública que mantenga altos estándares de argumentación independiente,

[5] Para una descripción más completa de estos poderes, ver David A. J. Richards, *A Theory of Reasons for Action* (Oxford: Clarendon Press, 1971).

críticamente revisable y accesible a todos. Para cumplir el papel que puede jugar en el autogobierno de nuestras vidas, la razón no puede ser usada unilateralmente, sino que debe suministrarnos un espacio suficiente en el que podamos expresar cómodamente qué dudas podemos o debemos tener sobre nuestros fines, y discutir y resolver tales dudas[6].

La pretensión de que esta concepción descansa en una visión metafísica falsa y superficial de un agente sin fines profundos[7] no acierta a tomar en serio la consideración de nuestra libertad moral que ofrece. Nada en esa concepción niega los obvios hechos sociales de nuestra crianza, nuestra socialización y las comunidades con las que nos identificamos profundamente; y esa concepción lleva implícita una profunda comprensión de la personalidad humana y de nuestros fines y las maneras en las que nuestros poderes morales prosperan sólo a través del lenguaje y la cultura pública que dan expresión a la vida de la razón. Nuestra libertad moral, en la medida en que la tenemos y la cultivamos, no es una libertad anómica de rechazar o adoptar fines arbitrariamente, sino la libertad de ejercitar nuestros poderes morales apelando a la razón con todo lo que eso implica de perspectiva e imparcialidad sobre nuestros fines[8].

Así entendida, nuestra capacidad para razonar exige, como he sugerido, una política que respete el principio de tolerancia. Tal principio niega que las convicciones de la verdad sectaria *puedan ser forzadas mediante el derecho* (el papel de tales convicciones en la vida privada es, por supuesto, otra cuestión), y, en esa medida, limita la fuerza en la vida política de convicciones que sólo obtienen su fuerza de las certezas de la lealtad e identificación de grupo, las cuales, de acuerdo con la paradoja de la intolerancia, tienden crecientemente a auto-aislarse a sí mismas de la razón cuando están más razonablemente sometidas a dudas internas. Nada en esta perspectiva sugiere que los puntos de vista religiosos o incluso las convicciones acerca de la verdad de las religiones dominantes sean o no razonables, sino solamente que ciertos hechos de psicología política acerca de la naturaleza humana llevan a una suerte de corrupción política de los proyectos religiosos como indagaciones sobre la verdad última; el ejercicio del poder político forzando las visiones de la verdad religiosa tiende a no hacer

---

[6] Para una útil discusión de todos estos puntos, ver Onora O'Neill *Constructions of Reason* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989).

[7] Ver Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits* of *Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982).

[8] Ver, en general, Susan Wolf, *Freedom Within Reason* (New York: Oxford University Press, 1990).

eso sobre la base de la razón. Desde luego, de acuerdo con la paradoja de la intolerancia, precisamente cuando la tradición más pueda necesitar mantener, discutir y resolver dudas razonables sobre su verdad, más tiende a combatir las dudas razonables mediante esas formas despreciables de irracionalismo político ejemplificadas por la historia de la persecución religiosa.

El contractualismo, entendido como un test hipotético hacia la razón en política, debe tender, por la propia naturaleza de su proyecto, a identificar los rasgos más abstractos que caracterizan nuestras facultades morales como agentes raciocinantes. Como la motivación de todo el proyecto es estudiar el grado hasta el que la idea y la práctica de los órdenes jerárquicos de autoridad se ha permitido subvertir nuestros poderes morales de racionalidad y razonabilidad, la reclamación de tales poderes requiere un test exigente de legitimidad política que constriña y limite al poder político, puesto que, a la luz de nuestra experiencia histórica, tenemos buenas razones para creer que requiere limitación para hacer justicia a las demandas razonables de nuestra naturaleza moral. El contractualismo nos ofrece tal test, pidiéndonos que haciendo abstracción de nuestros fines y situaciones particulares cotidianas, pensemos hipotéticamente sobre los rasgos más generales de una vida racional y razonable y sobre qué constricciones sobre la política se requieren para que a todas las personas les sea asegurado el vivir esa vida. Las ideas de bienes o recursos o capacidades generales -tan familiares en la literatura contractualista- son corolarios de dicho test; identifican el tipo de rasgos abstractos de vida que personas razonables, en la situación de elección contractualista, contemplarían como adecuadamente regulados por el principio distributivo de una política justa. El principio de tolerancia es un principio de este tipo, dado que se ocupa de los principios fundacionales que hacen posible tanto una política de razón como una concepción de la comunidad política que dignifica la capacidad de todas las personas para ser agentes morales razonables que se autogobiernan.

TEORÍA DEL RACISMO

La percepción crítica plenamente moderna de los abolicionistas sobre las raíces culturales del racismo (su confusión esencial de la cultura con la naturaleza)[9] se hallaba conectada íntegramente en el núcleo de su crítica a la esclavitud con el argumento en favor de la

[9] Ver, por ejemplo, pág. 11, Pierre L. van den Berghe, *Race and Racism* (New York; John Wiley & Sons, 1967).

tolerancia. Los abolicionistas estaban comprometidos con el derecho de la conciencia moral del Protestante radical, y pusieron en el centro de su crítica de la esclavitud el modo en que ésta dependía de la disminución de la conciencia tanto de los esclavos como de cualquiera que criticara la institución. Ellos comprendieron, como no lo hicieron otros americanos de su generación, la medida en la que la legitimación política de la esclavitud en la América protestante dependía de la asunción de que los negros eran, funcionalmente, el equivalente de lo que la intolerancia agustiniana llamaba herejes culpablemente ciegos. La penetrante visión abolicionista captó una importante verdad sobre los orígenes de la esclavitud en la América colonial, la manera como había sido justificada sobre la base de que los negros eran paganos no-cristianos[10] y el modo en el que esa suposición había sido auto-legitimada por la suposición racista de que los negros carecían de tal modo de capacidad moral que eran como paganos permanentes. El análisis abolicionista del racismo era un análisis cultural de cómo la naturaleza particularmente onerosa de la esclavitud americana (prohibiciones de leer y escribir, de organización religiosa y de matrimonio, y limitaciones y eventuales prohibiciones de manumisión)[11] y las formas asociadas de discriminación racial contra los negros libres del norte habían producido socialmente la imagen de incapacidad negra que justificaba ostensiblemente su status permanente de paganos (fuera de la comunidad capaz de libertad moral cristiana). Para los abolicionistas, coherentemente con el argumento en favor de la tolerancia, la esclavitud y la discriminación eran formas de persecución religiosa, social, económica y política motivadas por una concepción políticamente protegida de la incapacidad negra que imponía su propia concepción de la verdad tanto contra criterios de investigación razonable como contra las capacidades de razonabilidad de negros y blancos que pudieran desafiar esa concepción. Una concepción de la unidad política, sujeta a dudas razonables

---

[10] Ver págs. 56, 65, 91-98, Winthrop D. Jordan, *White over Black: American Attitudes toward the Negro*, *1550-1812* (New York: W. W. Norton, 1977); págs. 328-32, Edmund S. Morgan, *American Slavery American Freedom* (New York, W. W. Norton, 1975).

[11] Sobre los rasgos especiales de la esclavitud americana, en contraste con cualquier otra, ver Stanley M. Elkins, *Slavery*, 3.ª ed. revisada (Chicago: University of Chicago Press, 1976); Kenneth M. Stampp, *The Peculiar Institution* (New York: Vintage, 1956); Eugene D. Genovese, *The World the Slaveholders Made* (Middletown, Conn.: Wesleyan University Press, 1988); John W. Blassingame, *The Slave Community*, 2.ª ed. (New York: Oxford University Press, 1979); Carl N. Degler, *Neither Black nor White* (Madison, Wis.: University of Wisconsin Press, 1986); Peter Kolchin, *Unfree Labor: American Slavery and Russian Serfdom* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987).

acerca de su fundamento y méritos, había resuelto irrazonablemente sus dudas mediante las certidumbres irracionales y racistas de la solidaridad grupal sobre la base de una injusta subyugación de grupo. Frederick Douglass, el líder abolicionista negro, lo planteó enérgicamente:

> «La ignorancia y la depravación, la incapacidad para elevarse desde la degradación a la civilización y la respetabilidad, son las alegaciones más usuales contra los oprimidos. Los males más fomentados por la esclavitud y la opresión son precisamente aquellos que los esclavistas y los opresores trasladan desde su sistema al carácter inherente de sus víctimas. Así los propios crímenes de la esclavitud se transforman en la mejor defensa de la esclavitud. Haciendo del esclavizado un carácter sólo idóneo para la esclavitud se excusan a sí mismos por rehusarse a hacer del esclavo un hombre libre»[12] Los abolicionistas estaban, desde luego, familiarizados con los previos argumentos de la naciente «ciencia» americana de la etnología que apelaba a presuntas diferencias físicas entre el tamaño del cerebro, etc... entre negros y blancos para argüir en favor de diferencias en su capacidad[13]. La Etnología apelaba al respeto protestante por la experiencia y el método científico, y como es natural, era cultivada y usada intensamente por los sureños para sugerir que las suposiciones racistas no eran irrazonables tal y como lo habían sugerido los abolicionistas[14]. Pero, incluso en el relativamente incoherente estado de las ciencias humanas en este período, abolicionistas como James Russell Lowell[15], Frederick Douglass[16], y Charles Sumner[17], cuestionaron tanto la validez del enfoque general, su interpretación de los datos y su ignorancia de otras evidencias, como el que dejaran de tomar en serio las ideas morales[18] y la importancia de la cultura para las ciencias humanas[19]. Para los abolicionistas la ética era, como hemos visto, una apelación íntima a un igual respeto abstracto por los poderes morales de todas las

---

[12] Pág. 295, «The Claims of the Negro Ethnologically Considered», en Philip S. Foner, ed. *The life and Writings of Frederick Douglass,* vol. 2 (New York: International Publishers, 1975).

[13] Para un buen estudio general, ver William Stanton, *The Leopard's Spots: Scientific Attitudes Toward Race in America 1815-59* (Chicago: University of Chicago Press, 1960).

[14] Ibídem.

[15] Ver «Ethnology», págs. 26-32, vol. 11, *Anti-Slavery Papers of James Russell LoweIl.*

[16] Ver ob. cit. en nota 16, págs. 289-309.

[17] Ver «The Question of Caste», págs. 131-183, *Charles Sumner: His Complete Works*, vol. XVII (New York: Negro Universities Press, 1969).

[18] Ver Douglas, *op. cit.,* págs. 292, 307-08; Sumner, *op. cit.,* págs. 138-9.

[19] Ver, especialmente, Douglas, *op. cit.,* págs. 304-06.

personas, y su interpretación de este ideal moral a la luz del argumento en favor de la tolerancia les llevó a ser los únicos en su generación que sospecharon y cuestionaron negaciones de la capacidad moral como esas de los etnólogos que tan irrazonablemente confundían los resultados de una cultura corrompida con la naturaleza[20].

El argumento anti-racista abolicionista sobre la falta de razonabilidad de la exclusión de los negros de la comunidad política americana fue planteado con frecuencia de un modo que lo conectaba directamente con la teoría política lockeana del constitucionalismo americano. Theodore Weld señaló esto tan convincentemente como nadie en su *American Slavery as It is:* el objetivo lockeano de una sociedad política legítima es la mejor protección de los derechos naturales iguales de todos y coherentemente la justa distribución de los beneficios y cargas de la vida política; pero los negros, que han sido excluidos sin razón de la comunidad política americana, han soportado grandes cargas de contribución a la vida americana, pero no han recibido el correspondiente respeto por sus derechos o atención a sus intereses; la justicia exige que les sea acordada una igual protección de sus derechos por la ley[21]. La inclusión de los negros en la comunidad política americana es una exigencia mínima de los principios básicos de legitimidad política de la sociedad.

Una indicación asombrosa de la revolución moral en la opinión pública americana operada por la guerra civil es que los argumentos de los abolicionistas, contemplados como marginales y radicales en el período anterior a la guerra, articularon los principios básicos que el Congreso de Reconstrucción incorporó a las enmiendas de Reconstrucción. El fuerte contraste entre la contribución negra a la guerra civil y los intentos intransigentes del Sur de devolver a los liberados al equivalente funcional de la esclavitud permitieron que el liderazgo del Partido Republicano en el Congreso forjara una opinión pública en la nación -a despecho de un presidente que se resistía- que mantenía los principios centrales de las enmiendas de Reconstrucción: una ciudadanía nacional de iguales derechos se extendía a todos los americanos nacidos en los Estados Unidos (anulando *Dred Scott*), los derechos humanos básicos se extendían a todos los ciudadanos y tales derechos eran objeto de un apoyo nacional frente a los estados, a todas las personas se les garantizaba igual protección e iguales derechos políticos eran extendidos a los americanos negros. En efecto, los negros americanos

---

[20] Para el desarrollo posterior de esta visión en la teoría social americana, ver Carl N. Degler, *In Search of Human Natura* (New York: Oxford University Press, 1991).

[21] Ver págs. 150-15 1.

son incluidos en la comunidad política americana sobre la base de principios que les garantizan la igual protección de sus derechos humanos básicos. La visión abolicionista de la igualdad de derechos había sido hecha realidad.

Por supuesto que no se hizo realidad. Un Presidente de la exquisita destreza política y moralidad de principios de un Lincoln podría haber tenido alguna oportunidad de llevar a la nación (Norte y Sur) a algún consenso duradero de principio sobre el respeto a los derechos constitucionales de los negros americanos[22], pero Andrew Johnson carecía tanto de destreza como de principios, y polarizó tanto a la nación que «el Sur se unió (en el racismo) como no había estado unido en la esclavitud»[23]. Los principios de las Enmiendas de Reconstrucción sólo podrían, en tales circunstancias, haber sido impuestos por un compromiso permanente del Norte con el continuo reforzamiento federal de los derechos constitucionales en el sur, pero el compromiso cesó en 1877[24]. El poder judicial federal amputó virtualmente algunos de los principios centrales de las Enmiendas de Reconstrucción (especialmente con su estrecha construcción de la cláusula de Privilegios e Inmunidades de la Enmienda Decimocuarta y de la acción del estado bajo la cláusula de Igual Protección de esa enmienda), y en *Plesssy versus Ferguson*[25], bajo la influencia de la ciencia social racista dominante en los últimos años del siglo XIX, se abandonó la interpretación abolicionista antirracista de la cláusula de Igual Protección. La consecuencia fue, en el Sur Americano, una cultura política en la que una ideología racista de supremacía blanca se atrincheró a sí misma en el poder político excluyendo a los negros americanos de la política (en clara violación de la Enmienda Decimoquinta), y, mediante la segregación, excluyéndoles del igual respeto por sus derechos por parte de los estados. La identidad política del Sur como comunidad se inmunizó a sí misma irrazonablemente frente a la discusión rigurosa de su mayor perversión»[26]; y coherentemente con la paradoja de la intolerancia, tal fracaso de la razón se alimentó ulteriormente en el irracionalismo político de la subyugación racista de sus víctimas. Las consecuencias

---

[22] Ver La Wanda Cox, *Lincoln and Black Freedom* (Urbana: University of Illinois Press, 1985).

[23] Pág. 166, C. Vann Woodward, «*Emancipations and Reconstructions: A Comparative Stydy*», op. cit.

[24] Ver C. Vann Woodward, *Reunion and Reaction: The Compromise of 1877 and the End of Reconstruction* (New York: Oxford University Press, 1966).

[25] Ver Charles A. Lofgren, *The Plessy Case* (New York: Oxford University Press, 1987).

[26] Ver W. J. Cash, *The Mind of the South* (New York: Vintage Books, 1941).

para la nación en sentido amplio se dejaron sentir no sólo en los aspectos racistas de la política exterior americana, sino también en las restricciones racistas a la inmigración de asiáticos y, tras la primera guerra mundial, de europeos del sur y del este. Si en este período la raza y la cultura estuvieron tan irrazonablemente confundidas, no es sorprendente que la intolerancia americana, en la medida permitida por la traición a los principios constitucionales, habría de volverse de los negros a los asiáticos no cristianos, a los católicos latinos o los judíos eslavos, cuyas culturas aparecían, a los ojos de la opinión pública nativista americana y protestante, tan inferiores y (equiparando cultura y raza), por eso mismo, pobladas por gentes racialmente inferiores. Pero volvamos la vista, como es natural, a esos fenómenos europeos comparables que la erosión americana de sus ideales constitucionales durante este período tan claramente reflejó y de los que en alguna medida tomó inspiración.

Si la política americana está durante este período preocupada por la cuestión de incorporar a los esclavos negros emancipados a la comunidad política, la cuestión política comparable con ella en Europa está enmarcada por la emancipación de los judíos, poderosamente impulsada por los principios del pensamiento ilustrado incorporados a la Revolución Francesa[27] frente al trasfondo del viejo antijudaísmo y antisemitismo que antes discutimos. En el período medieval, tanto la expulsión de los judíos como su segregación fueron justificadas sobre la base de que eran, legítimamente, los siervos o esclavos de los príncipes cristianos a causa de su negativa culpable a adoptar las creencias cristianas[28]; indudablemente la segregación de las comunidades judías de la vida, ocupaciones y responsabilidades de las comunidades cristianas -operada, como lo era, para estigmatizar su culpabilidad- creó una imagen cristiana de la cultura judía como cultura inferior, el tipo de degradación cultural que formó, como hemos visto en el caso de los negros americanos, el contexto del racismo americano. Como veremos ahora, también era parte del trasfondo histórico de la moderna forma europea de racismo que llamamos antisemitismo.

El moderno antisemitismo europeo, llamado algunas veces por sus estudiosos antisemitismo anticristiano[29], surge en el contexto de la tensa relación entre los emergentes principios europeos de los derechos humanos universales, patrocinados por la Revolución Francesa, y las luchas del siglo XIX por un sentido de identidad y autodeterminación

---

[27] Ver Arthur Hertzberg, *The French Enlightenment and the Jews* (New York: Columbia University Press, 1990).

[28] Ver págs. 156-7. Langmuir, *Toward a Definition of Antisemitism.*

[29] Ver, en general, Uriel Tal, *Chistians and Jews in Germany,* Noah Jonathan Jacob (trad.) (Ithaca; Cornell University Press, 1975).

nacional; cuando la Revolución Francesa tomó la forma de revolución mundial napoleónica, esas fuerzas se hicieron fatalmente contradictorias. La emancipación de los judíos tuvo lugar fatalmente en este tenso ambiente y devino, con el tiempo, su más terrible víctima. Los judíos, cuya emancipación fue patrocinada por la apelación a derechos humanos universales, fueron identificados con una cultura hostil a la emergencia de la auto-determinación nacional. Sus mismos intentos de asimilación a esta cultura eran, desde esta perspectiva, signos de su degradada incapacidad para la verdadera cultura nacional.

Las luchas por la identidad nacional en la Europa del siglo XIX -contra, por ejemplo, el trasfondo de las balkanizadas principalidades alemanas, los reinos italianos y la dominación imperialista por no-alemanes y no-italianos- no eran, por supuesto, luchas religiosas; de hecho muchas de ellas eran conscientemente seculares en su naturaleza y algunas profundamente antirreligiosas (así, el antisemitismo anticristiano alemán). La religión no era de ordinario la voz de llamamiento de la identidad nacional, pero sí lo era la cultura -la cultura entendida a menudo en términos de unidad lingüística como base de una más grande y última unidad nacional (así, en el pangermanismo). La unidad nacional, particularmente en Alemania, fue progresivamente identificada con la forja de una ortodoxia cultural centrada en la pureza de la lengua alemana, sus viejos mitos «arios»[30], su alta cultura. La unidad cultural no es, por definición, una base ilegítima para la unidad nacional; una cultura política comprometida con el pluralismo y los derechos humanos universales puede, por ejemplo, ser legítima, incluso altamente deseable y éticamente valiosa. Pero la búsqueda de la unidad cultural en Europa había surgido en parte como reacción a la interpretación francesa imperialista y asimilacionista de los derechos humanos universales, y esa historia invitaba a la búsqueda de un concepto alternativo, lingüística y culturalmente orientado, de la unidad nacional. Pero la unidad cultural -cuando es expresamente hostil a los derechos humanos universales así como a tradiciones religiosas universalistas (considérese el impacto de Nietsche, cualquiera que fueran sus intenciones) asociadas con el mantenimiento de un compromiso público con los derechos humanos- es una base inestable, altamente infundada y éticamente regresiva, para la unidad nacional. De hecho, puede articular y afirmar sus valores positivos -a veces muy escasamente razonables- sólo por la fuerza de una reacción mortífera contra sus imaginarios enemigos espirituales; y es del todo cómodo históricamente identificar

[30] Para un soberbio tratamiento, ver Leon Poliakov, *The Aryan Myth: A History of Racist and Nationalist Ideas in Europe.* Edmund Howard trad. (London: Sussex University Press, 1971).

esos enemigos con los judíos, una minoría cultural altamente vulnerable e históricamente estigmatizada: algo así como, el caso paradigmático de herejía cultural. En el caso alemán, en el que había poco trasfondo histórico sólido y humano de unidad nacional sobre el que construir (la Italia de Mussolini, en contraste, tenía la historia de la tolerancia pluralista romana de los judíos para inspirarse en la censura del verdadero antisemitismo alemán de Hitler)[31], los valores estéticos románticos dominaron progresivamente sobre los valores éticos. Richard Wagner, una influencia grande en el desarrollo del antisemitismo alemán, consideraba así, absurdamente, su genio artístico (difícilmente, en su caso, confundible con su sentido moral) como algo suficiente para autorizarlo a articular, como un líder moral profético tipo Lincoln, una visión ética para el pueblo alemán en el mito ario incorporado en *Parsifal*, una sorprendente confusión de las categorías del liderazgo estético y ético que refleja la crisis subyacente en la cultura ética y política[32]. Hitler iba, por supuesto, a pretender que la espada del fascismo había sido forjada en Bayreuth.

Estas fatales confusiones son brillantemente diseminadas en el inmensamente influyente libro de Houston Chamberlain *The Foundations of the Nineteenth Century*[33], una obra muy admirada por Hitler. Chamberlain, yerno de Wagner, ofrece una historia cultural del mundo en la que la cultura aria es el depósito y vehículo de todo valor y los judíos, como racionalistas carentes de imaginación creativa, la personificación del valor negativo. En efecto, Chamberlain hace una llamada a una ortodoxia cultural impuesta políticamente y que se centra en la cultura aria contra la corruptora cultura no-aria (judía). El argumento de Chamberlain ejemplifica claramente la paradoja de la intolerancia: admite que hay razonables dudas científicas sobre la equiparación de lenguaje y raza (que subyace a su tesis), pero resuelve esas dudas mediante una apelación a una certidumbre expresiva del irracionalismo político de la voluntad:

> «Aunque fuera probado que nunca hubo una raza aria en el pasado, deseamos sin embargo que en el futuro pueda haber una. Este es el decisivo punto de vista para la acción de los hombres»[34].

---

[31] Ver pág. 70. Poliakov, *The Aryan Myth.*

[32] Ver Leon Poliakov, *The Aryan Myth; The History of Antisemitism*, vol. III, cap. 11. Sobre el conjunto de creencias realmente confuso de Wagner, ver Jacob Katz, *The Darker Side of Genius* (Honover: University Press of New England, 1986).

[33] Houston Stewart Chamberlain, *The Foundations of the Nineteenth Century,* trad. de John Lees (London: John Lane, 1911) 2 vols.

[34] Pág. 266, n., *ibid*., vol. I.

Jesús de Nazaret, a quien Chamberlain pretende admirar mucho, debe ser, por supuesto, un no-judío, un ario de hecho. Estamos en el país de la ilusión donde los deseos se hacen mágicamente realidad.

Es un síntoma del papel progresivamente dominante del irracionalismo político en el racismo moderno el que Chamberlain deba dar una interpretación racial de un argumento esencialmente cultural precisamente en un momento en el que tales puntos de vista, como él reconoce, estaban bajo examen y crítica entre los estudiosos del lenguaje o, más generalmente, de la cultura. Franz Boas, un antropólogo y judío alemán que emigró a Estados Unidos, donde se transformó en un arquitecto central de las modernas ciencias humanas de la cultura, había empezado a desenmascarar seriamente las suposiciones raciales de la antropología europea y americana tan temprano como en 1890[35]. De un modo que no había sucedido cuando los etnólogos americanos escribían, la teoría racial estaba ahora bajo un duro ataque como científicamente infundada. Pues bien, es en este preciso contexto en el que al creciente irracionalismo del pensamiento racial le fue dada su más amplia y peligrosa expresión política en la legitimación de la forja de una nueva concepción de la base de la unidad e identidad política.

Las consecuencias malignas de la dinámica de tal irracionalismo cuando es real y seriamente uncido a un poder político agresivamente hostil a los derechos humanos, se desplegaron completamente en la historia del moderno antisemitismo político[36]. Los líderes políticos obtienen o mantienen apoyo político populista para gobiernos que violan los derechos humanos y cuya legitimidad está, por ello, en duda, mediante la apelación a temores racistas como base de la unidad nacional, incluyendo la patente distorsión y falsificación de hechos que, de acuerdo con Chamberlain, inspiran la voluntad nacional con irrazonable certidumbre (por ejemplo, el asunto Dreyfus en Francia, y los Protocolos de los Sabios de Sión en la Rusia Imperial)[37]. En el mundo alemán el antisemitismo político se transforma, como Hitler vio y

---

[35] Ver Franz Boas, «Human Faculty as Determined by Race», págs. 221- 42, en George W. Stocking Jr. ed. *A Franz Boas Reader* (Chicago: University of Chicago Press, 1974), publicado originalmente en American Association for the Advencemente of Science, *Proceedings* 43 (1894): 301-27. Para una expresión más completa de los puntos de vista de Boas, ver Franz Boas, *The Mind of Primitive Man* (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1963) (1.ª ed. publicada, 1911). Sobre la influencia crítica de Boas sobre la moderna teoría social, ver George W. Stocking, *Race, Culture and Evolution* (New York: The Free Press, 1968) Carl J. Degler, *In Search of Human Nature* (New York: Oxford University Press, 1991).

[36] Ver, en general, el magistral trabajo de Leon Poliakov, *The History of Anti-Semitism,* 4 vols.

[37] Ver, Leon Poliakov, *The History of Anti-Semitism*, vol. IV.

comprendió claramente, en el núcleo mismo del éxito de la política nazi en una nación humillada por las triunfantes democracias en la Primera Guerra Mundial[38], y los criterios razonables de discusión y debate sobre temas de raza y derechos humanos son brutalmente suprimidos en virtud de una pseudociencia de la raza promocionada por el gobierno e impuesta por el terror totalitario[39]. El Nazismo, por supuesto, estaba conscientemente en guerra con la idea y la práctica de los derechos humanos, incluidas las instituciones del gobierno constitucional basadas en la construcción de una política de raciocinio público que respetase los derechos humanos[40]. Su política de solidaridad grupal artificialmente construida sobre el mito, el ritual y la pseudociencia, al carecer en absoluto de base en la razón pública, se vio empujada, por la dinámica interna de la paradoja de la intolerancia, a manufacturar una base de unidad en una irracionalista voluntad de creer en los fantasmagóricos males degradados de los judíos. La construcción social del racismo es llevada en la política Nazi a sus extremos más irracionalistas e inmorales porque la base de la unidad de la política Nazi es una solidaridad social de sinrazón política.

CONCLUSIONES

La preocupación moderna por la idea y la práctica política de los derechos humanos hizo surgir el argumento en favor de la tolerancia en base al cual sus principales defensores razonaron en favor y pusieron en práctica la tolerancia universal (la emancipación de los judíos) y la abolición de la esclavitud (la emancipación de los negros). El mal político del racismo moderno debe ser entendido como una reacción a las demandas de tolerancia y derechos humanos, en particular como una reacción a la inclusión de grupos cuyos derechos habían sido injustamente denegados. Las diferencias culturales (en la medida que existen) de aquellos grupos respecto de la dominante ortodoxia cultural, que son con frecuencia el producto de una historia de subyugación, son hipostasiadas proyectivamente en unas diferencias raciales naturales que son la base para los intentos de excluirlos de la comunidad política, llegando en el peor extremo al genocidio. Tanto el racismo americano como el moderno antisemitismo europeo son violaciones centrales de

---

[38] Ver Peter Pulzer, *The Rise of Political Anti-Semitism in Germany and Austria,* rev. ed. (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1988); Jacob Katz, *From Prejudice to Destruction* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980).

[39] Ver, en general, Hannah Arendt, *The Originds of Totalitarianism* (New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973).

[40] Ver Hannah Arendt, nota anterior.

la exigencia de igual protección que se debe a todas las personas sometidas al poder político legítimo; igual protección de sus derechos inalienables y cuidado imparcial de sus intereses. Ambos son intentos injustos de excluir a ciertos grupos del alcance de esa exigencia a través de una quiebra de la razón pública que ha sido puesta en claro por la importancia seminal del argumento en favor de la tolerancia en el moderno constitucionalismo. El moderno racismo de Europa y América está enraizado en una de las más arteras y autoengañosas evasiones de la naturaleza humana con respecto de las responsabilidades morales de la cultura política liberal. A la luz de la historia que he discutido, debe ser una preocupación central de los presentes gobiernos constitucionales elaborar nuevas formas de principios constitucionales que reconozcan y remedien las corruptibilidades del poder político, incluyendo el poder político democrático, a la luz de la razón política. Si el gobierno constitucional es, como observó Madison, la más grande de las reflexiones de la naturaleza humana en la política, los constitucionalistas de hoy deben reflexionar sobre lo que hemos aprendido de la experiencia acerca de las consecuencias de nuestros errores de principio y nuestras responsabilidades para construir, elaborar e imponer doctrinas de igual protección adecuadas a nuestras necesidades morales y políticas.

Tanto los Estados Unidos como Europa ilustran las malignas consecuencias de un compromiso inestable y falto de fundamento con los derechos humanos como base en principio de la unidad nacional. Una base irrazonable para la unidad nacional es buscada en una ortodoxia cultural dominante, y las dudas razonables sobre dicha ortodoxia son resueltas mediante la supresión de las culturas diferentes y mediante los intentos irracionalistas de imponer falsas certidumbres que hacen de las culturas diferentes de la ortodoxia una base natural para la exclusión de la comunidad política. El argumento en favor de la tolerancia empieza con la desconfianza hacia las apelaciones a las estructuras naturales de autoridad que frustran los poderes morales de autogobierno de la gente; el argumento exige hoy, como cuestión de principio, una continua preocupación por la impactante forma moderna de ese mal político, el racismo, que surge, como el genio mato de la sinrazón, en reacción contra lo que parecen ser las más grandes victorias de la razón política.

El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable

1. Introducción

1.1.

Para empezar esta pequeña contribución a un tema tan importante como el de la tolerancia, analizaré brevemente el verbo «tolerar» y los adjetivos «tolerante» e «intolerante», con el fin de llegar al *significado,* a una definición del término «tolerancia», o a la determinación del concepto de tolerancia. Antes, empero, es preciso ser consciente de la *fuerza,* tanto *ilocutiva* como *perlocutiva*, de algunos actos lingüísticos: actos mediante los cuales se reclama tolerancia y actos mediante los cuales se predica la tolerancia de un sujeto[1].

Así, pues, en primer lugar tomaré en consideración un contexto reivindicativo, expresado de forma paradigmática en el enunciado

1. «*S debe tolerar a X*»,

y, después, los *contextos asertivos*, expresados paradigmáticamente en los enunciados

2. «*S es tolerante*»
3. «*S es intolerante*»
4. «*S tolera a X*»
5. «*S no tolera a X*»

[1] Para la distinción entre significado y fuerza, así como entre fuerza locutiva, ilocutiva y perlocutiva de un acto lingüístico, ctr. J. L. Austin: *How to Do Things with Words*, Second Edition, J.O. Urmson and M Sbisa editors, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962, Lecture VIII, pp. 94-108. Vease en p. 101-2 esta distinción: «Acto locutivo: me dijo «mátala»; acto ilocutivo: me ordenó matarla; acto perlocutivo: me persuadió para que la matase».

1.2.

¿Qué informaciones mínimas transmite el enunciado 1.? ¿Qué contenidos comunica a quien no haya adquirido ningún conocimiento acerca de la situación particular, o contexto extralingüístico, en el cual, y con referencia al cual, tiene lugar el enunciado?

Como respuesta, pienso que hay que subrayar que, con el enunciado 1., X se coloca en la esfera de lo que es (o se piensa que es) distinto de S; entre tanto que el autor del propio enunciado se coloca más de la parte de S que de X: hasta llegar a identificarse con S (o, en el caso de que S sea un conjunto y no un individuo, colocándose en el ámbito de S, pero presumiblemente en un sector particular de S, el que mantiene las mejores relaciones con X). De hecho, no se tiende a suponer que alguien pide ser tolerado; más bien se supone que alguien desea ser llamado tolerante; y, por tanto, o manifiesta su empeño en ser (o convertirse en) tolerante, o dirige la invitación al todo del que se considera parte para que sea tolerante.

De lo anterior se sigue que el receptor de la comunicación del enunciado L, se inclinará a pensar que, al menos en opinión del autor del enunciado, S, al tolerar a X, pasará a ser, en algún sentido, mejor.

Respondería, pues, a la primera pregunta sugiriendo que el enunciado 1., comunica, *por presuposición,* la alteridad *[l'estraneità],* que es una forma, aunque débil, de disvalor de X: alteridad desde el punto de vista de S y/o desde el punto de vista del autor del enunciado; al
tiempo que comunica, *por implicación,* el valor para S de su tolerancia hacia X.

1.3.

Paso, así, al examen de los contextos asertivos, tanto de contextos en los que la tolerancia se atribuye o se reconoce independientemente de circunstancias específicas y/o de objetos específicos, como de contextos en los cuales la tolerancia se atribuye o se reconoce en referencia a circunstancias específicas y/o a objetos específicos. Así, ¿qué *se hace* cuando *se dice*

2. *«S es tolerante»*
3. *«S es intolerante»*
4. *«S tolera a X»*
5. *«S no tolera a X»?*

A esta segunda pregunta debe responderse que los enunciados 2. y 3. seguramente se entienden como juicios de valor, pero no así los enunciados 4. y 5.

Con 2. se quiere expresar generalmente un juicio de valor positivo en relación a S; con 3., un juicio de valor negativo en relación al mismo S. Debe subrayarse que no se trata de expresiones elípticas, ya que ambos juicios tienen sentido perfectamente aún sin la indicación del objeto o de los objetos tolerados (y, respectivamente, no tolerados) o considerados tolerables (y, respectivamente, intolerables).

Diciendo 4. y 5., en cambio, se puede, según el contexto, la intención y la situación, expresar un juicio de mero hecho, o un juicio de valor en relación a S; y, en la segunda hipótesis, cuál sea en cada uno de los dos casos el signo (positivo o negativo) del juicio de valor expresado, dependerá, además del valor que se atribuya o reconozca a X, también de factores diversos, que en cualquier caso enunciados como 4. o como 5. no especifican mínimamente. Esto significa que el juicio de valor, positivo en relación a la *tolerancia* y negativo en relación a la *intolerancia,* no se transfiere tal cual sobre *tolerar* y sobre *no tolerar.*

1.4

De este análisis de contextos, de este primer paso, obtengo el siguiente concepto de tolerancia, o definición del término «tolerancia»:

«Tolerancia es

(1) la actitud de individuos o grupos -sólo por metonimia puede predicarse de normas o de sistemas normativos-

(2) que consiste en relacionarse con otros (es decir, con individuos o conjuntos de individuos distintos o con expresiones y manifestaciones de individualidad percibidas como distintas -con sus comportamientos, actitudes, hábitos, creencias, opiniones, estilos de vida-).

(3) de un modo que se considera positivo genéricamente, pero no indiscriminadamente (o sea no cualquiera que sea el objeto sobre el que se declara),

(4) y que consiste en no asumir la diversidad (la alteridad *[alteritá]*) como un disvalor, en no negarla o rechazarla sólo porque sea tal;

(5) en cambio, no es elemento constitutivo del concepto, más allá de la caracterización *negativa* señalada en el punto (4), ninguna determinación *positiva* acerca del modo en que la actitud tolerante se desarrolle o manifieste».

Del concepto de tolerancia así establecido, destacaré -entre los múltiples que se podrían destacar- tres elementos constitutivos, que pienso pueden darse por adquiridos a estas alturas de la investigación,

y a partir de los cuales intentaré construir la concepción de la tolerancia que es en mi opinión la mejor, sobre la base de los criterios que explicitaré[2].

Antes, sin embargo, hay que delimitar el ámbito de la investigación: restringiré mi argumentación, y por tanto la concepción que voy a proponer, únicamente a la tolerancia llamada *vertical*. Es decir, tomaré en cuenta, de entre los individuos o conjunto de individuos de los que se puede predicar la tolerancia, exclusivamente aquellos dotados de alguna forma de poder visible y reconocido sobre los individuos respecto a los cuales (o respecto a cuyos comportamientos, actitudes, estilos de vida, opiniones, etc.) se declara la tolerancia o la intolerancia. La otra tolerancia, la tolerancia *horizontal,* no es evidentemente alternativa, sino complementaria a ésta, por lo que estaría fuera de lugar aquí hablar de *concepciones;* esta delimitación se aconseja simplemente por razones contingentes: por la imposibilidad de agotar, ni siquiera tocar en tan breve espacio, la variedad de problemas ligados al tema de la tolerancia[3].

Por tanto -retomando el discurso- los tres elementos constitutivos del concepto de tolerancia sobre los que me basaré en lo que sigue son:

a) Que el objeto en relación al cual se reclama el ejercicio de tolerancia es siempre, aunque sea muy débilmente, cargado de disvalor.

---

[2] Para la distinción entre concepto y concepción es útil la distinción entre *«noción»* y *«concepción»* desarrollada por Ch. Perelman en «De la justice» (1945), in Ch. Perelman: *Justice et raison,* Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1963, pp. 9-80. En la p. 21: «Pour qu'une analyse logique de la notion de justice puisse constituer un progrès incontestable dans l'éclaircissement de cette idée confuse, il faut qu'elle parvienne à decrire d'une taçon précise ce qu'il y a de commun entre les conceptions opposées de la justice». Entre los autores que han utilizado esta distinción (prescindiendo de la influencia perelmaniana, que en algunos casos podría haberse dado a través de *The Concept of Law* de H.L.A. Hart-pero este no es el momento para tratar de documentarlo), cfr. W.B. Gallie: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of Aristotelian Society,* 1955-56, vol. 56, pp. 167-198; J. Rawls, *A Theory of Justice,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, pp. 4-5 y p. 10; R. Dworking: *Taking Rights Seriously,* London, Duckworth, 1977, p. 103 y pp. 134-136; Ch. Swanton: «On the Essential Contestedness of Political Concepts», Ethics, 1985, vol. 95, n. 4, pp. 811-827; R. Dworkin: *Law's* Empire, London, Fontana Press, 1986, pp. 70-72 y pp. 90-101; P. Westen: *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of Equalúy in Moral and Legal Discourse,* Princeton, Princeton University Press, 1990, pp.XVIII-XIX, pp. 48-49 y p. 124.

[3] Para la distinción entre tolerancia horizontal y vertical, ctr. E. Garzón Valdés: «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», *Claves de razón práctica,* 19, Enero-Febrero 1992, pp. 16-23. Garzón llama «vertical» a la tolerancia que presupone una relación de subordinación y «horizontal» a la que no la presupone.

b) Que la tolerancia se valora siempre positivamente y la intolerancia negativamente.

c) Que no se atribuye la calificación de intolerante a todo aquel que no tolere a cualquiera; o sea, que se asume la legitimidad del juicio de intolerabilidad.

2. Tres puntos de partida

2.1.

El primer elemento, no particularmente original, puede considerarse trivial y por tanto legítimamente pertinente al *concepto* de tolerancia, y no a una peculiar *concepción* de la misma, sólo si la connotación de valor negativa de la que se habla, no se entiende como más fuerte de aquella intrínseca al concepto de «alteridad» *[«estraneità»]*. Se habrá notado que en el tratamiento precedente, con el fin de caracterizar el objeto de la tolerancia, el objeto a tolerar, he pasado del uso del término *«otro»,* a través del uso del término *«distinto»,* al del término *«extra*ño»[4]; no lo he hecho de forma inadvertida o inocente: lo he hecho para que apareciera con la mayor fuerza posible lo que de negativo -que lo sea mucho o poco aquí no importa, ya que depende precisamente de las *concepciones*- contiene el propio concepto de *otro*. Pero en aquel momento de la investigación, no habría podido hacer más que caracterizar como *extraño* el objeto tolerado.

Hacer algo más, es decir, caracterizar resueltamente el objeto de la tolerancia como mal, o como amenaza (o como aquello, aquel, o aquellos que se perciben como mal o amenaza), constituye un paso, aunque frecuente, muy comprometido hacia una particular concepción de la tolerancia; paso que personalmente siento que debo dar, pero, al mismo tiempo, siento también que no debo esconder su importancia. Por eso hay que distinguir entre «tolerancia» e «indiferencia»[5], así como

---

[4] Tanto *«estraneità»,* como *«alterità»* se han traducido por «alteridad» porque el castellano carece de una sustantivación propia del adjetivo «extraño». No obstante, no parece haber mayores dificultades para comprender el texto [N. del T.].

[5] Se trata de una conocida distinción, pero en absoluto pacífica. Con la misma se abre, por ejemplo, la voz «Toleration» de la *Encyclopedia of Philosophy.* «Toleration is a policy of patient forberance in the presence of something which is disliked or disapproved of. Toleration must thus he distinguished from freedom or liberty, because it implies the existence of something believed to be disagreable or evil» (M. Cranston: «Toleration», in P. Edwards (ed.), *Encyclopedia of Philosophy,* vol. 8, London-New York, Macmillan, 1967, pp. 143-146, cita de p. 143). A título de ejemplo, además, puede mencionarse el siguiente pasaje: «To be tolerant involves the acceptance of

entre «actitud tolerante» y «escepticismo»[6]; fijar las dos distinciones (que evidentemente no deben confundirse)[7] comporta las opciones que se explicitarán.

Mi posición en esta sede es que distinguir entre tolerancia por un lado, e indiferencia y escepticismo por otro, impide ocultar que la tolerancia tiene costes que pueden ser muy elevados. En consecuencia, impide aceptar un planteamiento del tema susceptible de volver del todo inofensivo (para S) y del todo inútil (para X) el requerimiento de que S tolere a X, de neutralizar sustancialmente la *carga valorativa* del juicio «S tolera a X», y, por consiguiente, la fuerza del acto lingüístico «S debe tolerar a X»[8]. Como ya se ha dicho, asumir una concepción de la tolerancia no indiferentista ni escéptica, no requiere pensar que el juicio de valor negativo sobre el objeto a tolerar sea realizado *necesariamente* por quien se pronuncia y/o se afana en favor de la tolerancia. De todos modos, ya hemos visto que está comprendido en el *concepto* de tolerancia el que aquél tenga relaciones privilegiadas con S. Por lo que hace a las *concepciones*, podemos añadir que es necesario que

differences *that really matter to you.* If you do not care about people's conduct and preferences, then you are not tolerant in allowing them to do what they want, you are merely indifferent. Indifference and toleration should he clearly distinguished» (A. Weale: «Toleration, Individual Differences and Respect for Persons», in J. Horton and S Mendus (eds.), *Aspects of Toleration,* London-New York, Methuen, 1985, p. 16, cursiva mía). Dicho esto, no cabe olvidar que la acusación de indiferencia dirigida al tolerante es la defensa típica del intolerante: Cfr. N. Bobbio: «Le ragioni della tolleranza», in N. Bobbio, *L'età dei diritti,* Torino, Einaudi, 1990, pp. 235-252, donde en la p. 237 se recuerda el aserto de B. Croce, según el cual los tolerantes «no siempre fueron los espíritus más nobles y heroicos. A menudo fueron los retóricos y los indiferentes. Los espíritus vigorosos mataban y se hacían matar» (B. Croce: *Pagine sparse,* Napoli, Ricciardi, 1943, vol. 11, p. 247).

[6] Esta distinción tiene un sentido diferente de la anterior, si bien ambas están conectadas. Tiene que ver con la problemática específica de la *justificación* de la tolerancia en el campo específico de la manifestación del pensamiento; quiere destacar -contra una extendida opinión- que el escepticismo no es condición necesaria ni suficiente de la tolerancia de las opiniones más dispares.

[7] No deben confundirse porque el escéptico puede ser totalmente indiferente respecto de la actitud, opinión, principio de acción, o teoría que no hace suya; mientras que el indiferente puede considerar que tiene los mejores argumentos de su parte, pero no ocuparse de ello.

[8] Mi tesis según la cual la justificación escéptica de la tolerancia es susceptible de hacer inofensiva e inútil una reivindicación de tolerancia, expresa una posición próxima a la que considera *contraproducente,* es decir, un error *estratégico,* la adopción del escepticismo como fundamento último de la libertad de expresión: cfr. S.D. Smith: «Scepticism, Tolerance and Truth in the Theory of Free Expression», *Southem California Law Review*, 1987, vol. 60, pp. 649-731.

asuma, al menos, el hecho de que en S se dan valoraciones expresadas en comportamientos o actitudes de censura o discriminación respecto a X.

2.2.

El segundo elemento, siempre dentro de la construcción de una *concepción* de la tolerancia, pretendo asumirlo en un sentido muy fuerte. Implica que sea tenido de alguna manera como un bien para S la presencia en S de X, aunque, se valore negativamente. Con tal interpretación de este componente del *concepto* de tolerancia, la reivindicación de la tolerancia se distingue de la simple exigencia de renuncia a (o abstención de) la represión[9]; por lo menos en cuanto la renuncia o la abstención (aunque se sustente en razones de principio más que de mera oportunidad[10]) comporte la decisión, o no excluya en línea de principio la legitimidad, del empleo de instrumentos de prevención alternativos a los represivos respecto a los comportamientos, o modos de pensar o de ser, desaprobados.

En virtud de esta misma interpretación, la concepción que propongo de la actitud tolerante se distingue también de la actitud de quien -sea individuo o grupo- busca el propio perfeccionamiento evitando eludir las pruebas, por duras que sean, que el entrar en contacto con el mal y/o el error le procuran. Según mi concepción, esta última es una actitud completamente diferente de la tolerancia; tan diferente como lo es una actitud religiosa de otra laica; o como lo es una actitud de superioridad de otra de paridad. El principio que lo inspira -al que llamaré «principio de sacrificio»[11] «es totalmente distinto de mi «principio

---

[9] Así continua el párrafo de Weale citado en la nota 5: «The second condition to he satisfied is that those who are tolerant could get their way if they chose. If the state tolerates different ways of life, then this implies that it could restrict them if it chose. I shall mark this distinction in terms of difference between acquiescence and toleration. If the state cannot enforce legislation, as it was impossible to enforce prohibition in the United State, then I shall say that the state acquiesces in a course of action. If it could prevent it, but does not, then I shall say that it tolerates a course of action». Disiento de Weale tan sólo en que preferiría decir «Si el estado *considera que puede*, *o que no puede*, etc.» y no «Si el estado *puede o no puede*, etc.».

[10] Razones de principio serían, por ejemplo, las resumidas en el famoso «*harm principle*»; razones de mera oportunidad parecen ser, por ejemplo, las avanzadas por Locke en su justificación de la tolerancia: cir. J. Waldron: «Locke: Toleration and the Rationality of Persecution», in S. Mendus (ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and Historical Perspectives,* Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 61-86.

[11] Además de «sacrificio», términos apropiados para indicar esta actitud, que considero muy importante distinguirla de la tolerancia, serían también «paciencia» y

de tolerancia». En cambio, es parecido al «principio de indiferencia o de escepticismo» y al «principio de renuncia a la represión», pues -al igual que éstos- ni contiene ni expresa ningún interés en relación con aquello sobre lo que el principio mismo se declara, el cual permanece «otro», mero «objeto».

Interpretado de este modo, el segundo elemento no resulta en absoluto trivial. Proporciona una *concepción* que añade al *concepto* de tolerancia una especificación que excluía explícitamente el punto (5) de la definición mencionada, al introducir como elemento constitutivo esencial de la actitud tolerante el compromiso a una *acción positiva* tendente a superar la distancia, a colmar el hiato, que la diversidad comporta. Ello puede tener el efecto de hacer que el precio de la tolerancia sea aún más elevado, sobre todo si se mantiene la interpretación propuesta por el primer elemento, según el cual el objeto de la tolerancia es tal que suscita, en algún sentido, desaprobación.

2.3.

El tercer elemento, contrariamente a los dos primeros, es banal. Tiene que ver con la conocida problemática de los límites de la tolerancia, y aporta un dato que se da por descontado: la valoración positiva de la tolerancia no comporta en absoluto que todo deba ser tolerado[12]. Es obvio que hay que especificar los objetos en relación a los cuales ejercitar la tolerancia, de entre todos los posibles candidatos: todos los comportamientos, actitudes, inclinaciones, costumbres, características individuales, creencias, opiniones, que en algún sentido no gustan a alguien.

Pero si se da por descontado que la tolerancia tiene límites, los límites de lo *tolerable,* persiste, en cambio, la problemática acerca de cómo y dónde trazarlos; o sea, qué criterios usar si se quiere determinar

---

«aguante» *[«sopportazione»]*. Diría que es evidente que hay una diferencia entre la tolerancia, por un lado, y la paciencia o la capacidad (de temperamento o autoimpuesta) de aguante, por otro. En mi opinión, investigando el sentido de esta diferencia se llega a destacar el elemento positivo, construido a partir de una relación comunicativa con su objeto, que la actitud tolerante contiene.

[12] Le droit de la tolérance illimitée favorise les forts au détriment des taibles. La tolérance pour les violeurs signific l'intolérance pour les temmes. Si on tolere les tigres dans le meme enclos que les autres animaux, cela veut dire qu'on est pret a sacritier ceux-ci a ceux-la, ce qui est encore plus barbare et absurde. Les taibles, physiquement ou matériellement, sont les victimes de la tolérance illimitée; l'intolérance a l'égard de ceux qui les agressent est leur droit, non celui des torts» (T. Todorov: *Les morales de l'histoire*, Paris, Grasset, 1991, p. 209).

la esfera de lo tolerable, y qué amplitud reconocer a esta esfera. En este tema, el interrogante más inquietante, en mi opinión, está en saber si el riesgo de la intolerancia se puede evitar más fácilmente fijando a la tolerancia *limites de principio*[13] o *límites de hecho*[14].

La concepción de la tolerancia que propongo admite que son necesarios límites de principio a la tolerancia, del mismo modo que es necesario que quien argumenta en favor de la tolerancia considere *intolerable* alguno de los objetos abstractamente concebibles de la tolerancia. Los conflictos con concepciones distintas de la tolerancia sobre este punto me parecen sólo aparentes, ya que opino que no debe sobrevalorarse la peculiaridad de esta caracterización de la tolerancia.

En cambio, considero digno de atención el punto relativo a la problemática de la *legitimidad o ilegitimidad teórica* de los *límites de hecho* a la tolerancia. Mi tesis es la de la *ilegitimidad teórica* de los *límites de hecho* a la tolerancia. En virtud de esta tesis, la concepción que propongo construye el principio de tolerancia como algo muy distinto de lo que llamaría el «principio de aquiescencia o de obediencia»[15]. «En base a este principio, el más peligroso de entre los hasta ahora

---

[13] La problemática de los límites de principio de la tolerancia es expresada, por ejemplo, en la ineludible y clásica pregunta: «¿Cómo combatir, y con qué armas, al representante de la intolerancia total? ¿Cómo pensar el problema de su libertad de expresión, y cómo definir la tolerancia hacia ésta, y qué hacer para que no se transforme en complicidad con el intolerante absoluto?» (J.-P. Faye: «Tolleranza/Intolleranza», in *Enciclopedia*, vol. XIV, Torino, Einaudi, 1981, pp. 292-317). El límite de principio más clásico a la tolerancia es justamente por definición la intolerancia. Lo que quiere decir que la *intolerancia es intolerable.* Por ejemplo, es un límite de principio el formulado por Locke contra los papistas: «Los papistas no deben disfrutar de los beneficios de la tolerancia, porque donde ellos tienen el poder, se consideran en la obligación de negarla a los demás. No es razonable que tenga plena libertad religiosa quien no reconoce como propio principio el que nadie debe perseguir o perjudicar a otro por el hecho de que éste disienta de él en un asunto religioso» (J. Locke,: Saggio sulla tolleranza, tr. it. in J. Locke: *Scritti sulla tolleranza,* vol. II, Torino, UTET, 1977, p. 111).

[14] El límite de hecho más clásico puede ser bien expresado con las palabras de Oliver W. Holmes, según el cual un principio guía para establecer si el hecho de proferir ciertas palabras ha de ser o no tolerado y protegido es «whether the words used are used *in such circtunstances* and are of such nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a light to prevent. [...] When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right» (249 U.S., 1919, p. 52, cursiva mía).

[15] Sobre el peligro de que la tolerancia se transforme en obediencia y aquiescencia insiste L.C. Bollinger: *The Tolerant Society,* Oxford-New York, Clarendon Press, 1988,p.247:[...] the risk is that free speech will become a method of inculcating a kind of toleration that turns naturaly into passivity and uncritical obedience. While there is [...] a definite and sometimes very great social need, in some

diferenciados de la concepción ède tolerancia aquí propuesta (el principio de indiferencia, el principio de escepticismo, el principio de renuncia a -o de abstención de- la represión y el principio de sacrificio), pueden darse situaciones en los que, y para los que, la diversidad pierde sus eventuales connotaciones (o efectos) positivas/os para mantener únicamente los caracteres negativos, amenazadores. Entonces, puede suspenderse legítimamente la tolerancia, con la consecuencia de que la exigencia de asimilación o de consenso, incluso la limitación de derechos[16], pueden pasar a ser legítimas.

Entre las que he mencionado, la concepción de la tolerancia como aquiescencia es, en mi opinión, la más peligrosa tanto objetivamente, como subjetivamente.

Es peligrosa objetivamente, en cuanto ella, más que *neutralizar* meramente la carga valorativa del juicio de tolerancia y la fuerza del acto lingüístico con el que se exige tolerancia (efecto producido, como he dicho antes, por la concepción de la tolerancia como indiferencia o escepticismo), las transforma respectivamente en una carga valorativa y en una fuerza de *signo opuesto*. Y a esta transformación se llega a través de una inversión, que no creo debida a una inadvertencia casual, de los papeles de los participantes en el «juego de la tolerancia»: el

---

context and on some occasions, for a noncritical, nonindependent mind, the aim of free speech is to work generally against that kind of intellectual character». Mi impresión, sin embargo, es que aquí Bollinger busca torpemente conciliar dos exigencias incompatibles: admitir la necesidad en ciertas situaciones, y por tanto la legitimidad, de la exigencia por parte de la sociedad de que los individuos asuman actitudes acríticas y heterodirigidas, se concilia mal con la defensa de una tolerancia que no sea ni obediente ni pasiva.

[16] « Tal limitación ha asumido la forma extrema de la imposición de la segregación cuando, a partir de la primavera de 1942, alrededor de 112.000 personas de origen japonés, ciudadanos americanos o no, residentes en la costa occidental de los Estados Unidos, se les impuso el toque de queda y se ordenó su evacuación. El episodio fue definido inmediatamente como «the most dramatic invasion of the rights of citizens of the United States by their own government that has thus far occurred in the [nation's] history» (E. S. Corwin: *Total War and Constitution,* 1947, p. 91, cit. in S. L. Paulson: «Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory», *The Cambridge Law Journal, vol.* 39, 1980, pp. 172-193, cita en p. 180); actualmente siguen las referencias a este acontecimiento calificado «as the most massive violations of civil liberties in U.S. history» (M. Linfield: *Freedom Under Fire. US. Civil Liberties in Times of War,* Boston, Mass., South End Press, 1990, p. 95. En el fallo *Korematsu v. United States*, 323 U.S.S. 214 (1944), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirmó: «Korematsu was not excluded from the Military Arca hecause of hostility to him or his race. He was excluded because we are at war with the Japanise Empire, because the properly constituted military authorities feared an invasion of our West Coast and felt constrained to take proper security measures» (p. 223).

poder deviene objeto y el individuo (ahora tal vez convertido en súbdito), sujeto. Como ha sido ejemplificado agudamente, dentro de esta lógica ¿quién es ya tolerante del católico que acepta el dogma de la infalibilidad del Papa?[17]

Y es peligrosa contingentemente, porque la concepción de la tolerancia como obediencia o aquiescencia es de la que puede ser presa más fácil nuestra sociedad, caracterizada al mismo tiempo por un escepticismo difuso y por una extraordinaria capacidad de control de la opinión pública por parte de los medios. Los medios de comunicación están en condiciones de manipular el flujo de informaciones, así como -mediante un uso del lenguaje (de los varios lenguajes) no comunicativo, sino estratégico- guiar intereses, suscitar actitudes, opiniones, entusiasmos, indignaciones, en definitiva producir consenso[18].

En sociedades de este tipo es posible y fácil, y desgraciadamente es trágica experiencia cotidiana, que, invirtiendo la inspiración fundamental ético-política del concepto, la *tolerancia* se invoque *contra la crítica,* de tal modo que la admisión de la legitimidad de los límites factuales, se transforma fácilmente en la admisión de la ilegitimidad de límites de principio[19].

Siguiendo el hilo de la argumentación determinada por los tres elementos citados, dividiré lo que resta en tres momentos que llamaré: *el mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable.*

3. El mal a tolerar

Quedando claro, por la concepción aquí propuesta, que el objeto para el que se reivindica tolerancia es siempre -de alguna manera- cargado de disvalor (por el autor de la reivindicación y/o por el sujeto que se pretende tolerante, o por un componente de éste), quedan por explicitar algunas consecuencias de tal posición.

La primera es que, si se quiere mantener hoy, en nuestras sociedades, la *fuerza* de la reivindicación de tolerancia, no puede ligarse

---

[17] Cfr. L.C. Bollinger, op. cit, p. 246.

[18] Cfr. H. Marcuse: «La tolerancia represiva», in R.P. Wolff, B. Moore jr., H. Marcuse: Critica della tolleranza. La forma attuale della tolleranza: un mascheramento della repressione, tr. it. de D. Codelli, Torino, Einaudi, 1968, pp. 77- 105.

[19] Una de las tareas fundamentales de la crítica es la de recordar a quienes detentan el poder el respeto a los principios, y, por tanto, si es el caso, también el respeto a los límites de principio a la tolerancia. Pero al rebautizar a la critica como «moralismo», «dogmatismo», «intolerancia» se consigue transferir sobre la crítica, mediante una *definición persuasiva implícita*, la connotación de valor negativa generalmente atribuida al concepto de intolerancia.

la problemática de ésta con la de la *verdad,* pidiendo tolerancia para la *no verdad* -es decir, según los casos, para el *error*[20], o para la *opinión*[21]- o también para las verdades *no demostrables,* como las de los *postulados*[22].

En efecto, creo que hay que reconocer que, en relación con la no verdad (ya se presente en la forma del error o de la opinión), nuestra

---

[20] La tolerancia para el error es la que se reclama desarrollando la argumentación, típica de los siglos XVII y XVIII, de apoyo a la libertad de discusión y de investigación; argumentación según la cual sólo la comparación con el error puede hacer resaltar la fuerza de la verdad. Cfr., por ejemplo, C.A. Helvétius: De *l'Homme,* Secc. IV, cap. XV: «Du moment oú le citoyen pourra tout penser, tout écrire, que de livres faits sur des matieries qu'il n'entendra pas! Que de sottises les écrivains ne diront-ils pas! Tant mieux: ils en laisseront moins a faire aux Visirs. La critique relevera les erreurs de Pauteur: le public s'en moquera; c'est toute la punition qu'il mérite. [...] En quelque gente que ce soit, un excellent livre en suposse une infinité de mauvais». El de la fuerza de la verdad que únicamente puede resplandecer comparándola con el error es, como es sabido, un argumento que sobrevive en pleno siglo XIX, en las páginas del segundo capítulo de *On Liberty* de J.S. Mill, aunque sea originando, entre ésas y otras páginas fundamentales del texto, una incongruencia difícil de resolver: cfr. nota siguiente.

[21] La justificación no cognitivista, o incluso relativista, de la tolerancia es la más común en el siglo XIX, y consiste en unir estrechamente el valor de la tolerancia liberal a la tesis epistemológica de la distinción entre juicios de hecho (y juicios analíticos) y juicios de valor. Cfr., por ejemplo, Ch. Perelman: «De la méthode analytique en philosophie», in Ch. Perelman, *Justice et Raison,* cit, pp. 81-94; en la p. 89: «[...] ma conception philosophique considre les jugements de vérité comme n'admettant pas de contradiction et [...] leur oppose des jugements de valeur qui non seulement tolrent, mais même supposent l'existence de jugements de valeur opposés. A l'unité de la vérité, j'oppose le pluralisme des valeurs se trouvant a la base de la tolérance que l'on devrait témoigner à l'égard des jugements de valeur». Como es sabido, esta misma línea argumentativa, aunque no formulada exactamente así, se encuentra ya en el siglo XIX en el tercer capítulo de *On Liberty* de J.S. Mill, donde se produce la incongruencia (de la que se habla en la nota anterior) con el segundo capítulo de la misma obra; sobre esto, cfr. D. Edwards: «Toleration and Mill's Liberty of Thought and Discussiorn», in S. Mendus (ed.): *Justiffing Toleration,* cit., pp. 87-113. En ocasiones, esta línea argumentativa se transforma en una justificación pragmática del no cognitivismo o del relativismo a partir del valor de la tolerancia; cfr., por ejemplo, lo que escribe U. Scarpelli a propósito de la Gran División entre is y ought, también llamada «ley de Hume» En mis reflexiones hoy ya lejanas [...] fui llevado [...] a buscar por la propia ley de Hume un fundamento ontológico [...] Hoy, en cambio, tiendo a invertir los términos, concluyendo que debemos aceptar la ley de Hume no ya debido a que el hombre es libre (y la ley de Hume respeta su libertad), sino porque queremos hacerlo libre, porque tenemos en nuestra ética el valor de la libertad». (U. Scarpelli: «La meta-etica analitica e la su rilevanza etica», in U. Scarpelli, L'etica senza verità, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 110).

[22] El «principio de tolerancia» es, como se sabe, la importante tesis de R. Camap, según el cual la ciencia -en oposición a toda metafísica- se explica como un continuo desarrollo de *postulados convencionales y de hipótesis,* utilizables de distintas formas, y se configura como un proceso autocorrectivo (cfr. R. Camap: *Foundations of Logic and Mathematics,* Chicago, 1939).

cultura en general manifiesta más indiferencia que rechazo, o simplemente molestia.

La pluralidad de creencias, opiniones e incluso explicaciones científicas de un mismo fenómeno, son datos hoy ya consolidados, que no tienen necesidad alguna de ser tolerados. De este modo, insistir particularmente, o, sin más, limitarse a ellos, en un tratamiento general sobre la tolerancia que no se plantee prevalentemente como investigación histórica, puede tener el efecto ya dicho de neutralizar la función de reivindicación de la tolerancia. Además, puede conducir a la idea injustificada de que la pérdida de centralidad del valor de la verdad en una cultura ha de ir necesariamente de la mano, o ser lo mismo, que la conquista de la tolerancia. Y pensar por ello que actualmente ya se ha alcanzado la victoria en la batalla por la tolerancia[23].

En mi opinión, esto es falso. Es cierto que hoy, por ejemplo, en los países occidentales la tolerancia expresada en el reconocimiento de la libertad de pensamiento, de investigación, de consciencia y de culto no es, en *línea de principio*,[24] puesta en duda. Pero la intolerancia no se expresa sólo en la *censura,* sino también en el *prejuicio*, y, por tanto, en la *discriminación*[25].

---

[23] «This failure to distinguish tolerance from manifestation of uncertainty is a prevalent confusion. It is often remarqued that ours is a tolerant age [...] In fact, this openness to divergent views stems less from a mien of tolerance than from the endemic lack of conviction; having trascended the 'age of belief' we are left without heresies as well» (J. Halberstam: «The Paradox of Tolerance», *The Philosophical Forum*, vol. 14, 1982-83, p. 195, cit., in S.D. Smith: «Skepticism, Tolerance, and Truth in the Theory of Free Expression», cit., p. 653).

[24] Digo en línea de principio porque en los hechos, como se sabe, las cosas pueden funcionar, y a veces funcionan, de un modo bastante distinto. Pero lo que aquí hay que notar es que, donde eso suceda, el paso que hay que dar consiste en una apelación al derecho positivo, en la denuncia de una violación puntual de normas válidas, normas que en la mayor parte de los casos, hasta forman parte de los principios fundamentales contenidos en las Constituciones jurídicas de las sociedades en cuestión. No es, pues, necesario, en estos casos, una genérica apelación a la tolerancia política, siendo suficiente (al menos para la *legitimidad,* si no también necesariamente para la eficacia del paso) una llamada específica a *normas jurídicas*. Cfr. E. Garzón Valdés: «No pongas tus sucias manos sobre Mozart», cit., p. 21: «... en los países occidentales no es que se «tolere» la libertad de cultos sino que ella es un derecho de todo ciudadano. La tolerancia tiene una cierta connotación de «condescendencia» o «disimulo», como decía Francisco Suárez; ello no vale en modo alguno para las permisiones o autorizaciones, por más que en su genealogía figuren actos de tolerancia».

[25] Cfr. L-C. Bollinger, op. cit., pp. 111-112. En sentido contrario parece haberse expresado recientemente N. Bobbio: «Le ragioni della toleranza», cit., pp. 235-236. Digo «parece» porque, a pesar de la interpretación dada por A. E. Galeotti: «La questione della tolleranza», *prepint de Politeia. Contributi per la discussione*, 1990, n. 36, no estoy segura que las razones ofrecidas por Bobbio en aquellas páginas para

Por otra parte, aún permaneciendo dentro del campo, limitado pero de gran relevancia, de la libertad de expresión, es preciso subrayar que puede considerarse expresión de intolerancia no sólo impedir la transmisión de ciertos mensajes. Puede ser expresión de intolerancia también la transmisión de ciertos mensajes (además de eventualmente su contenido) procedentes de grandes órganos de información sin competencia. Y ello a pesar de que la crítica no sea declarada inadmisible, si la oposición es técnicamente imposible, o, siendo posible, se realiza siempre demasiado tarde, cuando el efecto del mensaje, su impacto sobre la opinión pública ya ha tenido lugar[26].

Al final del camino que empieza con la asunción de una actitud tolerante está efectivamente la *libertad,* pero también el reconocimiento de la *igualdad*[27]. De ello resulta que, hoy, la reivindicación de tolerancia

---

distinguir el problema de la convivencia de creencias diversas del de la convivencia con los distintos, se entiendan o deban entenderse también como razones para negar legitimidad a la que el propio autor reconoce que es una extensión actual del concepto que atañe también al segundo tipo de situaciones y problemas. En efecto, escribe Bobbio: «Cuando se habla de tolerancia en su significado históricamente prevalente, nos referimos al problema de la convivencia de creencias [...] Hoy el concepto de tolerancia se extiende al problema de la convivencia de las minorías...» (op. cit., p. 235). Entre las dos situaciones, continúa, hay una diferencia: «La mejor prueba de esta diferencia está en el hecho de que en el segundo caso la expresión habitual con la que se designa lo que se debe combatir, incluso en los documentos oficiales internacionales, no es la intolerancia, sino la discriminación, sea racial, sexual, étnica, etc. (op. cit., 236). En relación a las dos citas quisiera hacer dos precisiones, con el fin de mostrar cómo en ninguna de ellas descubro argumentos contra mi propuesta teórica. La primera es que el hecho de que el significado histórico prevalente del término sea de un cierto tipo es una premisa de mi argumentación, según la cual precisamente sobre este *significado* hoy se debe trabajar críticamente para que la reivindicación actual de tolerancia no pierda la fuerza que históricamente siempre ha tenido. La segunda es que «intolerancia» y «discriminación» me parecen términos que pertenecen a contextos y a universos de discurso distintos: el primero al universo de la teoría política, el segundo al de la teoría del derecho; por ello, por ejemplo, me parecería razonable decir que la intolerancia es la razón y/o la causa de la discriminación.

[26] «Si je lis aujourd'hui un article dans le journal, insinuant que les femmes n'aiment rien autant que la souffrance physique et moral dont elles pourraient devenir l'objet, dois-je le considérer, avant tout, comme une recherche de vérité (celle de l'essence léminine) ou comme une incitation à l'action (il est normal que les hommes battent leur femmes)?» (T. Todorov, op. cit., p. 201). Acerca de la problemática muy importante de la *fuerza de los actos lingüísticos* en relación a la garantía de la libertad de expresión dada por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, cfr. K. Greenawalt: *Crime, Speech and the Uses of Language,* New York, Oxford University Press, 1989.

[27] Cfr. A. Weale: «Toleration, Individual Differences and Respect for Persons», cit., p. 29: «To provide a general argument for toleration we need a concept of *equal* respect. That is, persons have to respect one another as equals, this respect implying

se entiende como exigencia no sólo de no *impedimento,* sino también de *igual oportunidad* y de igual *tutela*[28].

Este planteamiento comporta sin duda la puesta entre paréntesis de una característica de la tolerancia que alguno podría considerar esencial, incluso un elemento de la propia definición del término «tolerancia». Sería la característica de la pasividad, según la cual la actitud de tolerar excluye (y no sólo no comporta necesariamente) un actuar, y comporta únicamente (según la etimología latina del término) un so*portar*. Pienso que aquí las razones filológicas deben ceder frente a las históricas y las de filosofía política. Si el término «tolerancia», con sus precedentes, nos remite sin duda también a aquel significado, no todos los usos del mismo lo mantienen como elemento relevante. Y este es el caso de las teorías políticas modernas a las que me refiero.

Es cierto que históricamente el discurso sobre la tolerancia se ha insertado más en el de la *libertad negativa* que en el de la *libertad positiva*[29]. Pero no lo es menos, por ejemplo, que la clásica manifestación de tolerancia política que consiste en el reconocimiento de la *libertad de expresión,* requiere un *actuar* además de un *soportar,* requiere el establecimiento de las condiciones adecuadas para permitir su ejercicio, así como las condiciones necesarias para que la palabra *hablada* pueda ser también *oída;* sin contar con que las justificaciones tenidas en cuenta habitualmente para esta forma de tolerancia se fundan en el concepto de democracia entendida como participación, y, por tanto, se refieren más a la *libertad de los antiguos* que a la *de los modernos*[30].

---

that each person recognizes others as capable and competent to form their own projects and plans of life». Cfr. también M.Minow: «Putting Down: Tolerance Reconsidered», Osgoode Hall Law Journal, 1990, vol. 28, pp. 409-448.

[28] Cfr. A. Weale: «Toleration, Individual Differences and Respect for Persons», cit., pp. 31-32, donde se cita el caso de un individuo que viva en una sociedad secularizada y que, sin embargo, desee abstenerse de trabajar un día que considera santo. Está claro que no podrá pretender, amparándose en el principio de igual respeto para las personas asumido como justificación de la tolerancia, que el Estado reconozca aquel día como una jornada de descanso para todos. No obstante, el Estado podrá, por respeto al mismo principio, tomar las medidas positivas de tutela de las minorías; por ejemplo, solicitar a los empresarios que adapten, en la medida de lo posible, los horarios y los hábitos laborales a las peticiones de los individuos y de los grupos.

[29] Es más, la teoría liberal de la tolerancia se ha identificado a veces con la concepción del Estado-guardián nocturno, y ambas, con las teorías de la neutralidad del Estado en relación con cualquier concepción del *bien.*

[30] Cfr., por ejemplo, A. Meiklejohn: «Free Speech and Its Relations to Self-Government», in *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, 2ª ed., New York, Oxford University Press, 1965, p. 24: ..Now in that method of political self-government [i.e. that of the traditional New England town meeting] the point of

La tolerancia, pues, no es mera indulgencia, ni tampoco, como ya he dicho, mera renuncia a la represión. La tolerancia comporta efectivamente abstenerse de reprimir, pero consiste en un abstenerse de reprimir más una actividad *promocional*, al contrario que un abstenerse de reprimir *más* una actividad de *prevención*.

Indudablemente se da una paradoja en la tolerancia: ¿no es esquizofrénico un planteamiento que se ejerce sobre un objeto juzgado de alguna forma negativamente, y que, al mismo tiempo, comporta que en relación a ese objeto se ejerza una actividad, en algún sentido, promocional? ¿Cómo es posible establecer que lo que es un mal se incentive?

No se trata de esquizofrenia, sino de pluralismo[31]. La sociedad tolerante es una sociedad pluralista, crítica en relación a los propios valores y sobre todo en relación a la propia idiosincrasia; una sociedad que se pone en discusión y desea su propia transformación, interpretada como maduración. Por eso la tolerancia reclamada se considera productiva para la sociedad, de consecuencias benéficas, ya que se entiende que acelera -considerándolo como madurez- el mismo proceso de transformación que expresa.

4. El bien de tolerar

Así, pasamos al segundo elemento, que consiste en el reconocimiento del hecho de que la tolerancia se valora siempre positivamente y la intolerancia negativamente. Tolerancia quiere decir disponibilidad a la comparación; quiere decir reconocimiento y aceptación de la diferencia advertida como desafío y, como tal, considerada estimulante más que amenazadora.

Propongo, pues, considerar fundamental en la actitud tolerante el reconocimiento de una misma naturaleza en el sujeto y en el objeto de la tolerancia: el sujeto que tolera se define, implícitamente, como parte del mismo todo que comprende el objeto a tolerar[32]. Por tanto, al definir

---

ultimate interest is not the words of the speakers, but the minds of the hearers. The final aim of the meeting is the voting of wisw decisions. The welfare of the community requires that those who decide issues shall understand them. They must know what they are voting about. And this, in turn, requires that so far as time allows, all facts and interests relevant to the problem shall be fully and fairly presented to the meeting».

[31] Cfr. J. Raz: «Autonomy, Toleration, and the Harm Principle», in S. Mendus (ed.), *Justifying Toleration*, cit., pp. 155-175.

[32] Cfr. T. Todorov, op. cit., p. 191-192: «A l'opposé d'une vision traditionaliste de l'humanité, qui veut que nous soyons les seuls etres humains ou en tout cas la meilleure incamation de l'humanitá, et que les autres soient d'autant moins humains qu'ils habitent plus loin de nos frontires, ceux qui croient à l'universalité du genre

la relación de tolerancia se toman en consideración tres pertenencias distintas pero conectadas: la pertenencia del sujeto tolerante a un conjunto, la pertenencia del destinatario de la tolerancia a un conjunto distinto y la común pertenencia de ambos a un conjunto más amplio, es decir, la colocación entre ambos de una estructura de referencia superior capaz de contenerlos, en relación a la cual también los elementos de los dos conjuntos parciales pueden (y, a ciertos fines, deben) ser definidos.

Desde este punto de vista, tiene sentido considerar siempre la asunción del hábito de la tolerancia como la asunción de un riesgo; como la decisión de tomar un camino de trayecto y meta, al menos en parte, imprevisibles; como cumplimiento de un primer paso, bien sea por la vía del reconocimiento positivo de la diferencia, bien sea por la de la *integración* de un sistema en el otro, o de una *fusión* entre los dos sistemas. Al término del trayecto (que de todos modos puede que nunca se siga hasta el final) puede acontecer perfectamente, debido a los elementos constitutivos de los dos conjuntos parciales, la pérdida de las connotaciones de las recíprocas pertenencias primarias[33].

Evidentemente, que la tolerancia pueda considerarse un primer paso, no significa que no sea una meta muy importante a la que se llega reconociendo al destinatario de la tolerancia la misma naturaleza del sujeto.

Del hecho de conectar de este modo la problemática de la tolerancia a la del pluralismo se deduce que, permaneciendo inmutable la tolerancia en cuanto a actitud, los límites, en cambio, son tendencialmente móviles. La idea de tolerancia se vincula a la de transformación, en el

humain sont préts à tolérer les diffiérences qu'i1s observent chez les ressortissants d'autres pays. [...] L'un des ingrédients de cette impulsion est la découverte de nouveaux mondes, et donc la prise en considération d'une diversité humaine beaucoup plus grande que celle qui était connue jusqu'alors». Sobre esta problemática, cfr. S. Landucci: *I filosofi e i selvaggi* 1580-1780, Bari, Laterza, 1972.

[33] Según A.E. Galeotti: «La questione della tolleranza», cit., pp. 33-34, dado el problema de la «existencia de grupos que se distinguen entre sí por una diferencia desagradable para la mayoría (y desagradable en cuanto se halla conectada al poder de amenaza del propio grupo), la solución propuesta por la tolerancia es la coexistencia pacífica de grupos distintos reconocidos dignos de igual respeto y coparticipantes en la arena política con igual dignidad. El igual respeto al que tienen derecho las minorías se presta, sin embargo, a dos interpretaciones: la primera, y más fuerte, mantiene que la base del igual respeto está en un reconocimiento positivo de la diferencia, factor de la preexistente intolerancia. [...] La segunda interpretación, más débil, sostiene que el igual respeto atribuido a la minoría depende, en cambio, del hecho de decolorar la diferencia, hasta que el grupo aparezca igual a la mayoría. La diferencia, por tanto, se legitima públicamente, pero en cuanto no impide la dignidad y el respeto al que todo ser humano tiene derecho. El acceso a una igual ciudadanía se pagaría así en términos de tendencial asimilación y, en última instancia, homologación».

sentido de progresiva superación de los prejuicios, ampliación de horizontes, apertura de nuevas perspectivas: en el sendero que, idealmente, lleva a mirar «a ninguna parte»[34]

Sobre la base de esta concepción de la tolerancia no siempre es necesario distinguir dos sistemas normativos o valorativos de referencia, uno de los cuales valore negativamente y el otro positivamente (o provea razones para no reprimir) el objeto a tolerar[35]. En mi opinión, la paradoja de la tolerancia -que he intentado expresar mediante las dos locuciones «el mal a tolerar» y «el bien de tolerar»- puede resolverse, de manera quizás menos artificial que cuando se divide en dos el sistema axiológico de referencia, introduciendo en la argumentación la perspectiva diacrónica y el concepto de «transformación».

El expediente de la duplicación del sistema axiológico de referencia me parece necesario únicamente a partir de la asunción de una perspectiva según la cual los sistemas éticos serían susceptibles de ser bien representados según el modelo kelseniano de «sistema normativo estático». Serían estructuras deductivas, y por tanto, por definición, coherentes, procedentes de un único principio supremo, de una noma fundamental injustificada e injustificable (arbitraria)[36]. Si los sistemas éticos fuesen de este tipo, sería evidentemente inconcebible que un único sistema contuviese la norma en base a la cual, por ejemplo, no debe realizarse cierto comportamiento, y, junto a ella, la norma en base a la cual debe realizarse el mismo comportamiento.

Pero, en mi opinión, los sistemas éticos pueden representarse mejor como estructuras normativas complejas que se forman durante los procedimientos de justificación de juicios morales. Esos procedimientos van desde los juicios a los principios más que a la inversa y no necesariamente conducen todos a un único principio, sino a diversos,

---

[34] Cfr. Th. Nagel: *The View from Nowhere,* New York, Oxford University Press, 1986.

[35] En relación a la tolerancia, E. Garzón Valdés considera siempre necesario establecer esta distinción: «No pongas tus sucias manos sobre Mozart», cit., pp. 18-19, donde se distingue entre sistema normativo básico y sistema normativo justificante: «La tolerancia está doblemente referida a sistemas normativos. Por una parte, la tendencia a no permitir el acto finalmente tolerado proviene del sistema a cuya regulación está sujeto. Llamaré a este sistema «sistema normativo básico». Por otra, la superación de esta tendencia resulta de la consideración de principios y/o reglas de un sistema normativo superior. Llamaré a este sistema «sistema normativo justificante». Para Garzón, sin embargo, no se trata de dos sistemas éticos, sino de un sistema moral (justificante) y de un sistema de normas de otra especie -de etiqueta, religiosas, etc.- (básico).

[36] Cfr. H. KELSEN: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Deuticke, 1960, cap. V; L. Gianformaggio (ed.): *Sistemi normativi staticie dinamici. Analisi di una dicotomia kelseniana,* Torino, Giappichelli, 1991.

no necesariamente jerarquizables en un conjunto formalmente coherente, sino sólo, y aún entonces con alguna dificultad, armonizables en un conjunto sustancialmente congruente.

Que tales principios sean *no justificados,* es, desde el punto de vista de los procedimientos individuales de justificación de los que aquéllos constituyen el punto de llegada, una necesidad lógica; desde el punto de vista del sistema ético considerado en perspectiva sincrónica, es verdad por definición; desde el punto de vista del sistema ético considerado en perspectiva diacrónica y contingente, es probablemente falso.

Que se trate de principios *no justificables* no tiene sentido. La evolución o transformación de una moral (que no quiere decir sustitución de un sistema moral por otro) toma cuerpo a menudo, o tal vez en la mayoría de los casos, precisamente mediante la exigencia de justificación de principios considerados hasta entonces no necesitados de justificación alguna. Y la exigencia surge a partir de reflexiones originadas por experiencias nuevas. Procede de quien empieza a notar *demasiado limitada* la protección ofrecida por ciertos principios (por ejemplo, por el principio según el cual no deben matarse seres humanos pertenecientes a la propia raza, o, más tarde, por aquel según el cual no deben matarse individuos de la especie humana). Pero también procede de quien empieza a ver la protección ofrecida por ciertos principios como *demasiado amplia* (por ejemplo, por el principio según el cual, en cualquier situación y de cualquier modo, se debe perseguir el objetivo de la prolongación de la vida de un ser humano).

En mi opinión, la cuestión de la tolerancia aparece típicamente en estas fases de transformación, en las que en la sociedad se considera legítimo interrogarse respecto a la justificación de principios con anterioridad considerados supremos; y antes aún de que se hable de reconocimiento de derechos[37], se reclama, a quien detenta el poder, el ejercicio de tolerancia (violando a veces también normas positivas)[38].

---

[37] Aquí es importante recordar que el objeto de estas páginas es la tolerancia que, adoptando la terminología de Garzón Valdés, he llamado «vertical», y no la «horizontal». En efecto, en este segundo sentido de tolerancia es muy posible, y en Europa es hoy trágica experiencia cotidiana, que el Estado y algunos sectores de la sociedad consideren necesario reclamar a otros sectores el ejercicio de tolerancia, en relación a objetos acerca de los que ya se ha reconocido la plena y formal tutela jurídica: casi cada día, como es sabido, nos informan sobre «episodios de intolerancia racial» y sobre «manifestaciones en favor de la tolerancia racial».

[38] Si bien seguramente está deformado por los usos lingüísticos el que se califique como acto de tolerancia (obviamente, como acabamos de ver, en el sentido de la tolerancia llamada «vertical») la verificación del hecho de que ha sido ejercido un derecho previamente atribuido por una norma, no me parece que suceda lo mismo con la calificación como acto de tolerancia de la eventual inaplicación de una norma competente para aplicar. Expresa una opinión distinta A. Schmitt: «Las circunstancias de la tolerancia», en este mismo número de DOXA.

Como conclusión de este apartado se puede concordar con Peter Nicholson cuando dice que la tolerancia es un valor moral: «By being required to take heed of the ideas of others, whether simply as opinions or as embodied in their lifestyles, and above all when one forces oneself to do so, one is schooled and educated. One is shown that part of being moral, and of treating other moral agents morally, is to give serious consideration to their ideas»[39]. La tolerancia es un valor moral porque deriva, y es exigencia, del valor moral de la persona: «The moral ideal of toleration does not require the tolerator to acknowledge any merit in the opinions of which he disapproves; but he must respect the personality of the holders of those opinions, and treat them as moral agents whose views can be discussed and disputed, and who, are capable of changing their minds on rational grounds»[40].

La atribución de igual valor moral a toda persona -sobre la que se fundamenta la tolerancia- no comporta, pues, la aceptación de cualquier valor o actitud asumidos por cualquier persona. Hay evidentemente límites. Pero, ¿cuáles? ¿Hasta qué punto la tolerancia requiere que se respeten las opiniones y se protejan los estilos de vida de las personas?

Piénsese, por ejemplo, en el racismo. El fenómeno «racismo», que sobre la base del concepto de tolerancia aquí propuesto puede calificarse como *manifestación* paradigmática de intolerancia[41], determina también una constelación de posibles *objetos* de tolerancia o intolerancia[42]. La eventual admisión de que, en ciertos casos, en nombre de la «tolerancia»

---

[39] P.P. Nicholson: «Toleration as Moral Ideal», in J. Horton and S. Mendus (eds.), *Aspects of Toleration,* cit., pp. 158-173, cita en la p. 165.

[40] P.P. Nicholson: «Toleration as Moral Ideal», cit., pp. 165- 166.

[41] «El racismo es la doctrina que ve en las diferencias raciales la causa fundamental del devenir histórico, y que, ordenando las diversas razas en una jerarquía de valores, afirma para aquellas que se pretenden superiores, el derecho a gobernar el mundo y de tener a las inferiores en una posición subordinada, sin descartar, llegado el caso, la hipótesis de su eliminación» (B. Salza: «Razzismo», in N. Bobbio e N. Matteucci: *Dizionario di politica*, Torino, UTET, 1976, pp. 845- 849, cita en las pp. 845-846).

[42] Sobre el problema de la difícil conciliación entre la tutela de la libertad de expresión y la tutela de la igual dignidad de las personas mediante la sanción del uso de locuciones verbales que expresen, o inciten al, odio racial, cfr. A. Callinicos: «Repressive Toleration Revisited: MIII, Marcuse, MacIntyre», in J. Horton and S. Mendus, *Aspects of Toleration,* cit., pp. 53-74; S. Sedley; «The Spider and the Fly: A Question of Principle», in L. Gostin, *Civil Liberties in Conflict,* London and NewYork, Routledge, 1988, pp. 136-144; M. Minow: ..Speaking and Writing Against Hate», *Cardozo Law Review,* 1990, vol. 11, pp. 1393-1408.

se ha reivindicado legítimamente la protección del discurso racista[43], no implica en absoluto, tampoco en la perspectiva diacrónica aquí asumida, el reconocimiento de la tendencia a la superación del principio antirracista (y mucho menos el deseo de que se supere). Pero implica sin duda la superación de la concepción del antirracismo como un prejuicio, y, al mismo tiempo, comporta la superación de otro prejuicio: el que va contra el *discurso*[44], contra la perspectiva dialógica.

Tolerar el discurso racista (admitiendo que se pueda concebir)[45] no implica en modo alguno dejar de considerar el racismo intolerable.

5. Lo intolerable

5.1.

Llegamos así al tercer y último punto, que es el del análisis del tercer elemento, consistente en la asunción de la legitimidad del juicio de intolerabilidad.

La problemática de lo intolerable es la clásica problemática de los límites de la tolerancia. Ya he anticipado que, a los fines de una idónea caracterización de la concepción de la tolerancia que propongo, me interesa particularmente el tema de la distinción entre *límites de principio y límites de hecho*. En este sentido, voy a mantener la tesis de la *necesidad teórica de límites de principio* a la tolerancia y de la *ilegitimidad de principio de límites de hecho*.

---

[43] En 1977, en Skokie, suburbio de Chicago habitado por unos 40.000 judíos, muchos de ellos sobrevivientes de los campos de concentración, un grupo de extrema derecha autocalificado como «nazi», manteniendo que tenía derecho para ello, intentó organizar una manifestación portando la esvástica y con uniformes que recordaban los del ejército alemán en la segunda guerra mundial. ¿Se debía consentir la manifestación? La literatura sobre el tema es bastante amplia: Cfr. A. Neier: *Defending My Enemy,* New York, Dutton, 1979; D. Hamlin: *The Nazi/Skokie Conflict: A Civil Liberties Conflict,* Boston, Beacon Press, 1980; D. Down, *Nazis in Skokie,* London, University of Notre Dame Press, 1985; L.C. Bollinger: *The Tolerant Society,* cit.; N. Dorsen: «Is There A Right to Stop Offensive Speech? The Case ot the Nazis at Skokie», in L. Gostin, *Civil Liberties in Conflict*, cit., pp. 122-135.

[44] El término se usa aquí en el sentido fuerte de la *«Diskursethik»,* es decir, de la ética del discurso, o argumentación racional.

[45] Digo «admitiendo que se pueda concebir» porque «der Diskursethik zufolge darf eine Norm nur dann Geltung beanspruchen, wenn alle von ihr móglicherweise Betroitenen als *Teilnehmer eines praktischen Diskurses* Einverstandnis darüber erzieln (bzw. erzielen würden), daB diese Norm gilt» (J. Habermas: *MoralbewuBtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt* a. M., Suhrkamp, 1983, p. 76).

La primera parte de la tesis es banal y aceptada casi unánimemente, al igual que está reconocido casi unánimemente que la intolerancia es intolerable, que la intolerancia es el límite fundamental de principio, necesario para que la tolerancia no se autodestruya. Por lo tanto, no le dedicaré mucho espacio. Sin embargo, ya que se expresa con bastante frecuencia el pesar por el hecho de que del rigor teórico de la tesis no se deduzca también una fácil aplicación en la práctica, propongo algunas precisiones que en mi opinión consiguen iluminar un poco el origen de las dificultades (dificultades que en esta sede me limitaré a exponer sin intentar siquiera resolverlas). Para ello utilizaré de nuevo la preciosa distinción de Garzón Valdés entre tolerancia *horizontal y vertical,* enriqueciéndola esta vez con la otra distinción entre tolerancia (tanto horizontal, como vertical) *pública y privada.* Ni la tolerancia pública ni la tolerancia privada son explícitamente definidas por Garzón, pero de su texto es fácil inferir que la tolerancia vertical es pública cuando tiene que ver con relaciones de poder político, y la tolerancia horizontal es pública cuando concierne a la constitución del poder político mismo[46].

En relación a la determinación de lo intolerable me parece de importancia fundamental subrayar:

1. Que, en el sentido de la tolerancia vertical pública, lo que es intolerable, y que, por tanto el poder no puede y no debe tolerar so pena de destruir el sentido mismo de la tolerancia, es la intolerancia vertical, tanto pública como privada, de cualquier forma que se manifieste, bien sea mediante *actos*, o bien mediante meras *expresiones de opinión.*

2. Que, en cambio, lo que un poder tolerante (sea público o privado) puede y debe tolerar son las meras *expresiones de opinión,* por muy intolerantes que éstas sean, dirigidas por individuos o grupos a otros individuos o grupos iguales o superiores a ellos (es decir, con los que los primeros mantengan una relación horizontal, o vertical pero de tipo ascendente).

---

[46] «La Patente de Tolerancia dictada por el emperador José II el 20 de octubre de 1781 que estableció la igualdad civil de católicos y no católicos, a la vez que abolió la censura eclesiástica -es un ejemplo de un acto de tolerancia vertical pública. También la Carta sobre la tolerancia de John Locke, escrita en 1685, se centra en casos de tolerancia vertical pública. Un buen ejemplo de tolerancia horizontal pública es el contrato social hipotéticamente supuesto como remedio a los costos de la anarquía. Si se quiere recurrir a un ejemplo de tolerancia horizontal pública no meramente supuesto sino real, puede pensarse en la tolerancia recíproca garantizada con la fundación de la Confederación Suiza después de la batalla de Morgarten (1315) por parte de los representantes de los cantones de Uri, Schwyz y Unterwalden o con el acuerdo de los *«Pilgerfathers»* en el *«Mayflower»* (1620) con miras a crear un «cuerpo político civil». (E. Garzón Valdés, op. cit., p. 18).

3. En cambio, el problema de cómo tratar hipótesis de intolerancia horizontal privada que se manifiesten en actos, y no en meras *expresiones de opinión*, parece que nada tiene que ver con la temática ético-política de la tolerancia vertical pública, sino con la específicamente jurídica de la imposición de obligaciones y atribución de facultades o derechos a los individuos particulares.

El problema de los límites de la tolerancia, pues, tal como resulta de la determinación de los criterios que hemos visto, se refiere al tema de los límites del poder. Dicho esto, hay que reconocer que los orígenes de las dificultades de aplicación de tales criterios se encuentran en el hecho de que:

1. Por lo que hace al primer punto, no puede evidentemente considerarse legítimo que el poder, por respeto al principio de los límites de la tolerancia, suspenda los derechos políticos de los ciudadanos cuando tema, aunque sea del todo razonable, que del ejercicio de éstos puedan derivar amenazas para la propia tolerancia[47]. El método que la moderna doctrina jurídico-política ha elaborado con la finalidad de evitar actos de este tipo, desastrosos para la libertad política, es el de incluir en las Constituciones normas fundamentales de principio sustraídas a la disponibilidad de futuras mayorías parlamentarias.

2. Por lo que se refiere al segundo punto, no resulta siempre fácil establecer si entre los individuos o grupos se da una relación de tipo horizontal o vertical. Además, ¿qué tipos de poder hay que tomar en consideración? Se podría pensar, por ejemplo, que el poder de formar la opinión pública hay que tenerlo hoy particularmente bajo control, para que no genere actitudes y comportamientos intolerantes; pero el «tener bajo control la información» ¿no es una de las manifestaciones más típicas de intolerancia?

3. Respecto al tercer punto, cabe preguntarse: ¿es tolerable que los particulares, por respeto a su libertad contractual, lleven a cabo actos, o realicen comportamientos de omisión (por ejemplo, el rechazo a estipular contratos de locación), que sean expresiones de intolerancia y que tengan, supongamos, efectos de tipo discriminatorio? ¿Y cómo debe un poder político que profese y practique la tolerancia, administrar estas situaciones?

---

[47] Resulta obligado referirse aquí a la situación que está viviendo la República de Argelia en el momento en que escribo estas líneas (enero de 1992).

5.2.

Pasemos ahora a la consideración de los *límites de hecho a la tolerancia*. Que tales límites son legítimos es una tesis ampliamente difundida. Significa, simplemente, que lo que puede ser tolerado depende, al menos en parte, de las circunstancias. Que si, por ejemplo, en *algunas situaciones* se puede (o se debe) admitir el disenso, la crítica, la protesta, no ocurre así *en todas las situaciones;* que si *en ciertas emergencias o coyunturas* se puede (o se debe) dejar camino libre a los comportamientos y a las manifestaciones de actitudes o estilos de vida distintos de los propios o de los aprobados por los grupos numéricamente mayoritarios o que detentan el mayor poder, no ocurre así *en toda emergencia o coyuntura;* que si *en determinados contextos* se puede (o se debe) tolerar la expresión de cualquier creencia, opinión o fe, no ocurre así *en cualquier contexto*[48].

En relación a la tesis de la legitimidad de *límites de hecho* a la tolerancia, la primera cuestión a destacar es que presupone una caracterización de la tolerancia no implicada en ninguna de las configuraciones de la misma examinadas hasta ahora: la tolerancia no es un valor del que deriva un compromiso ético-político, sino una *concesión* que tal como se da, puede revocarse[49]. Y esto es suficiente, por sí mismo, para colocar esta especie de «tolerancia» fuera de la concepción que he propuesto.

La eventualidad de que las condiciones de revocación sean *generalmente* estables, y sobre todo *ex ante* no sólo *ex post*, no es suficiente para reducir significativamente la gravedad de la pérdida derivada de tal caracterización, puesto que el hecho condicionante no puede concebirse como un mero evento natural, sino que es la *calificación (genéricamente social o específicamente jurídica)* de una situación o de un evento, calificación realizada por el propio sujeto que después derivará de ella la suspensión de la tolerancia.

Se considera casi un tópico que el contexto en el que la tolerancia puede suspenderse legítimamente es el *estado de guerra*[50]. Cuando sucede que la diversidad entre nosotros y los demás es (de forma real

---

[48] Cfr. L.C. Bollinger, op. cit, p. 189: «Free speech is and must be an institution with a sensitivity to context [...]»

[49] «La palabra tolerancia me parece en cierto modo tiránica, ya que la autoridad que tolera podría también no tolerar» (H.-G.V. Riqueti, conde de Mirabeau: *Sur la liberté des cultes,* Assembleé Nationale, séance du 22 août 1789). En realidad esta caracterización puede colocarse, si bien de forma contingente y no necesaria, junto a la concepción de la tolerancia como abstención de la represión, justificada por la oportunidad y no por los principios: cfr. supra, nota 9.

[50] Cfr. supra, nota 14.

o percibida) tan *radical* que nos convierte en enemigos, internamente no podemos contentarnos con menos que con una cohesión total[51].

Expresada en estos términos, esta tesis se revela ya autocontradictoria. La tolerancia y la guerra son evidentemente incompatibles. Estar en guerra significa tener un enemigo; y el enemigo, por definición, es el otro, el distinto, el extraño que representa por eso mismo un disvalor, al que se niega y se rechaza sólo por ser tal; en suma, el enemigo se define exactamente como aquel que no puede ser tolerado[52]. El enemigo no puede ser tolerado por definición, no ya en virtud de una razón.

Ser intolerantes significa precisamente esto: aceptar -o por convicción o por convención (o sea, por pereza)- tener, o poder tener, enemigos. Tener no ya adversarios, con los que se sea hostil por imprescindibles razones de principio, razones sobre las cuales se está dispuesto a confrontarse libremente, razones que siguen siendo imprescindibles sólo porque, y hasta que, pasan la criba de la libre discusión racional; sino tener enemigos, que quiere decir individuos que hay que tratar sólo como objetos, individuos a los que hay que obstaculizar, excluir, combatir, humillar y, si es posible, suprimir.

---

[51] Cfr. L-C. Bollinger, *op. cit*, p. 189: «At such times [i. e. when a nation is engaged in a full-scale war] the nation becomes like a family, and it is a matter of personal honor to commit oneself to some grater degree than usual uncriticaly to the community's cause. I exaggerate, but only to convey a ful sense of the thinking likely to he present at such times. One need only to look at the conflicts created by dissent in societies recently engaged in war -Britain in the Falklands and Israel in Lebanon- to see the divisiveness and the anger stimulated by continual dissent (though I use these not as exemples of appropriate occasions for putting limits on speech but as illustrations of the kind of tensions and internal conflicts that must be taken into account in deciding *when* to tolerate limits)». He citado por entero el párrafo para que quede claro el embarazo que tiene Bollinger, inmediatamente después de su caracterización de la nación en guerra como familia cuyos miembros suspenden voluntariamente el juicio crítico para unirse en defensa de la causa común. ¿Puede hallarse un ejemplo más evidente de que la aceptación de la guerra lleva, inevitablemente, a la defensa de la intolerancia?

[52] «El significado de la distinción de amigo y enemigo es el de indicar el extremo grado de intensidad de una unión o de una separación, de una asociación o de una disociación; ella puede subsistir teórica y prácticamente sin que, al mismo tiempo, deban ser empleadas todas las demás distinciones morales, estéticas, económicas o de
otro tipo. No hay necesidad de que el enemigo político sea moralmente malo, o estéticamente feo; no debe necesariamente presentarse como competidor económico y tal vez puede parecer ventajoso concluir negocios con él. El enemigo es simplemente el otro, el extranjero y hasta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que, en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero 'descomprometido' y por eso 'imparcial'». (C. Schmitt: El concepto de lo '*político*', Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984, p. 23).

Asumir una actitud tolerante es una vía, un método, un modo de relacionarse con los demás alternativo a combatirlos. Históricamente, la tolerancia se ha invocado, ora por razones ideales de principio, ora por razones contingentes de oportunidad, como alternativa a la lucha, en particular como alternativa a los horrores de la guerra[53]. Por tanto, suena trágicamente paradójico que el estado de guerra pueda ser considerado una circunstancia en la cual quepa suspender legítimamente la tolerancia.

En la concepción aquí mantenida, la tolerancia se justifica por el principio moral del igual respeto a las personas, que bien puede ser considerado una versión del principio kantiano en base al cual se deben tratar siempre a los hombres como fines y no como medios. La tesis de la limitación de la tolerancia en caso de guerra es, lógicamente, un absurdo parejo al de la impugnación del principio kantiano basada en la constatación del hecho de que las guerras existen y no provocan escándalo. Una impugnación similar fue la mantenida por Oliver W. Holmes, quien en 1915 expresó este tipo de reacción frente al principio kantiano: «Confieso rebelarme al instante. Cuando enrolamos a reclutas, los enviamos al frente con las bayonetas a la espalda a morir por una causa en la que tal vez no creen. Al enemigo no lo tratamos ni siquiera como un medio, sino como un obstáculo a eliminar. Ni en uno ni otro caso tengo remordimientos de conciencia y naturalmente no me resulta fácil aceptar una teoría a la que una práctica que apruebo parece contradecir»[54].

El problema planteado correctamente no nos permite, pues, concebir la guerra como una situación en la que sea legítimo *limitar la tolerancia,* puesto que *la práctica de la tolerancia* no puede dejar de concebirse, y así se ha hecho a lo largo de la historia del pensamiento filosófico-político occidental, o como una *elección de oportunidad con la finalidad de evitar la guerra, o* como *un principio por respeto al cual se debe limitar (y tendencialmente eliminar) la guerra.* Así, pues,

---

[53] N. Bobbio: «Le ragioni della tolleranza», cit., p. 240, habla de la «elección de un verdadero método universal, o que debería valer universalmente, de convivencia civil: la tolerancia puede representar la elección del método de la persuasión respecto al de la fuerza o de la coacción. [...] la tolerancia como implicadora del método de la persuasión ha sido uno de los grandes temas de los mejores ensayos que han contribuido al triunfo en Europa del principio de tolerancia al fin de las sanguinarias guerras de religión». Sin embargo, Bobbio considera esta elección como una tercera razón de la tolerancia, junto a la prudencial y a la de principio. A mí, en cambio, me parece que se trata de la elección de un método, que puede llevarse a cabo o por razones prudenciales o por razones de principio.

[54] O. W. Holmes: «Ideals and Doubts», Illinois Law Review, 1915, pp. 1-4; tr. it. en O. W. Holmes, *Opinioni dissenzienti,* cit., p. 336.

a la elección en favor de la tolerancia, sea elección de un principio o de un mero instrumento, va indisolublemente unida la tesis de la inaceptabilidad de la guerra: *la guerra* es -simplemente por definición- *intolerable.*

En consecuencia, resulta que sobre la base de la concepción aquí propuesta, actualmente tomar posición y actuar *en favor de la tolerancia* significa también tomar posición y actuar *contra la guerra,* contra la concepción de la admisibilidad, de la legitimidad de la guerra. No hay que olvidar, como ya dije, que los costes de la tolerancia son altos, muy altos. Y también pueden serlo los costes de la reivindicación de la tolerancia: mayores cuanto mayor es la *fuerza* del *acto lingüístico* de reivindicación, es decir, cuanto más *necesaria* sea *la acción* de reivindicación.

La reivindicación particular de tolerancia que propongo para la actualidad -dada la concepción de la tolerancia aquí mantenida- la propongo como la *acción* en que la cultura jurídica debe comprometerse si quiere ser fiel a los *principios y a los valores* que proclama. Esto quiere decir que tal acción no comporta costes particularmente altos en el plano jurídico-formal, porque en este plano la batalla ya se ha ganado casi en todo el mundo. Las Constituciones, los textos jurídicos supremos que expresan los ideales jurídicos de nuestro tiempo y de nuestra cultura, contienen *el compromiso en favor de la tolerancia* explícitamente declarada instrumental en relación a la finalidad primaria de *evitar la guerra*[55].

En cambio, en el plano cultural, en el de la mentalidad, en el de las opiniones corrientes, y también, lo cual es más grave, en el de la opinión común de los juristas y de los operadores jurídicos, la tesis de la inadmisibilidad (del propio carácter inconcebible de la legitimidad) de la guerra es todavía, desgraciadamente, una posición de vanguardia. La consecuencia es doble: por un lado, al ser el derecho no un hecho, sino el fruto de una operación de reconocimiento llevada a cabo fundamentalmente por los operadores jurídicos[56], la asunción formal del fin de la tolerancia y del repudio formal de la guerra, corren el riesgo de permanecer como mero *flatus vocis.* Por otro lado, la denuncia de la violación de la prohibición jurídico-formal de la guerra corre el riesgo

---

[55] En el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas puede leerse: «WE THE PEOPLES OF THE UNITED NATIONS DETERMINED to save succeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind [...] AND FOR THIS ENDS to practise tolerance and live together in peace with one another...».

[56] Véase la problemática relativa al «aspecto interno de las reglas» de H.L.A. Hart, *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1961.

de no alcanzar siquiera a expresarse como crítica abierta, ya que la considerada legitimación de la intolerancia por parte de la guerra, según una opinión extendida aunque inexpresada o incluso inconsciente, puede comportar el efecto de deslegitimar la crítica[57].

Pero los teóricos de la tolerancia siempre han sabido transitar por senderos ni cortos ni fáciles.

(Trad. de Josep M. Vilajosana)

[57] Precisamente a lo irrazonable de opiniones de este tipo se refiere el siguiente lúcido pasaje de un comentarista de la Constitución italiana (la cual contiene en su art. 11 el rechazo expreso a la guerra): «la guerra es un «hecho del Estado-comunidad, antes que del Estado-organización; del pueblo, antes que del aparato; coherentemente, el compromiso por la paz y el respeto a los otros pueblos [establecido en la Constitución italiana] vincula en primer lugar al Estado-comunidad, al pueblo italiano en su conjunto y a sus componentes individuales. Y el lógico corolario es que el aparato estatal no podría nunca, ni en el curso de la guerra, impedir manifestaciones populares que sean un desarrollo de aquel compromiso». (G. Ferrari: «Guerra (stato di)», in *Enciclopedia del diritto,* Milano, Giuffré, vol. XIX, pp. 832-833, cita en p. 831).

LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA TOLERANCIA

A pesar de que todo el mundo habla de la «tolerancia», parece que no siempre se dice lo mismo cuando se usa esta palabra. Así, por ejemplo, Karl Raimund Popper afirma que la utopía democrática que anhela es una «utopía de la tolerancia»[1] y Robert Wolff define la tolerancia como «la virtud de la moderna democracia pluralista»[2], en cambio, G. K. Chesterton ve en ella la virtud «de la gente que no cree en nada»[3]. Según Richard Vernon y Samuel LaSelva, tolerancia es un concepto político, pero, en modo alguno, una virtud[4]. A su vez, Peter P. Nicholson ve en la tolerancia un ideal moral[5]; Maurice Cranston, por su parte, la considera como «lo segundo mejor que debe ser apreciado en un mundo imperfecto»[6]. Finalmente, Herbert Marcuse señala los rasgos represivos de la «pura tolerancia del sentido y el sinsentido» en la sociedad democrática[7] y Joshua Halberstan hasta sostiene la concepción según la cual la «tolerancia genuina» sería «fácticamente imposible para cualquiera»[8].

---

[1] Karl Raimund Popper, «Toleration and Intellectual Responsibility» en David Edwards, Susan Mendus (comps.), *On Toleration,* Oxford, 1987, pág. 34.

[2] Robert Paul Wolff, «Jenseits der Toleranz» en R. P. Wolff, B, Moore, H. Marcuse, *Kritik der reinen Toleranz»* Francfort del Meno, 1988, pág. 9.

[3] G. K. Chesterton, citado en: Richard Vernon, Samuel LaSelva. «Justifying Tolerance», *Canadian Journal of Polilical Science,* 1984, tomo XVII, pág. 4.

[4] Cfr. Richard Vernon, Samuel LaSelva. «Justifying Tolerance», en *Canadian Journal of Political Science,* 1984, págs. 3 s.

[5] Peter Nicholson, «Toleration as a Moral Ideal» en John Horton, Susan Mendus (comps.), *Aspects of Toleration,* Londres/Nueva York, 1985, págs. 158 ss.

[6] Maurice Cranston, «John Locke and the Case for Toleration» en David Edwards, Susan Mendus (comps.), *On Toleration,* Oxford, 1987, pág. 102.

[7] Herbert Marcuse, «Represive Toleranz» en R. P. Wolff, B. Moore, H. Marcuse, *Kritik der reinen Toleranz,* Francfort del Meno, 1988, pág. 105.

[8] Joshua Halberstam. «The Paradox of Tolerance» en *The Philosophical Forum,* Winter 1982/83, tomo XIV:2, pág. 190.

Esta selección de diferentes manifestaciones sobre la tolerancia permite inferir que los distintos autores se diferencian no sólo por lo que respecta a la evaluación sino también a la definición de la tolerancia. Pero, la diversidad de interpretación indica también que, en el caso de la tolerancia, se trata de un concepto importante que merece ser analizado más de cerca. Por ello, resulta tanto más necesario procurar aclarar el significado de la palabra «tolerancia». Esto es lo que aquí me he propuesto. Partiendo de la definición de tolerancia propuesta por Peter P. Nicholson, deseo considerar ahora las circunstancias que deben darse para que pueda hablarse de tolerancia.

1. LA DEFINICIÓN DE TOLERANCIA DE NICHOLSON

Según Nicholson, estamos frente a un acto de tolerancia si y sólo si una persona *A* omite, por determinadas razones, intervenir *(nonrejection)* en contra de la acción *Y* de una persona *B,* a pesar de que *Y(B)* lesiona *(deviance)* una convicción relevante *(importance) X* de *A (disapproval)* y *A* tiende y puede *(power)* actuar en contra de *Y(B).* En lo que sigue, la palabra «acción» será usada en el sentido de G. H. von Wright, es decir, de forma tal que «designe no sólo intervenciones productivas o preventivas en el curso del mundo sino también omisiones»[9].

Un acto de tolerancia, es decir, la *omisión* de una intervención en contra de *Y(B)* después de *sopesar* las razones en pro y en contra de la intervención, está precedido por un determinado *motivo* es decir, la lesión de una convicción *X(A)* por parte de la acción *Y(B)*, que es el objeto del acto de tolerancia.

Las condiciones mencionadas tienen que darse a fin de que pueda hablarse de tolerancia. Pero, ¿qué significa ser tolerante? Hay que distinguir la tolerancia de la propiedad «ser tolerante» ya que es posible, sin mayor problema, practicar una vez la tolerancia sin por ello ser una persona tolerante. Mientras que el acto de tolerancia consiste en la omisión de una intervención, la propiedad «ser tolerante» requiere una tendencia a practicar la tolerancia cada vez que se dan determinadas circunstancias. Esta tendencia no puede ciertamente ser observada directamente pero sí, en cambio, las circunstancias que deben darse para que pueda realizarse un acto de tolerancia. Cuando una persona *A*, cada vez que se dan estas circunstancias, practica la tolerancia, se puede inferir que *A* tiene una tendencia o disposición a practicar la tolerancia

---

[9] Georg Henrik von Wright, *Handlung, Norm und Intention,* Berlín/Nueva York, 1977, pág.83.

y, por lo tanto, posee la propiedad de ser tolerante. Ser tolerante es, pues, una propiedad disposicional.

2. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA TOLERANCIA

Siguiendo el enfoque de Ernesto Garzón Valdés con respecto a la propiedad disposicional de determinados sistemas políticos de ser estables, se puede decir que

Una determinada persona *A* es tolerante si y sólo si, bajo determinadas circunstancias *C*, presenta la disposición a omitir una intervención, es decir, a no prohibir *Y(B)*[10].

En lo que sigue, habré de analizar más de cerca estas circunstancias.

2. 1. C'- La lesión de una convicción X(A)

Para que se pueda hablar de tolerancia, tiene que existir, por lo pronto, una convicción *X(A)* que es lesionada al tolerarse *Y(B)*. Como afirma Joshua Halberstam, no toda convicción (o, mejor dicho, su lesión) es un candidato para la tolerancia. Parece que sólo puede hablarse de un acto de tolerancia si se produce una lesión de una convicción *relevante,* es decir, la lesión de una opinión que juega un papel importante en el sistema personal de valores y reglas de A[11]. Cuanto mayor sea la importancia de esta convicción, tanto mayor el grado de tolerancia[12].

Pero, ¿cómo puede saberse si en el caso de *X(A)*se trata de una convicción relevante? La importancia de una convicción puede medirse, por ejemplo, observando si el disgusto (o irritación), es decir, el rechazo que provoca su lesión es tan grande que existe una *tendencia a responder con una intervención*. Esto significa que se está dispuesto, debido a la lesión de *X(A)* por una acción *Y*, a llevar a cabo una reacción desagradable para *B*, de forma tal que se prohíba *Y(B),* se la limite o reduzca. Cuando una madre *A*, con una sonrisa en los labios, no obliga a su hijo *B* a que tome la última cucharada de sopa porque éste dice que

---

[10] Cfr. Ernesto Garzón Valdés, *Die Stabilität politischer Systeme. Analyse des Begriffs mit Fallbeispielen aus Lateinamerika,* Friburgo/Munich, 1988, págs. 25 ss.

[11] Cfr. también Peter Nicholson, «Toleration as a Moral Ideal», 1985, pág. 160. Entre *los «constituents»* de la tolerancia, incluye «Importance: The subject of the desviation *[Y(B)]* is not trivial». Quizás habría aquí que agregar que la acción *Y(B)* no tiene que ser considerada como trivial, al menos por *A,* ya que viola una regla de su sistema personal de reglas.

[12] Joshua Halberstam, «The Paradox of Tolerance» en *The Philosophical Forum*, 1982/83, págs. 191 s.

se la reserva para el hada de la sopa, parece que no podría decirse que estamos aquí frente a un acto de tolerancia. Manifiestamente la convicción de la madre de que no existe ningún hada de la sopa no es lo suficientemente relevante como para provocar en ella la tendencia a obligar a su hijo a que termine la sopa. Con otras palabras: en el sistema de reglas de *A*, *X* no es tan importante como para que *A* sienta el deseo de lanzar una prohibición contra *Y(B)*.

Las convicciones *X(A)*, cuya violación es percibida como disgusto, ofensa o hasta amenaza y, por lo tanto, provoca rechazo, pueden proceder de diferentes niveles del sistema de reglas de *A*. Entre ellos, cabe mencionar los siguientes:

2.1.1. Contenidos

a) *Mandatos de la estética*: Mary Warnock, por ejemplo, se considera a sí misma una persona tolerante porque no interviene cuando «uno de los amigos de su hija» se le presenta «con sandalias y traje, o con bastón y saco de tweed», cosa que le disgusta enormemente[13].

b) *Convenciones sociales*: Un invitado provoca, por lo general, desagrado cuando no se atiene a las costumbres habituales de la buena educación en la mesa y, por ejemplo, hace ruidos desagradables o realiza simultáneamente las acciones de comer y de hablar. Ello puede tener como consecuencia que el dueño de casa no vuelva a invitarlo.

c) *Prejuicios*: Según Allport, un prejuicio es «una antipatía basada en una generalización falsa e inflexible»[14] que puede conducir a un rechazo fanático, como lo documenta la persecución de los judíos durante el Tercer Reich. Sin embargo, la frase: «Soy tolerante frente a los judíos» les parece directamente absurda a quienes no comparten este prejuicio. Uno podría sentirse tentado a vincular los prejuicios exclusivamente con aquellos casos extremos tales como el del fanatismo contra los judíos, y llegar a la conclusión de que los prejuicios no pueden ser tomados en cuenta como motivos para la tolerancia. Sin embargo, los prejuicios no son en modo alguno lamentables fenómenos excepcionales, sino parte constitutiva del pensamiento humano. Tal como explica Lippman en *Public Opinion,* el hombre tiene que simplificar la realidad mediante la construcción de un «pseudo-entorno» a fin de poder manejarse con ella[15]. En el caso de los prejuicios, a este mecanismo de protección se suma un elemento de hostilidad. Sin

---

[13] Mary Warnock, «The Limits of Toleration» en David Edwards, Susan Mendus (comps.), *On Toleration,* Oxford, 1987, pág. 125.

[14] Gordon W. Allport, *The Nature of Prejudice,* Reading, Mass., 1954, pág. 10.

[15] Walter Lippmann, *Public Opinion,* Nueva York, 1922, pág. 16.

embargo, «generalización y hostilidad forman parte de las capacidades naturales y comunes de la mente humana»[16] y, por lo tanto, influyen en el pensamiento y en la acción de toda persona. La tolerancia consiste aquí en tomar conciencia de los mecanismos que subyacen a los prejuicios y dominar la hostilidad que de ellos resulta[17].

d) Principios de la *racionalidad medio-fin:* Cuando una persona actúa en contra de los mandatos del «sentido común», ello puede provocar también rechazo. Tal puede ser la sensación que experimenta el marido *A* cuando su mujer *B* se pone a limpiar todas las ventanas porque se avecina la Pascua, a pesar de que, con igual certeza, se avecina una tormenta que -como es fácil de predecir- anulará o reducirá apreciablemente el resultado de la «operación limpieza».

e) *Convicciones religiosas:* El rechazo que puede provocar la violación de convicciones religiosas es el tema de la *Carta sobre la tolerancia* de John Locke. Frente a las convicciones religiosas de quienes profesaban otras creencias religiosas, los cristianos estaban dispuestos a dejar de lado los mandamientos centrales de su propia religión, castigar a quienes consideraban equivocados y, hasta con la tortura y la pena de muerte, ayudarlos a que encontraran el «recto» camino. Esta pretendida «benevolencia celestial» es considerada, con razón, como un buen ejemplo de intolerancia.

f) *Convicciones morales:* La violación de valores morales suele también conducir al rechazo, con tendencia a la intervención. Muchas personas desaprueban, por ejemplo, el consumo y la distribución de material pornográfico. Su convicción *X* de que las acciones sexuales son de una naturaleza eminentemente privada y no pueden ser expuestas públicamente resulta lesionada con la libre disposición de material pornográfico. Por ello, propician que el Estado dicte las correspondientes prohibiciones a fin de impedir lo que ellos consideran como un factor de la desintegración moral de la sociedad.

2.1.2. Tipos de rechazo

La lesión de estos diferentes niveles del sistema de reglas provoca formas de rechazo también diferentes. En la literatura anglosajona se suele distinguir entre *«disapproval»* y *«dislike»;* la primera expresión designa un rechazo fundamentado en razones prudenciales o morales; la segunda, en cambio, un *sentimiento* de rechazo.

---

[16] Gordon W. Allport, *The Nature of Prejudice,* Reading, Mass., 1954, pág. 17.

[17] Cfr. también Bernard Crick, «Toleration» en *Government and Opposition,* 197 1, pág. 145: *«In many cases toleration need not imply the absence of prejudice, but only its containment and limitation».*

Peter Nicholson, por ejemplo, considera que la *«disapproval»* por razones morales puede dar lugar a un acto de tolerancia ya que la tolerancia constituye para él un ideal moral. Y, así, afirma:

> «[U]na definición del ideal moral tiene que excluir *'dislike'*... [T]enemos que ver el ideal moral de la tolerancia sólo en términos de desaprobación, es decir, de la formulación de juicios y el sostener razones sobre las cuales sea posible el argumento moral. La tolerancia es una cuestión de elección moral y nuestros gustos e inclinaciones son irrelevantes.»[18]

Y, así, según Nicholson, la tolerancia, en tanto ideal moral, está definida por las razones morales que abogan en favor del rechazo de lo que se tolera. Por lo tanto, estaríamos frente a un acto de tolerancia sólo si se prescinde de una prohibición de *Y(B),* a pesar de que habrían razones morales para una intervención. La limitación que Nicholson lleva a cabo con respecto al acto de rechazo que considera como «susceptible de tolerancia» no es una mera cuestión de definición. Más bien parece que Nicholson confunde los planos que presentan a la tolerancia como un ideal moral.

En efecto, la tolerancia, en tanto resultado de una «elección moral», significa que hay que realizar una ponderación entre dos fundamentaciones *morales* recíprocamente incompatibles para luego decidirse en contra de una prohibición -*también moralmente fundada*- de Y(B).

Pero, según Nicholson, es también posible omitir intervenciones en virtud de razones no morales. Así, indica, por ejemplo, que la tolerancia puede ser el resultado de un «cálculo prudencial»[19] y ser practicada cuando los costos que resultarían de una prohibición son demasiado altos. Pero, cuando razones morales imponen una intervención, ella no puede ser omitida por razones prudenciales ya que las razones morales son las razones últimas. El rechazo moralmente

---

[18] Peter Nicholson, «Toleration as a Moral Ideal», 1985, pág. 160. Esta opinión es compartida también por Joseph Raz. En su definición de tolerancia establece que la intervención a la cual uno tiende tiene que ser una acción «*which is in itself morally valuable*». Pero, la justificación moral de la intervención se basa en las razones morales para el rechazo, que coinciden con el deseo de intervención. Cfr. Joseph Raz, «Autonomy, Toleration, and the Harm Principle», 1987, pág. 320. Cfr. también Bernard Crick, «Toleration». Government and Opposition, 1971, pág. 157: También según Crick una de las circunstancias de la tolerancia consiste en que *«there is moral disapproval with whatever embodies the threat».* Sin embargo, en otro pasaje, señala que tolera *«smoking in lectures and seminars»* (pág. 150). Se puede suponer que rechaza el fumar en sus cursos no por razones morales, sino porque le molesta. Aquí hay, manifiestamente, una contradicción.

[19] Benjamín R. Barber, citado en: Peter Nicholson. «Toleration as a Moral Ideal», 1985,pág.164.

fundamentado puede ser superado sólo por mejores razones morales en favor de la no intervención. Supongamos, por ejemplo, que la feminista liberal *A* rechaza la vestimenta de las mujeres iraníes porque considera que el *«Tschador»* es expresión de la opresión de la mujer. Esta justificación moral de su rechazo puede ser dejada de lado sólo en virtud de un «mejor» argumento moral en favor de la no intervención, por ejemplo, el reconocimiento del derecho de cada cual a seguir, dentro de ciertos límites, los mandamientos de su propia religión.

Parece pues que la tolerancia, en tanto ideal moral, es una cuestión de las razones morales que abogan en favor de la omisión de la intervención contra *Y(B)*. Aquí es irrelevante el tipo de rechazo -que esté fundamentado subjetiva, irracional o moralmente- que subyace al acto de tolerancia. Uno podría imaginar, por ejemplo, el caso de un modisto que, cuando ve un *«Tschador»,* siente un rechazo y un deseo de intervenir porque esta vestimenta hiere su sensibilidad estética. Aquí no se trata de un caso de *«disapproval»* sino de *«dislike»,* ya que sobre cuestiones de gusto no es posible aducir ningún argumento moral. No obstante ello, el modisto puede superar su rechazo en virtud de la reflexión moral según la cual cada persona tiene derecho a practicar libremente su religión.

Por lo tanto, el tipo del rechazo es irrelevante cuando se quiere precisar el tipo de tolerancia[20]. Lo decisivo para la «capacidad de tolerancia» de un rechazo no es su tipo, sino tan sólo la tendencia a la intervención que documenta la persistencia del rechazo que es desplazado por otras razones.

Las consideraciones anteriores han mostrado que una de las circunstancias *C* de la tolerancia se da cuando la lesión de una convicción *X(A)* provoca un rechazo de una intensidad tal que surge el deseo de proceder en contra de esta lesión. Pero, esto significa también que la intervención debe constituir una auténtica alternativa de acción, es decir, que *A*, en principio, tiene que estar en condiciones de proceder en contra de la lesión de una convicción relevante *X(A)*, es decir, en contra de *Y(B)*.

---

[20] Cfr. Mary Warnock. «The Limits of Toleration», 1987, pág. 135: *«[M] ost of us, understand the objection to the use of human embryoes for research better than we understand the objection to hanging out the washing on Sunday. But for the person who objects to the latter, the sentiments of outrage may be indistinguishable».*

2.2. C^2: La posibilidad de intervenir como una cuestión de competencia

Por ello, Peter Nicholson, al igual que muchos otros autores, afirma que la disponibilidad de medios de poder para la eliminación de *Y(B)* forma parte de las circunstancias de la tolerancia. «El tolerante tiene el poder de tratar de suprimir o prevenir (o, al menos, de oponerse u obstaculizar) lo que es tolerado. «A ha de poseer, pues, la *competencia* o facultad que le permite fácticamente intervenir en contra de *Y(B)*.

Esto presupone, por lo pronto, que *A*, en principio, puede influir en *Y(B)*. Desde luego, tal no es el caso cuando *Y(B)* es una catástrofe natural que escapa totalmente al control de *A*. Tal como correctamente afirma Bernard Crick, «parece no tener sentido tolerar o no tolerar cosas que están totalmente fuera de nuestro control»[21]. Por ello, sólo tiene sentido decir que *A* posee la competencia para prohibir *Y(B)* si *Y* es una acción que realiza un ser humano *B*.

La competencia de *A* para proceder en contra de *Y(B)* puede, por ejemplo, tener un fundamento *jurídico*. Tal como explica Robert Alexy[22], las competencias jurídicas constituyen «posiciones» que pertenecen a los «derechos».

Según Alexy, entre las competencias de todo ciudadano se cuentan, por ejemplo, la creación de asociaciones, la celebración del matrimonio, la adquisición de la propiedad o las disposiciones de última voluntad (Alexy, 220). El ciudadano se convierte así en «legislador privado» (Alexy, 217).

Un empresario, por ejemplo, tiene, dentro de su empresa, determinadas competencias legislativas. Así, puede disponer que dentro de su fábrica no se fume. Si, no obstante ser un convencido no fumador, supera su rechazo y permite fumar, demuestra tolerancia. Pero, si insiste en su prohibición de fumar, sus empleados están obligados a abstenerse de fumar. Por ello, no tiene sentido decir que los empleados toleran la prohibición de fumar impuesta por su jefe; tienen que soportarla si es que desean conservar su puesto de trabajo.

La competencia en virtud de la cual *A* tiene la posibilidad de proceder en contra de *Y(B),* que ella rechaza, puede ser también de naturaleza *moral.* Supongamos que una madre *A* no está de acuerdo con que su hija mayor de edad *B* cohabite con su amigo *[Y]*. Jurídicamente no tiene ningún recurso para proceder en contra de la decisión de su

---

[21] Bernard Crick. «Toleration». Government and Opposition, 1971, pág. 146.

[22] Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte,* Francfort del Meno, 1986, págs. 211-224. Todas las explicaciones que aquí se formulan acerca del concepto de competencia jurídica se basan en las reflexiones de Alexy.

hija. Pero, si la hija confiere un gran valor al juicio moral de su madre, ésta posiblemente estará en condiciones de lograr que su hija abandone sus planes *[Y]*. Si la madre, a pesar de que *Y(B)* provoca en ella rechazo, se abstiene de ejercer su influencia moral, puede decirse que se muestra tolerante. En cambio, la hija no tolera las convicciones morales de su madre; si se abstiene de cohabitar con su amigo actúa en contra de sus propios deseos porque se siente moralmente obligado a seguir los deseos de su madre.

La competencia puede expresarse también bajo la forma de *presión social*. Cuando *B* muestra con orgullo a sus amigos un cuadro que acaba de adquirir, pero constata que a nadie le gusta, posiblemente se abstendrá de colgarlo en la sala a fin de librarse de la crítica general. Pero, si sus amigos, no obstante su rechazo, se abstienen de formular comentarios negativos, a fin de no privarlo a *B* del placer de su nueva adquisición, se muestran entonces tolerantes.

La posibilidad de proceder en contra de *Y(B)* puede también basarse en una competencia fáctica. Ella se da cuando *A* es superior a *B* por lo que respecta a sus medios de poder. Los países industriales occidentales pueden, por ejemplo, debido a su poder económico, ejercer una gran influencia en las decisiones políticas de países dependientes amenazándolos con suspender su ayuda al desarrollo. Cuando se abstienen de utilizar su superioridad económica como medio de presión, a pesar de que no están de acuerdo, por ejemplo, con el desarrollo de la política interna del país receptor, demuestran tolerancia.

Manifiestamente, sólo puede practicar la tolerancia quien está en condiciones de no ser tolerante. Así, pues, se puede hablar de tolerancia sólo si *A* goza de la libertad de decidir entre imponer u omitir una prohibición contra *Y(B)*. En este sentido, me parece correcta la afirmación de Kurt Biedenkopf según la cual la «voluntariedad... es un elemento constitutivo de la tolerancia»[23]. El carácter voluntario de la tolerancia implica, primero, como ya se ha mostrado, que, en principio, *A* posee competencia para proceder en contra de *Y(B)*. Pero, segundo, el ejercicio de esta competencia tiene que estar *jurídicamente permitido* dentro del marco de las leyes generales de la correspondiente sociedad, es decir, dentro del sistema de reglas de esta sociedad. Por lo tanto, no parece tener sentido valorar como tolerante el comportamiento de *A* cuando se abstiene de matar a un opositor *B* a causa de su acción *Y*(por ejemplo, el ejercicio de su religión), a pesar de que fácticamente podría

[23] Kurt Biedenkopf, «Toleranz und Demokratie» en Uwe Schultz (comp.), *Toleranz. Die Krise der demokratischen Tugend und sechzehn Vorschläge zu ihrer überwindung,* 1974, pág. 168.

hacerlo. Pero, la competencia de *A* encuentra su límite en las leyes generales no sólo cuando el ejercicio de la competencia está prohibido sino también cuando el objeto de la tolerancia *Y(B)* está ordenado, prohibido o autorizado en el sistema de reglas de la sociedad.

2.2.1. Los límites de las competencias de A: la posición de Y(B) en el sistema de reglas de la sociedad

Una evaluación entre la intervención y la no intervención es sólo posible si *Y(B)* está nada más y nada menos que *tácitamente permitido* en el sistema de reglas de la sociedad, es decir, se encuentra en la «zona marginal de la libertad», en el «ámbito, pues, en el que los titulares de los derechos pueden disponer de ellos»[24], como lo formula correctamente Kurt Biedenkopf.

Así, por ejemplo, la acción *Y(B)* no puede ser objeto de la tolerancia si está prohibida en el sistema de reglas de la sociedad. *A*, no fumador y propietario de una gasolinera, no se ve enfrentado con la alternativa de prohibir fumar en su establecimiento o de superar su rechazo y permitir que se fume en la estación de servicio. Más bien está *obligado* a prohibirle a sus empleados *[B]* que fumen *[Y]*, ya que existe una prohibición *legal* de fumar cuando hay material combustible cerca. *Y(B)* está, pues, prohibido en las gasolineras y como el propietario carece de competencia legislativa para derogar esta prohibición, no cabe hablar de no intervención, es decir, de tolerancia con respecto a *Y(B)*.

Pero, la acción rechazada no puede tampoco ser objeto de tolerancia cuando se trata de una acción que está *ordenada*. El acompañante *A* de un conductor *B* no practica tolerancia alguna cuando le permite a este último que se ajuste a las limitaciones de velocidad en la carretera, aun cuando esta forma de conducir «poco deportiva» de *B* le provoque un gran rechazo. Como *Y(B)* está ordenado, *A* no se encuentra frente a la elección de presionar a *B* para que conduzca más rápidamente o de abstenerse de hacerlo. Como *A* no está en condiciones de derogar las limitaciones de velocidad, está obligado a no proceder contra *Y(B)*.

Por lo tanto, no tiene sentido hablar de tolerancia frente a *Y(B)* si *Y(B)* está ordenado o prohibido en el sistema de reglas de la sociedad. Esto vale también para todas las acciones *Y(B)* que están *expresamente permitidas*. Como afirman Richard Vernon y Samuel LaSelva,

> «... [el] reconocimiento de derechos de cualquier tipo vuelve innecesaria la tolerancia. Si tener un derecho es tener una *elección*

[24] Ibídem, pág. 173.

protegida, entonces los derechos y los argumentos de la tolerancia difieren, al menos en un aspecto fundamental: la justificación de la omisión frente a la desaprobación es central en el caso de la tolerancia; pero, en el caso de los derechos, no surge ninguna cuestión de interferencia, ni siquiera en el caso de desaprobación y, por lo tanto, no puede surgir ninguna cuestión de omisión o de su justificación»[25].

En Alemania, el policía que no detiene a los participantes de una manifestación autorizada no es tolerante, aun cuando se trate de partidarios del partido de extrema derecha NPD que, en su opinión, niegan los principios básicos de la democracia y, por lo tanto, ponen en peligro la seguridad general, no es tolerante. Su competencia para llevar a cabo detenciones está limitada por la ley según la cual no está autorizado a detener manifestantes que son partidarios de una organización política permitida en Alemania. También los partidarios del NPD tienen, de acuerdo con el artículo 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental, «el derecho a expresar y difundir su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen...» como así también, de acuerdo con el artículo 8, párrafo 1 de la Ley Fundamental, a «reunirse pacíficamente y sin armas». Cuando una acción *Y(B)* está *expresamente permitida* no puede ser objeto de la tolerancia ya que aquí se está obligado a no intervenir.

Quiero ahora resumir brevemente las diversas condiciones que hasta aquí he considerado con respecto al objeto de la tolerancia *Y(B):*

2.2.2. La naturaleza del objeto de la tolerancia *Y(B)*

En el caso de *Y(B),* se trata de una acción que, en el sistema de reglas de la sociedad, está tácitamente permitida, pero lesiona una convicción en el sistema personal de valores de *A* de forma tal que *A* tiende, dentro de las posibilidades de que dispone jurídicamente, a lanzar una prohibición contra *Y(B).*

No se trata necesariamente de una forma de comportamiento mala o incorrecta o que es percibida como tal. Como observa correctamente Raz, también los «reversos» de las virtudes pueden provocar profundo rechazo y, por lo tanto, ser buenos candidatos para la tolerancia. *B* se distingue, por ejemplo, porque suele analizar todos los aspectos de un problema antes de someterlos a una cuidadosa evaluación. Ciertamente cuando se trata de casos difíciles en los que es importante llegar a una decisión bien fundamentada, ésta es una virtud que puede ser de gran

[25] Richard Vernon, Samuel LaSelva, «Justifying Tolerance» en *Canadian Journal of Political Science*, 1984, pág. 13.

utilidad. Pero, cuando se trata de planear qué ha de hacerse un sábado por la noche y *B* se niega a tomar una decisión antes de conocer todas las posibilidades alternativas y de llevar a cabo un estudio a fondo, recurriendo a suposiciones sofisticadas y a perspectivas contrafácticas, esta propiedad -que en otras circunstancias puede ser una virtud- ha de provocar probablemente un profundo rechazo en quienes no están dispuestos a invertir las horas del sábado por la noche en meditar acerca de qué es lo mejor hacer justamente ese sábado por la noche.

Según Raz, «existen varias formas y estilos de vida que ejemplifican diferentes virtudes y que son incompatibles». Esta idea de la existencia simultánea de varias formas de vida virtuosas es lo que él llama «pluralismo moral». Y es justamente este pluralismo moral lo que fatalmente contiene un potencial de intolerancia, porque el representante de una determinada forma de vida rechaza el comportamiento de las personas que siguen otra forma de vida, no por las virtudes que tienen, sino por la ausencia de las virtudes que no tienen porque son incompatibles con la respectiva forma de vida[26].

2.2.3. Conceptos afines

Como se ha visto, las circunstancias de la tolerancia consisten en: a) el rechazo de una acción *Y(B)* que va acompañado de la tendencia a prohibir *Y(B),* estando b) jurídicamente permitido el ejercicio de la correspondiente competencia, y c) la omisión de la intervención, después de haber sopesado las razones en favor y en contra de la intervención. Quiero, por último, mencionar brevemente algunos conceptos que presentan una cierta afinidad con el de tolerancia. Ellos tienen en común con la tolerancia la circunstancia c), es decir, la omisión de la intervención, pero se distinguen de la tolerancia porque no se dan las circunstancias a) y/o b).

Como ya se ha insinuado, la tolerancia debe ser distinguida de la indiferencia. En la indiferencia, no se da la circunstancia a), es decir, el rechazo de *Y(B)*. Por ello, *A* no tienen ningún motivo para proceder en contra de *Y(B)*.

El escepticismo es un caso especial de indiferencia que, a menudo, es confundido con la tolerancia. Así, como ya mencioné al comienzo, Chesterton afirma que la tolerancia es «la virtud de la gente que no cree en nada»[27]. Pero, si no se cree en nada, tampoco puede sentirse ninguna

---

[26] Joseph Raz, «Autonomy, Toleration and the Harm Principle», 1987, págs. 316 s.

[27] G. K. Chesterton, citado en: Richard Vernon, Samuel LaSelva. «Justifying Tolerance» en *Canadian Journal of Political Science,* 1984, pág. 4.

tendencia a intervenir frente a una acción *Y(B)*. El deseo de prohibir *Y(B)* presupone, en efecto, la existencia de una convicción importante que se está dispuesto a defender. Por ello, la tolerancia no es tampoco expresión de una actitud relativista, según la cual no existe verdad alguna de forma tal que «que todo vale; nada es defendible»[28]. En este caso, la tolerancia sería simplemente un sinónimo de indiferencia en vista de la imposibilidad de conocer la verdad y, así, poder asumir una posición[29].

Tampoco parece que tiene sentido calificar como acto de tolerancia la abstención de una intervención por resignación. La resignación es la consecuencia de la impotencia, la convicción de *A* de que no puede hacer nada en contra de *Y(B)n* ya que carece de la correspondiente competencia. La resignación se diferencia, pues, de la tolerancia en virtud de la circunstancia b) de la tolerancia, es decir, la posibilidad de proceder en contra de *Y(B)*[30].

En los casos de indiferencia, de escepticismo y de resignación, no se da, pues, alguna o algunas de las circunstancias constitutivas de la tolerancia. Pero, también hay que distinguir de la tolerancia los casos en los que se presentan todas las circunstancias de la tolerancia pero sólo condicionalmente.

Un caso tal es el de la paciencia. Tanto la tolerancia como la paciencia se refieren a acciones *Y(B)* que provocan el rechazo de *A*. El paciente -al igual que el tolerante- está en condiciones de prohibir *Y(B),* pero no hace uso de su competencia. Sin embargo, en el caso de

---

[28] Karl Popper rechaza esta posición en: «Toleration and Intelectual Responsibility» en David Edwards, Susan Mendus (comps.), *On Toleration*, 1987, pág. 25. Según su opinión, el hombre es falible porque su conocimiento es limitado. Pero, falibilidad no implica que no exista ninguna verdad. A través de la discusión racional de diferentes opiniones, es posible una aproximación a la verdad recurriendo al principio de falsabilidad.

[29] Prescindiendo del hecho de que -al menos de acuerdo con la comprensión de este concepto aquí elaborada- un acto de tolerancia está precedido siempre por la violación de una convicción relevante para *A*, la tolerancia, en el sentido de un principio vinculante, es decir, el de omitir la intervención contra *Y(B)*, no es conciliable con el relativismo. Tal como afirma Ruth Zimmerling: «estas posiciones, en la medida en que infieren, a partir de premisas relativistas, un principio de tolerancia universal frente a otras posiciones éticas, es decir, un principio ético no relativista, son lógicamente inconsistentes.» (Cfr. Ruth Zimmerling, «Necesidades básicas y relativismo moral» en *Doxa n.º* 7 [1990], *pág. 36*.)

[30] Cfr. también Kurt Sontheimer, «Das Allgemeine und das Akademische» en Uwe Schultz (comp.), *Toleranz. Die Krise der demokratischen Tugend und sechzehn Vorschlüge zu iherer überwindung,* 1974, pág. 56: «Por lo demás, tiene poco sentido hablar de tolerancia cuando no puedo hacer nada en contra del comportamiento y el pensamiento de otras personas».

la paciencia, la circunstancia a), el rechazo, no está vinculada con una tendencia a la intervención, ya que la paciencia se basa en la esperanza o en la certeza de que su objeto tiene una existencia transitoria. El paciente *A* no se siente, pues, impulsado a impedir o limitar *Y(B),* ya que parte del supuesto de que en un tiempo prudencial, *Y(B)* habrá dejado de existir. Sólo cuando se le rompe «el hilo de la paciencia», es decir, cuando desaparece su actitud de expectativa porque constata que *B* no modificará su acción *Y*, surge una tendencia a intervenir, a la que -según el uso, en el lenguaje ordinario, de la expresión «perder la paciencia»- se suele también ceder. La paciencia presenta pues todas las circunstancias de la tolerancia pero, la circunstancia a) se limita al rechazo, sin que exista la tendencia a intervenir.

Al igual que la paciencia, la «tolerancia gubernamental», tal como Iring Fetscher llama a las disposiciones arbitrarias de tolerancia[31], presenta todas las circunstancias de la tolerancia; pero, a la omisión de la intervención no subyace ninguna evaluación de las razones en favor o en contra de la intervención. Uno podría imaginar, por ejemplo, que *A* arroja una moneda al aire y resuelve que en caso de «cara» prohibirá *Y(B)* y, si sale «cruz», no procederá en contra de *Y(B)*. Pero, si *A* hace depender su decisión de tolerar *Y(B)* de la casualidad, es decir, si existe la misma probabilidad de que permita o no permita *Y(B),* no parece tener mucho sentido hablar de tolerancia.

Parece, pues, que estamos frente a un acto de tolerancia siempre que se den plenamente las circunstancias presentadas. Así entendida, la tolerancia es un concepto valorativamente neutro. Las frases: «La persona *A* es tolerante» o «La acción *Z* es expresión de tolerancia» no tienen, por lo pronto, ninguna implicación positiva o negativa. Una evaluación de *A* o *Z* sólo es posible si se expresan las razones por las cuales se practica esta tolerancia. Cuando un gobierno, por razones de política de seguridad, tolera ciertas minorías, la tolerancia es un instrumento político. Pero, si el objeto del gobierno es proteger la igualdad y la libertad de todos los miembros de la sociedad, entonces practica la tolerancia en el sentido de una virtud democrática. Si un gobierno tolera incondicionalmente ciertas acciones, invocando el «principio de tolerancia», aun cuando éstas causan daño a una parte de los ciudadanos, la tolerancia puede convertirse fácilmente en un medio de represión, tal como lo pusiera críticamente de manifiesto Herbert Marcuse.

Sin la exposición de las razones para la omisión de la intervención en contra de *Y(B),* no se entiende la frase lapidaria de Peter Nicholson:

---

[31] Cfr. Iring Fetscher, *Toleranz. Von der Unentbehrlichkeit einer kleinen Tugend für die Demokratie,* Stuttgart, 1990, pág. 11.

Sin la exposición de las razones para la omisión de la intervención en contra de *Y(B)*, no se entiende la frase lapidaria de Peter Nicholson: «la tolerancia es correcta y el tolerante es bueno»[32].

Es verdad que la historia de la tolerancia se presenta, en general, como un desarrollo estrechamente vinculado al de una mayor vigencia de los derechos humanos y de los principios de la democracia. Pero, no hay que olvidar que lo que confiere valor moral a la tolerancia son las razones que se invocan para practicarla. No puedo formular aquí mayores consideraciones al respecto. Tan sólo me interesaba presentar un enfoque analítico del concepto de tolerancia y subrayar la importancia de sus circunstancias.

[32] Peter Nicholson, «Toleration as a Moral Ideal», 1985, pág. 160.

LIBERALISMO, PLURALISMO Y COACCIÓN

La idea de tolerancia es un concepto normativo de notable ambigüedad. Su función en una sociedad liberal no deja de plantear problemas sobre su fundamento y límites, ya sea vista como una medida prudencial de quienes toleran, o como un reconocimiento de los derechos de quienes son tolerados. En este trabajo utilizo los conceptos de *neutralidad* y *daño* como recursos explicativos de las actitudes tolerantes, con el objetivo de que despejen algunas de sus contradicciones y paradojas.

I

Los liberales han sido acusados de mantener una actitud de indiferencia ante las distintas concepciones de lo bueno; como ha sostenido Sandel, los liberales no establecen diferencia alguna entre el permiso y la consideración positiva de una conducta, entre la simple tolerancia y el compromiso[1]. Es obvio que no es lo mismo permitir la edición de material pornográfico que aprobar su contenido, como tampoco es lo mismo defender la libertad de expresión que aprobar las opiniones expresadas en el ejercicio de tal libertad. El problema consiste en determinar si del liberalismo se deriva alguna concepción ideal de la sociedad entre la pluralidad de hecho que se da en las sociedades desarrolladas, y también en precisar qué actitud toma frente a esta pluralidad de opciones. Porque parece que del *escepticismo* no se puede derivar lógica ni históricamente una conexión necesaria o contingente con la tolerancia. A menudo se ha considerado a la tolerancia como deudora de una actitud escéptica que impide conocer verdades religiosas y morales y que tiende a favorecer una disposición de *laissez-faire*

[1] Sandel (1984), pág. 1.

frente a creencias y opiniones diferentes y contradictorias. R. Tuck ha estudiado este punto de vista y creo que ha demostrado que en la historia del escepticismo se ha defendido tanto la tolerancia como la represión[2].

Tampoco la idea de la *neutralidad* -como se verá más adelante aporta argumentos definitivos para determinar una guía justificativa de las conductas liberales ante problemas de pluralidad de opciones. El propio concepto de autonomía puede explicar el compromiso del liberalismo con la pluralidad, la libertad y la tolerancia, pero algunas veces lo hace como un mecanismo instrumental de carácter prudencial y sólo dentro de ciertos límites.

Se tendrá que recordar una vez más que la concepción liberal se caracteriza por su compromiso con la autodeterminación individual. Lo que se valora no es la posesión de la verdad moral, sino el ejercicio de la autonomía en su búsqueda: el hecho de que los individuos sean los creadores de sus propias vidas exige una actitud tolerante. Los problemas surgen cuando se presentan individuos o grupos que no consideran a la autonomía como un valor en el orden de sus preferencias: la tolerancia se presenta entonces como un mal necesario -en virtud de las pésimas consecuencias que se podrían derivar de una actitud intolerante- y no como un bien genuino. La defensa de la tolerancia es, pues, puramente pragmática, y ésta era, precisamente, una de las dificultades conceptuales de la defensa escéptica y relativista de la tolerancia. Si el liberalismo pretende justificar la tolerancia sobre el respeto de la autonomía personal no puede llegar a este tipo de estrategias pragmáticas. Pero si la consideración de la autonomía personal es relevante, ¿qué actitud se toma, si no es la puramente pragmática, ante los grupos disidentes que cuestionan el propio valor de la autonomía?

Ante este tipo de dificultades se ha sugerido que lo que une al punto de vista liberal no es un mismo fundamento conceptual, sino una misma actitud práctica. Lo que une a los liberales se debe más a *lo que son* que a *por qué lo son*[3]. No les une un único fundamento identificado con algún valor singular -como podría ser la autonomía, la libertad o la igualdad- sino más bien un acuerdo pragmático acerca de las relaciones entre el Estado y los individuos. En *La filosofía y el espejo de la naturaleza* critica Rorty el papel central que lo que él entiende por epistemología ha tenido en la historia de la filosofía. Según Rorty, la

---

[2] R. Tuck (1988), págs. 21-35.

[3] Hay numerosos ejemplos que son partidarios de este punto de vista. Como muestra de ello, Waldrom (1987), pág. 144: «A liberal state is envisaged as one in which people will practice and pursue a variety of opposing and incommensurable life styles». «Liberais resolve not to favour any particular ends, or to impose on citizens a preferred way of life», Sandel (1984), pág. 3.

epistemología parte del supuesto infundado de que todas las aportaciones a un discurso son conmensurables, es decir, pueden someterse a un conjunto de reglas para llegar a acuerdos en los puntos conflictivos. La epistemología ve a los participantes en un discurso como unidos en una *universitas,* un grupo unido por el interés en conseguir una finalidad común, mientras que la hermenéutica los ve unidos en una *societas,* en la que juntan personas unidas más por la urbanidad que por un objetivo común. Se trata de sustituir, en la terminología de Rorty, el *afán de objetividad* por el de *solidaridad.* Si la epistemología ha pretendido objetividad, lo ha hecho porque ha presupuesto la idea de que existe un lugar común descubrible mediante un ejercicio de la racionalidad. Pero, siguiendo con la interpretación de Rorty, la idea de que existe un lugar común ha ido cayendo en descrédito, lo cual ha borrado las fronteras entre verdades permanentes y contingentes: no puede decirse ya que existen en el hombre un punto central ahistórico y una periferia contingente, sino que la *contingencia* es la categoría central de nuestras vidas. Para Rorty la verdad y la bondad de nuestros juicios o nuestros mandatos no se vislumbran midiéndolos con referencias ahistóricas e inmutables, sino que son asuntos de práctica social, de conversación. La Ilustración sostenía que tener algo por verdadero es creer que puede afirmarse justificadamente, y busca en la razón aquella facultad que permite justificar las conductas y nuestros juicios de modo universal. El pragmático sabe, por el contrario, que parte de manera contingente de una comunidad y que sólo logrará justificar sus pretensiones ante aquellos con quienes puede mantener una conversación, es decir, ante una comunidad con la que contingentemente comparte los supuestos necesarios para conversar.

Si la pretensión pragmática resuelve el problema del pluralismo entre puntos de vista inconmensurables sin acudir a ningún criterio fundamentador -como sería, por ejemplo, el principio de autonomía-, la distinción entre la neutralidad como fundamento filosófico del liberalismo y la neutralidad como guía práctica de la concepción liberal puede servirnos para resolver algunos problemas concretos que surgen de la aplicación de la tolerancia. Porque si algo une a las pretensiones liberales es su idea directiva de que el Estado tiene que ser neutral entre las distintas concepciones de lo bueno que surgen en la sociedad. No creo que el liberalismo lo consiga, porque los límites que impone son lo suficientemente ambiguos e indeterminados como para albergar respuestas incompatibles.

El concepto de neutralidad es ambiguo, de lo cual se han derivado numerosas interpretaciones[4]. No es lo mismo ser neutral respecto de los resultados que de las motivaciones. No se defiende la misma idea de neutralidad entre quienes otorgan mayor o menor relevancia a las

omisiones como posibles factores de responsabilidad moral. No es lo mismo no intervenir para no alterar el status quo que hacerlo para intentar nivelar situaciones de desigualdad. En su artículo *Liberalism* Dworkin sostiene:

> «Political decisions must be, so far as is possible, independent of any particular conception of the good life, or of what gives value to life. Since the citizens of a society differ in their conceptions (of what the good life consists in), the government does not treat them as equals if it prefers one conception to another, either because the officials believe that one is intrinsically superior, or because one is held by the more numerous or powerful group»[5].

Dworkin cree en la exigibilidad de la neutralidad en virtud de su aceptación del principio de igual consideración y respeto de las personas. Existiendo consenso acerca de que el Estado pueda hacer cumplir principios de la moral «intersubjetiva» o pública, los cuales prohíben afectar ciertos intereses de individuos distintos del agente, la cuestión de la neutralidad se centra en si el Estado puede también hacer valer, a través de sanciones y otras técnicas de motivación de las conductas, pautas de la moral «personal», las cuales valoran a las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio individuo que las ejecuta. Mientras que la posición liberal en esta cuestión consiste en decir que el Derecho no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal o planes de vida (los cuales presuponen a su vez algún modelo de virtud personal), la posición opuesta sostiene que la posición del Estado consiste en hacer que los hombres se orienten correctamente hacia formas de vida virtuosa. Dworkin sostiene que ambas posiciones asignan una interpretación diferente del principio de igual consideración y respeto (todos los hombres deben ser tratados como iguales, lo que no siempre supone que todos deben ser tratados de igual modo); mientras que la primera teoría supone que las decisiones políticas deben ser independientes de cualquier concepción de lo bueno o de lo que da valor a la vida, la segunda teoría sostiene que el contenido del tratamiento igualitario no puede ser independiente de alguna concepción de lo bueno para el hombre o de lo que es bueno en la vida, ya que tratar a una persona como a un igual significa tratarla de la forma en que una persona buena y con información completa desearía ser tratada.

Si para Dworkin la igualdad es el fundamento filosófico de la concepción liberal, otros autores se refieren a principios distintos, aunque comparten en cierto sentido sus consecuencias prácticas. Dice Ackerman:

---

[4] Como muestra de ello, véase Goodin/Reeve, *Liberal Neutrality* (1989).

[5] Dworkin (l985), pág. 191.

> «In proposing neutrality I do not imagine I am defending an embattled citadel on the fringe of modern civilisation. Instead, I am pinting to a place well within the cultural interior that can be reached by countless pathways of argument coming from very different directions. As time passes, some paths are abandoned while others are worn smooth; yet the exciting work on the frontier cannot blind us to the hold that the center has upon us» (1980, pág. 12).

De modo que Ackerman sostiene que si bien la neutralidad es básica para la práctica de la política liberal, es indiferente el camino por el que se llega a ella. Ackerman coincide con Dworkin al afirmar la necesidad de una política neutral entre las distintas concepciones de lo bueno, pero disiente en su fundamento basado en la idea de igual consideración y respeto.

El liberalismo defiende la idea de que el Estado es un mecanismo instrumental para la satisfacción de las preferencias individuales, aunque éstas no deben considerarse simplemente como preferencias exógenas. La sociedad liberal se identifica con un escenario neutral en el que una gran variedad de modos de vida opuestos e inconmensurables persiguen sus objetivos. Evidentemente, la prohibición de interferencia estatal tiene ciertos límites, y en la moderna filosofía política se ha venido utilizando la distinción entre lo *correcto* y lo *bueno*. Lo *correcto* viene a determinar los límites dentro de los cuales los individuos persiguen su propia concepción de lo *bueno*. El concepto de lo *correcto* delimita el área dentro de la cual está permitida la interferencia estatal; el concepto de lo *bueno* delimita el ámbito de libertad en el cual no está permitida esa interferencia.

> «The principles of right, and so of justice, put limits on which satisfactions have value; they impose restrictions on what are the reasonable conceptions of one's good... we can express this by saying that the concept of right is prior to that of good» (Rawls, 1971, pág. 31).

Cuando Dworkin habla de los derechos como «triunfos» frente a las posibles decisiones políticas, lo hace en este sentido. Los «derechos» delimitan el área de prohibición de la interferencia estatal -aunque ésta sea necesaria para su protección y garantía-: retiran de la agenda de las decisiones políticas un área de valores indiscutibles e innegociables. Los derechos tienen por función neutralizar preferencias externas, o sea, preferencias acerca de cómo deben vivir los demás.

Ahora bien, ¿es tan clara la línea de separación entre lo *correcto* y lo *bueno?* Se ha dicho a menudo que el lugar donde se sitúa esa línea está a su vez determinado por nuestra propia concepción de lo bueno.

En realidad, lo *correcto* se determina en función de lo *bueno*. Esto nunca será aceptado por los liberales, para quienes lo correcto es anterior e independiente a cualquier concepción de lo bueno. Además afecta al principio de neutralidad, ya que según la crítica formulada no existen concepciones de lo bueno independientes de la interpretación que se le dé a la propia idea de neutralidad. Creo que para delimitar los problemas -e intentar resolverlos- que se derivan del intento de demarcación de estos dos ámbitos es necesario acudir de nuevo al principio del daño tal y como fue formulado por Mill.

Según Ackerman (1980, pág. 11) el principio de neutralidad liberal podría ser enunciado del siguiente modo: ningún ejercicio del poder sobre alguien puede justificarse si exige defender a quien ejerce el poder que, en primer lugar, su concepción del bien es mejor que la que tiene alguno de sus ciudadanos, o, en segundo lugar, él es intrínsecamente superior a uno o más de sus ciudadanos. De manera que lo que implica tal principio es una libertad igual para todos en virtud de la negación de los dos axiomas anteriores. No todos los liberales han defendido el principio de igual libertad y ello se ha debido a distintos argumentos críticos de este principio. Señalaré cinco.

El primer argumento rechaza el primer axioma. Viene a decir que hay concepciones de lo bueno intrínsecamente superiores a otras, y esto debe tomarlo en cuenta el Estado para romper justificadamente el principio de igual libertad[6].

El segundo argumento sostiene que aunque se acepte que todos los modos de vida son igualmente válidos, no se sigue que todas las concepciones de lo bueno deban ser toleradas. Porque el primer axioma puede ser considerado, o bien como una cuestión de hecho -se constata empíricamente que existen distintas concepciones del bien- o bien como una pretensión moral. Si se trata de un enunciado de hecho, la tolerancia de estas concepciones sólo se justifica si añadimos un principio moral: que la gente que mantenga distintas concepciones de lo bueno está legitimada para
seguirlas[7]. El problema consistiría ahora en determinar de dónde viene este

[6] Por ejemplo, véase la posición de Haksar. También Raz defiende una idea perfeccionista de la libertad al considerar la libertad política personal como un aspecto de la vida buena (Raz, 1986, pág. 265). Raz sostiene que el principio de autonomía es un principio perfeccionista: la vida autónoma es valiosa sólo si se ejerce para buscar proyectos valiosos y aceptables, y el principio de autonomía permite e incluso exige a los gobiernos la creación de opciones moralmente valiosas, y eliminar las que son inmorales.

[7] En realidad lo que aquí se valora es el principio de autonomía, tanto si se entiende como la capacidad para llevar a cabo la elección que se ha decidido, como la propia capacidad de elegir; véase Husak (1981).

principio moral. Si se trata de un enunciado moral -como es el principio que se ha añadido- se podría manifestar del modo siguiente: la gente está legitimada para actuar según sus concepciones de lo bueno porque un sistema moral personal es tan bueno como otro. Ahora bien, ¿cómo puede alguien que defienda el principio de neutralidad argüir que un sistema moral es tan bueno como otro sin abandonar el neutralismo?

El neutralista podría sostener que el primer axioma incorpora un enunciado moral de diferente tipo: no todas las concepciones de lo bueno tienen igual mérito, pero todas las personas, en tanto que capaces de adoptar una concepción de lo bueno, merecen igual respeto. Aquí se adopta el primer axioma con el contenido del segundo: se trata de una pretensión fuerte, cuya negación implicaría una forma fuerte de perfeccionismo[8].

También se ha dicho que la justificación neutralista de la libertad no es completamente neutral, ya que al admitir una concepción particular de la forma ideal de la vida humana -la que, por ejemplo, proclama el ideal de tolerancia incorpora dentro de modo implícito un elemento perfeccionista. A veces se expresa de la siguiente forma: el principio de neutralidad no puede ser neutral acerca de la neutralidad; o lo que es lo mismo, no se puede tolerar a los intolerantes. El principio de neutralidad, explicitado en los dos axiomas, no puede tratar neutralmente ideas perfeccionistas, racistas o sexistas que nieguen cualquiera de los dos axiomas. Del mismo modo que, justamente como demócratas, no deberíamos ser «demócratas» con respecto a la democracia, tampoco como neutralistas deberíamos ser neutrales respecto de la neutralidad. El principio de neutralidad no justifica cualquier libertad, sino que más bien distingue entre libertades legítimas e ilegítimas.

Sin embargo, una implicación de la intolerancia de los intolerantes, es que favorece los estilos de vida individualistas sobre los comunitarios. Es decir, como los grupos amenazan la libertad de sus miembros para seguir sus propias concepciones del bien, el Estado neutral tiene que intervenir e

[8] Se pueden distinguir dos tipos de perfeccionismo (Farrell, 1991): el perfeccionismo débil mantiene solamente que una vida autónoma es una parte esencial del bienestar humano; desde este punto de vista, las consideraciones perfeccionistas se reducen a sostener que algunas formas de vida son más idóneas que otras para determinadas personas. Para caracterizar al perfeccionismo fuerte, Farrell utiliza la distinción de Barry (1978, págs. 38-39) entre principios *want-regarding* y principios *ideal-regarding*. Los primeros toman como algo dado las preferencias de la gente, y se preocupan en determinar los efectos que las medidas políticas tienen sobre la satisfacción total de las preferencias, así como de la distribución de oportunidades para su satisfacción. Por el contrario, los principios *ideal-regarding* no sólo defienden el valor de la autonomía, sino que también deciden qué deseos merecen ser satisfechos.

interferir tales grupos para proteger las elecciones personales individuales. Esto unido al hecho de que los modos de vida individualistas son menos costosos al exigir una menor cooperación, hace que se promocionen este tipo de planes de vida frente a los grupales o societarios. Precisamente esta es la crítica que Raz formula a Rawls (Raz, 1986): el Estado puede ser neutral solamente si crea las condiciones de iguales oportunidades para elegir cualquier concepción del bien, con una posibilidad o perspectiva igual de llevarla a cabo. Esto implica la intervención estatal para proteger los modos de vida amenazados (sean individualistas o colectivistas) de extinción. No obstante, este tipo de interferencia niveladora está llena de deficultades: ¿Qué implica la promoción igual de las concepciones de lo bueno? ¿Cómo se pueden medir las perspectivas para llevar a cabo una concepción de lo bueno? ¿Cuándo se puede decir que estas perspectivas son iguales? Más adelante volveré sobre este problema.

Por último, el neutralismo no puede tratar neutralmente los conflictos entre concepciones de lo bueno excluyentes entre sí. El principio de neutralidad protege la libertad de cada persona para seguir su concepto de lo bueno sólo hasta que no se amenace la misma libertad de alguien para perseguir su bien. Entonces, ¿cómo puede el principio de neutralidad tratar situaciones en la que una concepción del bien puede sólo ser perseguida a costa de otra concepción del bien?

El neutralista no debe tolerar la imposición de preferencia externas. No debe tolerar concepciones dañinas del bien: se debe ser neutral entre los amantes de la ópera y los del rock, pero no entre los amantes de la ópera y los violadores. Hay un área de inmunidad en la que funcionan los derechos más que los bienes o lo bueno; la neutralidad requiere un principio adicional -como por ejemplo, el principio del daño- para justificar la libertad.

II

La cuestión acerca de si las normas jurídicas deben imponer coactivamente, es decir, con su aparato de fuerza, ciertas convicciones morales ha sido un problema muy debatido desde los comienzos de la modernidad. La filosofía de los límites del poder tiene su origen histórico en una mentalidad que se genera en Europa durante las guerras de religión, y se manifiesta teóricamente en la distinción entre el *iustum* y el *honestum*, o lo que es lo mismo, en la distinción kantiana posterior entre el foro «interno» y «externo» como criterio de división de las obligaciones por su ámbito de aplicación[9]. Estas distinciones conceptuales son la consecuencia de dos siglos de persecuciones religiosas y

[9] Sobre la filosofía de los límites del poder como precedente de la filosofía de los derechos humanos, veáse Peces Barba (1982).

de intromisiones legales en el ámbito de la conciencia individual. La libertad religiosa expresaba la pretensión de la libertad individual frente al poder estatal, la prohibición moral de someter la conciencia individual a normas jurídicas. La filosofía de los límites del ejercicio del poder exigía la distinción entre dos tipos de obligaciones: las morales y las jurídicas.

> «Se dice entonces que mientras la obligación moral vincula territorios del fuero interno y extrae su fundamento y mérito del motivo interno del obrar, la obligación jurídica somete tan sólo la exterioridad de la acción y exige sólo el cumplimiento externo del mandato sea cual sea el motivo de ese cumplimiento: cálculo, temor, prudencia, etc... Y es precisamente por esa ignorancia de los motivos del obrar por lo que puede incorporar la «coacción» sin disminuir un ápice el valor jurídico del cumplimiento. Algo que, sin embargo, es impensable en la ponderación del valor moral del cumplimiento de las obligaciones éticas que, si se «fuerza», pierde toda su virtud, pero es muy importante que no perdamos de vista el sentido último de todo este movimiento ético-político porque en realidad no tiene la vista puesta en privar al derecho y al poder de un fundamento moral, sino muy por el contrario en formular precisamente un nuevo fundamento moral para el estado político: sólo es legítimo aquel sistema de gobierno que no trata de regular la conciencia individual» (Laporta, 1990, págs. 255 y 256).

Esta tradición encuentra en el principio de Mill formulado en *On Liberty* su plasmación teórica de un modo muy sencillo:

> «Este principio es que el único fin para el que el género humano está autorizado, individual o colectivamente, a interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que el único propósito con el que el poder puede ser legítimamente (rightfully) ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es para prevenir el daño a otros. No puede ser legítimamente compelido a hacer u omitir algo porque ello sea mejor para él, porque le vaya a hacer más feliz, porque, en la opinión de otros, hacerlo fuera sabio o incluso moralmente correcto».

De modo que la moralidad de una acción no es razón suficiente para que esa acción pueda ser impuesta por la fuerza, ni tampoco su inmoralidad lo es para imponer su prohibición de modo coactivo. Sólo el evitar un daño a otros puede funcionar como justificación de la

imposición coactiva de una conducta. La opinión moral de la mayoría no es fundamento suficiente para dar contenido a las normas jurídicas, ni lo es tampoco el bienestar o la felicidad de los destinatarios. En contra del primer postulado se encuentra la posición del moralismo legal; en contra del segundo, *el paternalismo*. También el *perfeccionismo* ignora estos postulados: 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, teniendo el Estado, mediante distintos medios, la potestad de dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores.

Hay autores que han señalado la compatibilidad del liberalismo con enfoques objetivistas y perfeccionistas acerca de la apreciación de intereses. Se ha dicho, por ejemplo, que mientras las teorías negativas de la libertad subrayan la posibilidad de hacer lo que se quiere sin la existencia de obstáculos externos, las teorías positivas asumen que la libertad consiste en algún tipo de realización personal que no depende de los deseos del agente. A veces nos equivocamos en la apreciación de nuestros intereses -nuestro proceso de formación de nuestras preferencias se ve interferido por disonancias cognitivas-, y a veces las restricciones a nuestras acciones no deben ser vistas como limitaciones a nuestra libertad. Quien ha defendido recientemente no sólo la compatibilidad entre perfeccionismo y liberalismo sino su implicación necesaria ha sido V. Haksar[10]. Para este autor sólo si se asume que hay formas de vida superiores a otras se puede afirmar que hay algo que tienen en común todos los hombres por lo que deben ser acreedores de igual consideración y respeto. La posición perfeccionista afirma que la vida humana es intrínsecamente valiosa por contar con la capacidad de proponerse y desarrollar de modo autónomo planes de vida. Esta posición tiene presupuestos pragmáticos, que justifican no hacer diferencia entre los hombres respecto del grado en que desarrollan su autonomía. Según Haksar la concepción perfeccionista lleva a valorar como mejores los planes de vida que expanden la autonomía de los individuos: esto implica que otros planes de vida tienen un status inferior en la sociedad liberal, aunque de aquí no se sigue que los individuos que los ejecutan sean inferiores o merezcan menos respeto. Tampoco se deben prohibir los planes de vida que se consideren inferiores porque esto iría contra el derecho a igual respeto de cada uno. Pero el Estado puede abstenerse de facilitar y financiar planes de vida degradantes, del mismo modo que puede promocionar planes de vida meritorios así como proyectos que protegen el bienestar de futuras

[10] V. Haksar (1979).

generaciones. Como ha sostenido Nino[11], Haksar propone un compromiso entre el desaliento de las formas inferiores de vida y la tolerancia de quienes las siguen.

También Raz ha sostenido un punto de vista similar[12] 12.Raz sostiene que un sistema moral basado en el valor de la autonomía no puede tener como elementos primitivos derechos individuales, ya que la autonomía requiere bienes colectivos que no pueden ser el contenido de derechos individuales puesto que no son objeto de deberes por parte de otros. Añade que es imposible ser neutral acerca de ideales de lo bueno, ni tampoco se puede excluirlos como razones para la acción política. Precisamente, una razón poderosa por la que no se puede mantener consistentemente una postura de neutralidad viene dada por el hecho de que los ideales personales de la moral autorreferente pueden expandirse hacia aspectos de la organización social que implican una invasión del ámbito de lo correcto. Además, el bienestar de los individuos está intrínsecamente unido a formas de organización social, por lo que la división tajante entre moral intersubjetiva y moral personal -que le sirve a Mill para formular su principio del daño a terceros- se diluye necesariamente. Asimismo, las concepciones de lo bueno basadas en la satisfacción de las preferencias individuales -como parecen defender las concepciones subjetivistas del liberalismo- no pueden separarse de los valores que subyacen a ellas, es decir, de la validez de las razones que las determinan. El criterio objetivista exige discriminar entre las razones que están detrás de las preferencias, estableciendo una jerarquización de esas razones según que sean centrales o periféricas para la vida humana[13]. Precisamente, Raz considera que los bienes colectivos como la tolerancia y el respeto son bienes públicos para la sociedad porque son bienes para sus miembros. Lo mismo cabe decir de la cultura pública y la tolerancia religiosa.

Nino distingue entre concepciones de lo bueno y planes personales de vida. Si bien el liberalismo descansa indudablemente en una concepción de lo bueno -o de lo que es socialmente bueno- según la

---

[11] Nino (1989), pág. 207. El propio Nino ha criticado los enfoques objetivistas y perfeccionistas, aduciendo que no sólo es muy difícil hacer explícito cuáles son los planes de vida o intereses favorecidos y descalificados de acuerdo con presuntos criterios objetivos, sino que tampoco se ven claros cuáles son los límites de la intervención estatal en favor de los planes de vida e intereses privilegiados: su discrepancia con el perfeccionismo radica en si la evaluación positiva o negativa de los distintos modos de vida -evaluación cuya posibilidad se comparte- debe tener relevancia jurídica.

[12] Raz (1986), págs. 198 y sigs. Véase también Raz (1989b).

[13] Sobre la concepción liberal de los derechos y sus límites, puede verse Prieto (1990).

cual la autonomía de los individuos para elegir y materializar proyectos y estilos de vida es intrínsecamente valiosa, de esto no se sigue que el Estado deba adoptar una preferencia por ciertos planes de vida sobre otros. Al contrario, la preferencia por algún plan de vida es incompatible con la concepción de la autonomía como intrínsecamente valiosa, ya que la idea de «preferencia» incluye alguna idea de interferencia en la elección de planes de vida. Para Nino la idea de que la vida autónoma sea una parte esencial del bienestar humano no es una especie de perfeccionismo ya que la autonomía no es una propiedad de algunos planes de vida, sino la capacidad para elegir entre la más amplia variedad posible de ellos.

El liberalismo debe ser compatible con una concepción objetivista del bienestar de acuerdo con la cual las preferencias dependen de creencias en ciertos valores. Esto en principio es incompatible con la idea de que sólo se puede garantizar la autonomía personal si se parte de una concepción subjetivista de lo bueno; si lo que es bueno para los individuos es algo objetivamente determinable parece que favorece la idea de su posible imposición con independencia de las decisiones y preferencias individuales. Pero creo que es distinto mantener una concepción objetiva de lo bueno y mantener o justificar su vinculatoriedad coactiva. Una cosa es justificar el contenido de una pretensión y otra bien distinta justificar su imposición coactiva. Del mismo modo, puedo tener razones para pensar en la legitimidad de la vinculatoriedad de una pretensión aunque no esté de acuerdo con su contenido. Creo que en esto radica la justificación de los sistemas políticos democráticos: son depositarios justificados de la fuerza aunque con ello no se zanja la justicia del contenido de sus decisiones.

La concepción subjetivista del bien -y, por tanto, la concepción de que las preferencias son variables exógenas inmodificables- ha sido avalada, con independencia de su identificación con el placer en las versiones más toscas del utilitarismo, por una confusión entre el enfoque interno y el externo de las preferencias[14]. Si preguntamos a alguien si

[14] Nino (1989), págs. 212 y sigs., y Nino (1989b), págs. 37 y sigs. El aspecto interno y externo de la preferencias es una versión del problema general del punto de vista interno sobre la conducta humana. Precisamente la paradoja de la tolerancia no es más que una manifestación de la tensión entre el aspecto interno y externo del discurso moral. La paradoja consiste en el hecho de que los principios avalados por los criterios de validación internos del discurso pueden llevar a permitir comportamientos que socavan las condiciones externas para que ese discurso cumpla sus propósitos (se tolera a los enemigos de la libertad). Y viceversa, hay comportamientos que pretenden justificarse sobre la base de la necesidad de crear un ámbito de libertad y democracia, y que por su carácter discriminatorio no son sin embargo admisibles, a pesar de su posible eficacia para el fin perseguido, según los criterios de validación internos de nuestro discurso (no se tolera a quien puede hacer posible el ejercicio de la libertad, pero emplea medios discriminatorios).

considera valioso satisfacer sus propios deseos, contestará afirmativamente, no porque tenga esos deseos sino porque valora las cosas que respaldan esos deseos, y considera que es valioso satisfacer lo que considera que es valioso. Esto implica que para satisfacer deseos de otros se tiene que tener en cuenta no el hecho de que tengan tales deseos, sino la validez de las razones que los determinan. Nino sostiene que el desconocimiento del aspecto interno de las preferencias al asignar valor a su simple satisfacción tiene una consecuencia muy negativa: parece quitar todo valor a la autonomía. Si la libertad consiste en la satisfacción simple de las preferencias o deseos individuales, y si no hay ningún valor que preceda la formación de los deseos, entonces parece que la satisfacción de las preferencias reveladas no puede tener valor. Pero si se tiene en cuenta el aspecto interno de las preferencias y se las satisface sólo en la medida de la validez de las razones que las respaldan, esto parece facilitar la imposición coactiva de ciertos valores con independencia de las preferencias reveladas. Lo que hace disminuir la intensidad de la autonomía.

Ahora bien, si la autonomía se entiende más como un valor objetivo que forma una parte esencial de cualquier concepción del bien, toda acción que en nombre del bien perjudique tal autonomía es autofrustrante. No se puede llevar a cabo la imposición coactiva de ciertos valores transgrediendo un componente esencial del contenido de cualquier concepción del bien.

Pero volvamos al principio del daño a terceros como guía legislativa de la concepción liberal. Según Mill es el daño a terceros la única garantía de la interferencia estatal: los gobiernos tienen que tolerar aquellas acciones que no caen bajo su ámbito. Pero ¿cuál es el criterio en virtud del cual se puede decir que una conducta causa daño? En su personal interpretación de Mill, J. Gray dice:

> «Does he intend the reader to understand 'harm' to refer only to physical harm, or must a class of moral harms to character be included in any apllication of the liberty principle? Must the harm that the restriction of liberty prevents be done to identifiable individuals, or may it also relevandy be done to institutions, social practices and forms of life? Can serious offence to feelings count as harm so far as the restriction of liberty is concerned...? Can a failure to benefit someone, or to perform one's obligations to the public, be construed as a case in which harm is done?» (Gray, 1983, pág, 49).

La interpretación de todos estos elementos hace que la versión del concepto de «daño» pueda variar profundamente. El principio del daño establece un límite negativo que no puede traspasar las acciones de los sujetos autónomos. Este límite tiene que enfrentarse con el problema de su puesta en práctica para solucionar los posibles conflictos que surjan entre las exigencias de la justicia y las del ejercicio de la autonomía.

El principio del daño de Mill es un ejemplo del principio de neutralidad. En este sentido, sostiene Raz:

> «The doctrine of political neutrality claims that (some) political actions should be neutral regarding ideals of the good life, that implementation or promotion of ideals of the good life is, though worthy in itself, not a legitimate ground for (some) political actions. Such a doctrine is a doctrine of restraint since (as understood here) it advocates neutrality between valid and invalid ideals of the good alike. It demands not only that the promotion of unacceptable ideals should not be the ground for (some) political actions, but also that the promotion of acceptable, correct, desirable ideals should be equally shunned» (Raz, 1982, pág. 91).

Es decir, mientras que el principio del daño permite algunas veces la interferencia legal, la imposición de un ideal nunca justifica tal intervención. Ahora bien, ¿se puede trazar una clara distinción entre acciones que causan daño y acciones que provocan simplemente cierto tipo de disgusto, aversión o desaprobación? ¿Las acciones que provocan desaprobación o disgusto son en sí mismo dañinas?

En el ámbito anglosajón el *Report of the Commitee on Obscenity and Film Censorhip* (The Williams Committee) de 1979 apelaba directamente a Mill al sostener que «ninguna conducta debería suprimirse por el Derecho a menos que se demostrara que produce daño a alguien». El concepto de «daño» que utiliza el Comité es el daño físico real, y éste es un criterio demasiado estricto como para que pueda llevarse hasta sus últimas consecuencias. Pero si el concepto de «daño» se construye de manera amplia, abarcando aspectos tan ambiguos como el daño moral, la ofensa o la simple molestia o impertinencia, cualquier conducta, dado el hecho del pluralismo de preferencias y deseos, podría ser penalizada bajo el amparo de este criterio tan impreciso. De modo que si el concepto de daño se construye de una manera restrictiva, se dejan al margen del Derecho conductas sobre las que sería necesario cierto amparo legal; y si se construye amplio, puede justificar la interferencia legal de modo ilimitado. Además, nuestras discrepancias sobre los contenidos del concepto de «daño» no se deben a simples estipulaciones lingüísticas, sino a una divergencia de nuestras más profundas convicciones morales[15].

---

[15] A veces nos molesta el simple conocimiento de la existencia de modos de vida y opiniones que consideramos inmorales. ¿Estaría incluida esta simple incomodidad en el contenido del principio del daño formulado por Mill? Waldrom ha contestado de modo convincente (Waldrom, 1987) a esta cuestión. En el trabajo citado sostiene que la respuesta no puede ser resuelta mediante un análisis del concepto de daño, sino en virtud de los argumentos que se defienden en *On Liberty*. Por consiguiente, como Mill

Con referencia a las tesis del Comité Williams, Dworkin señala lo siguiente:

> «Suppose «harm» is taken to exclude mental distress, but to include damage to the social and cultural environment. Then the harm condition is in itself no help in considering the problem of pornography, because opponents of pornography argue, with some force, that free trafic in obscenity does damage the general cultural environment» (Dworkin, 1985, pág. 337).

Dworkin sostiene que el principio del «daño» no ofrece ningún criterio o guía para justificar o deslegitimar la acción estatal. De modo que ofrece un concepto alternativo basado en la idea de «derechos», el cual le sirve para diseñar una estrategia que delimite el área de intervención estatal. No obstante, Dworkin sostiene que aunque no hay un derecho general a la libertad, ciertas libertades tienen el status de derechos -en un sentido fuerte- porque están justificadas por el principio de «igual consideración y respeto». Este principio es una justificación de ciertas libertades ya que otras pueden ser restringidas para promocionar el interés público sin impugnar el principio de igual consideración y respeto.

III

La formulación de Dworkin de la posición liberal puede ser expresada en términos de neutralidad, aunque este término no sea precisamente un ejemplo de claridad conceptual. No obstante puede proporcionar las pistas de la relación de la tolerancia con la idea del pluralismo y el principio del daño[16].

El concepto de neutralidad presupone una disputa o conflicto entre dos o más partes (personas, equipos, naciones, religiones, ideales, valores), y centra su atención en una parte adicional, o tercera parte, cuyas acciones y status son propiamente el objetivo de la calificación de neutralidad o no neutralidad. En este sentido se puede decir que la imagen de la tríada judicial (demandante, defensor, juez) se invoca a menudo, pero no siempre la tercera parte necesita actuar como mediadora para ser juzgada como neutral o no neutral; a veces, si esta tercera parte se ocupa de sus propios asuntos ignorando el conflicto puede ser calificada de neutral.

---

valoraba positivamente la confrontación de opiniones morales como medio del progreso moral, también debía valorar como un bien positivo -más que como un daño- el simple disgusto o molestia aludida.

[16] Sobre este punto mi exposición sigue la argumentación de Waldrom (1989, págs. 61-84).

Si el presupuesto de la neutralidad es un conflicto entre dos o más partes, esto implica a su vez el hecho del pluralismo normativo. La posibilidad de lograr un consenso moral en una sociedad liberal es improbable, ya que no existe un conjunto de virtudes que sea exhaustivo o totalizador. El rechazo del pluralismo ha generado intolerancia y normalmente ha ido acompañado de prácticas políticas totalitarias. Además, algunas virtudes implican la ausencia de otras y algunas igualmente valiosas son incompatibles.

El pluralismo moral es el punto de vista que sostiene que existen distintos tipos de concepciones de vida que ejemplifican distintas virtudes incompatibles. Una concepción o plan de vida incluye nuestros propósitos, los objetivos y valores que guían nuestras acciones, así como nuestros gustos y otras preferencias. En la concepción liberal una concepción individual de la vida buena es un plan de vida o estrategia para vivir que un individuo usa como base de sus más importantes decisiones, así como para diseñar sus pretensiones e identificar sus obstáculos. No se trata de un plan de actuación detallado y fijo que pudiera responder a la pregunta ¿qué he hecho? o ¿qué haré?, sino que responde a ¿qué es lo que estoy haciendo con mi vida? Si bien mi plan o concepción de vida puede cambiar -no tan a menudo como a veces se pretende- sí tiene sentido que guarda cierta unidad reflexiva y valorativa como elemento integrador de un pasado, un presente y un futuro. Porque mi concepción de la vida buena no se puede explicar en términos puramente prudenciales: no es simplemente el ejercicio de una planificación de mis actividades para maximizar en el curso de nuestras vidas la satisfacción de las preferencias a las que profeso cierta adhesión; creo que es un asunto más reflexivo que lo que es una simple estrategia de actuación. Implica un proceso de distanciamiento crítico y compromiso con el entorno normativo en el que se vive, un proceso abierto de evaluación crítica.

Como el proceso de formación de una concepción de la vida buena implica hacer una evaluación, el legislador se ve tentado a interferir este proceso. Supongamos que millones de españoles se vean motivados por deseos de bestialismo y pedofilia y otros gustos similares; la neutralidad liberal sostiene que el legislador no debería interferir este proceso de toma de decisiones, no porque considere valioso el contenido de las mismas, sino porque cree que hay algo más importante: la propia capacidad individual para formular la evaluación de su propia vida, lo cual tiene una importancia moral independiente del valor moral del contenido de cada decisión. O lo que es lo mismo, la interferencia legal con el propósito de modificar tales evaluaciones posee un disvalor superior al que tiene el contenido de las evaluaciones decididas de modo autónomo por los sujetos sobre los que pesa tal interferencia. Precisamente,

la teoría que explica por qué es importante y positivo el que los individuos formulen sus propias evaluaciones y por qué la interferencia legal también lo es, pero de manera negativa (con independencia del mérito moral de su intención) constituye el núcleo central de la justificación liberal de la neutralidad y la tolerancia.

Decía antes que uno de los elementos centrales para poder practicar la tolerancia es el pluralismo. El ejercicio de la autonomía individual se lleva a cabo mediante la elección entre distintas opciones, que dada la limitación de nuestros recursos, se presentan a veces como incompatibles. La incompatibilidad no desmerece el valor de cada opción, el cual está determinado por las razones que justifican cada una de ellas. Si la autonomía es considerada como intrínsecamente valiosa, esto conduce a decir que tener más opciones es más valioso que tener menos, juicio al que se adhieren los economistas. Elegir entre distintas opciones es bueno porque, o bien contribuye a obtener otras cosas buenas o bien se considera que es un bien en sí mismo. Al aumentar las opciones se contribuye a aumentar el bienestar de los individuos porque se incrementa la probabilidad de que uno pueda ver cumplidos sus deseos. Aparte de este valor instrumental se dice que la posibilidad de elegir contribuye positivamente a la formación o autorrealización moral de las personas. En este sentido se sostiene que lo que tiene valor intrínseco no es disponer de distintas opciones, sino ser consciente de la capacidad que uno tiene para elegir entre distintas alternativas. Esto fundamenta la capacidad de elegir, el hecho de tener algunas opciones, pero no el tener más opciones. No siempre el tener más opciones beneficia la satisfacción de los intereses individuales, pues es bien conocido el proceso de formación de preferencias distorsionadas, tal y como vimos anteriormente.

Tener en cuenta esto contribuye a aclarar una errónea identificación entre dos ámbitos distintos, en los cuales si bien los procesos de formación de las preferencias son similares, no debe ser así su toma en consideración. Porque esto último puede generar distintos modos de comprender la política que se lleva a cabo en un sistema democrático. No es lo mismo, como hacen los partidarios de la teoría de la elección social, compartir una concepción del proceso político como un mecanismo instrumental en el que los actos decisivos son los votos secretos -es decir, actos privados-, y en el que el propósito de la política es el compromiso óptimo entre intereses privados exteriorizados, opuestos e irreductiblemente inconmensurables, que, por el contrario, sostener que la conducta fundamental de los procesos políticos es pública, y que la naturaleza de la política no es instrumental. Según, por ejemplo, Habermas, el propósito de la política sería más bien el *acuerdo racional* que el simple *compromiso*; los actos políticos decisivos no serían tanto

los constitutivos de los votos, sino la discusión en debates públicos con el objetivo de lograr un consenso. Según los teóricos de la democracia participativa -como por ejemplo, J. S. Mill- el propósito de la política es la transformación y educación de los participantes: la política es un fin en sí mismo, y su cuestión central es más bien la transformación de las preferencias que la simple agregación.

De acuerdo con esta concepción, el núcleo del proceso político es el análisis público y racional acerca del bien común, y no el acto aislado de votar de acuerdo con preferencias privadas. La meta de la política debe llegar a conseguir el consenso unánime y racional y no un compromiso óptimo entre intereses inconmensurables. En definitiva, el *foro* no debe verse contaminado por los principios que regulan el *mercado*[17].

Volvamos de nuevo a la imagen de la neutralidad. Decía antes que el concepto de neutralidad presupone un conflicto entre dos o más partes, y también la existencia de una tercera parte cuya conducta es el referente de la existencia o no de una conducta neutral. Dos aspectos deben señalarse: en primer lugar, que la conducta de la tercera parte no puede ser descrita como neutral si toma partido en el debate que se discute; en segundo lugar, si las acciones o existencia de la tercera parte no pueden influir en el debate, tanto en su curso como en los resultados, entonces no surge la cuestión de la neutralidad.

Este concepto ha encontrado en el Derecho Internacional un campo de abono, pero incluso en este ámbito no ha tenido un significado fijo e incontrovertible. Propondré un ejemplo: un gobierno neutral tiene el deber de abstenerse en la ayuda a cualquiera de dos partes beligerantes; pero no se exige la prohibición a sus ciudadanos privados de negociar con alguno de los dos países beligerantes. De modo que hay una distinción implícita entre acción gubernamental y negocios privados, lo cual en principio sirve como línea de demarcación entre acciones neutrales y no neutrales. Pero, ¿qué sucede si el Estado controla la actividad económica de su sociedad directa o indirectamente mediante empresas nacionalizadas o por algún otro mecanismo de economía intervenida?

El concepto de neutralidad es impreciso y depende del contexto en el que se utilice; no es lo mismo su uso en la diplomacia internacional que como ideal judicial; también es distinta la idea de neutralidad cuando se habla de colores, gustos o elementos químicos, la neutralidad en el análisis metaético, en el ámbito de las ciencias sociales, en la

[17] J. Elster, *The market and the forum: three varietes of political theory,* en Elster/Hylland (1989), págs. 103-132.

educación, etc. Así, cuando el liberalismo habla de la deseabilidad de una legislación moralmente neutral, no está claro a qué tipo de concepción se refiere[18].

Por ejemplo, cuando Dworkin sostiene que un legislador tiene que ser neutral entre distintas concepciones competitivas de lo bueno, ¿está hablando acerca de la neutralidad respecto de la *intención* del legislador, o acerca de la neutralidad de los *efectos* de las acciones del legislador? Hay autores, como por ejemplo Raz (1986) o Montefiore (1975), que han interpretado la neutralidad liberal con respecto a las consecuencias de la acción legislativa: un Derecho neutral no puede aumentar las oportunidades de llevar a cabo un peculiar estilo de vida en detrimento de otro, ni tampoco, aumentar las probabilidades de elegir un plan de vida en detrimento de otro. Este criterio presenta grandes dificultades, porque es muy difícil encontrar el punto de referencia con el que se tiene que medir los efectos de la legislación. En lugar de ello, los liberales pueden hablar de neutralidad de intenciones, es decir, neutralidad respecto de los motivos y razones que usa el legislador para justificar las leyes: el poder no debe ejercerse en virtud de razones no neutrales. Por ejemplo, si el Estado prohíbe trabajar los sábados no es debido a un respeto discriminatorio de la religión judía -lo cual sería una razón no neutral, sino por razones del descanso laboral (aunque se beneficie la religión judía y no otras religiones).

Como la neutralidad depende de las razones que se tienen para el establecimiento de la medida que se discute, habrá que determinar las razones que existen detrás de cada medida legal, lo que implica una gran dificultad. En realidad, no se puede decidir simplemente qué tipo de neutralidad se quiere adoptar ya que ello depende del tipo de justificación que se use en favor de la neutralidad. ¿Se basa en un compromiso positivo con la pluralidad ética? ¿Se basa en el escepticismo moral? ¿Se basa en una fe en el progreso moral? ¿Se basa en la preocupación por un posible desarrollo del perfeccionismo moral? ¿O en la creencia en el principio de igual consideración y respeto?

Por ejemplo, el argumento del escepticismo moral puede justificar una concepción de la neutralidad basada en las intenciones del agente, mientras que el argumento pluralista puede congeniar mejor con la neutralidad consecuencia lista. Porque el escepticismo moral ve como algo irracional intentar actuar con razones morales, mientras que el pluralismo moral se preocupa de que ninguna medida legislativa disminuya la pluralidad de los distintos planes de vida. En definitiva, las

[18] Véanse los usos del concepto de neutralidad en los diferentes ámbitos -estatal, legal, económico, educativo, científico, etc.- en el libro colectivo de Goodin y Reeve (1989).

diferentes líneas de argumento de la posición liberal generarán diferentes concepciones de la neutralidad, las cuales generarán a su vez diferentes y quizá exigencias mutuamente incompatibles en el nivel de la práctica legislativa. Esto contradice radicalmente la tesis de Ackerman quien sostiene que debemos ser neutrales no solamente acerca de los ideales éticos, sino también acerca de la propia neutralidad[19]. Esto plantea una paradoja sobre la que luego volveré.

Una teoría de la neutralidad y de la tolerancia no sólo tiene que explicar *por qué* se exige, sino también *a quién* se exige y *sobre qué* se exige. Si bien se insiste en que el legislador tiene que ser neutral respecto de lo que constituye la vida buena, no se insiste con respecto a la gente en general. Si el concepto de vida buena tiene un uso, la neutralidad no puede ser exigida de todo el mundo, ya que lo *bueno* es un concepto discriminador y evaluativo.

La exigencia de neutralidad funciona mejor en el ámbito de la moralidad política: no es erróneo para alguien favorecer una concepción particular de la vida buena, pero lo es en su capacidad de legislador, de funcionario público. Creo que la neutralidad es una virtud política, porque hay algo en la vida política que la hace especialmente importante: la *fuerza*, la *coerción,* la capacidad de violencia institucionalizada, elemento que está ausente en la esfera moral o en la búsqueda de propósitos morales[20].

La fuerza y la coerción son inútiles en el ámbito de la moral, porque la adhesión de una persona a una concepción de la vida buena es asunto interno de su propia conciencia. Esto lo vio muy bien Locke, para quien el uso de las sanciones en la esfera moral no tiene ningún sentido. La acción no neutral por el legislador es simplemente irracional, ya que se usan medios que no están adaptados ni son eficaces para el fin que se pretende perseguir. Por el contrario, la organización autónoma de la vida personal tiene un significado relevante. Según esto, lo erróneo de la coerción asociada al Derecho es que usurpa e interfiere el proceso significativo de la organización autónoma de la propia vida, moldeando de modo heterónomo las concepciones personales; parece que esto es inapropiado. Ahora bien, es difícil establecer con precisión la línea que demarca una conducta coercitiva de otro tipo de conducta, como por ejemplo la persuasiva. La identificación de esta línea no es un asunto estipulativo, sino que hay que preguntarse por qué importa la coerción y qué valores se esconden detrás de una práctica coercitiva.

---

[19] Ackerman, B. A. (1980). Sigo en este apartado la crítica que formula Waldrom en Goodin, R. E. y Reeve, A. (1989), págs. 61-83.

[20] Me refiero al ámbito de la argumentación moral, y no al de la moral institucionalizada, la cual emplea el principio de autoridad en la imposición coactiva de sus contenidos.

Decía antes que una teoría de la neutralidad tiene que preguntarse sobre qué se exige ser neutral. La neutralidad liberal no lo es relación con todos los valores morales, ni tampoco sostiene que la legislación esté «libre de valores». Parece que estas ideas son incoherentes, ya que la neutralidad es un valor en sí misma: es una posición normativa, una doctrina acerca de lo que los legisladores y la administración debe hacer. Se podría decir que es una doctrina que sostiene que es equivocado para ciertos temas entrar en la arena política.

MacCormick ha distinguido entre teorías morales acerca de la legislación, del desarrollo y aplicación de los valores morales y mediante la legislación[21]. La pregunta que se hace este autor es la siguiente: ¿Hasta qué punto, sí cabe, debería utilizarse la ley para la consecución de valores morales? Porque esta es una cuestión de moralidad política, dado que se refiere al correcto ejercicio de los poderes públicos con que están investidos los órganos del Estado: el legislativo, el gobierno, jueces, policía, fiscales. El punto a discutir no es si se debería utilizar el poder del Estado en conformidad con principios morales, sino qué principios morales deberían observarse en el ejercicio del poder del Estado. Sobre ello se pueden formular dos puntos de vista, según se mantenga o no la idea de que el responsable correspondiente esté moralmente obligado a ejercer sus poderes legislativos sin hacer referencia a la cuestión de cuál es la conducta moral correcta o equivocada de los ciudadanos. Tanto si se adopta un punto de vista como el otro se está afirmando un principio moral, el que sostiene que el poder debe o no debe utilizar sus facultades para implantar valores morales. Expondré, siguiendo a MacCormick en este punto, algún argumento que justifique la no intervención estatal en este ámbito, aunque después se vea la imposibilidad de mantener la abstención estatal en materias morales, especialmente mediante la defensa del principio del daño.

Los defensores de que el Estado no deba imponer ningún contenido moral mediante sus disposiciones, subrayan la importancia de la moralidad para los seres humanos: demasiado importante como para dejarla en manos del Estado. Las exigencias de la moralidad incumben a cada ser humano en tanto que ser autónomo. Los verdaderos valores morales se llevan a cabo al margen de la coacción, por lo que la virtud moral no está constituida por una conformidad aparente hacia modelos de conducta externamente impuestos, respaldados por la amenaza de castigos legales; está constituida por el libre autocompromiso con modelos de conducta y valores internamente aceptados, y por decisiones motivadas por este autocompromiso. La disciplina moral es autodisciplina, no la

[21] MacCormick (1982), págs. 27-43.

disciplina de la policía, tribunales y prisiones. De modo que el cultivo de los valores morales exige libertad de elección, libertad de expresión y discusión como caminos para llegar a la verdad moral.

Ahora bien, este principio está formulado en términos negativos. ¿Cuáles serían las bases permisibles para el ejercicio del poder público? La concepción liberal ha respondido con el principio del daño a otros: los poderes del Estado pueden utilizarse legítimamente para impedir que unas personas dañen a otras. Algunos, como por ejemplo Hart[22], extienden el concepto de daño de manera que incluya la perpetración de ofensas a los sentimientos o sensibilidad de las personas mediante exhibiciones o manifestaciones públicas, así como ciertos paternalismos admisibles. Lo que parece obvio es que el castigo conlleva un daño producido intencionadamente a las personas mediante acciones tales como el embargo de la propiedad, o la privación de libertad, o la imposición de sufrimiento físico. El castigo es utilizado por el Estado sólo para disminuir o restringir la imposición de formas de sufrimiento similares a personas inocentes. De modo que si se defiende la idea de que el Estado no debe imponer ningún contenido moral, se hace porque se tiende a asegurar la minimización del sufrimiento humano deliberadamente producido por otros seres humanos: al cumplir el principio del daño, se permite que el Estado amenace o imponga daños por medio del castigo, pero sólo para impedir la perpetración privada de daños mayores de tipo fundamentalmente similar.

Ahora bien, la ley penal, al prohibir la conducta intencionadamente lesiva y al someter a castigos a los que producen el daño, parece hacer cumplir forzosamente exigencias que también son exigencias morales. Es decir, si el principio del daño autoriza la utilización del poder del Estado para hacer cumplir ciertos valores morales -como sería la autonomía de las personas-, esto contradice la tesis que sostiene la ausencia de un contenido moral en las disposiciones legales.

Una posible respuesta podría sostener que las leyes autorizadas por el principio del daño sólo coinciden o cubren exigencias morales aunque en realidad no hacen cumplir tales valores morales. Lo que importa a las autoridades del Estado es la calidad de dañina de la conducta lesiva, no su carácter inmoral. Pero esta interpretación estaría sujeta a dos objeciones radicales: la primera viene a decir que la justificación del principio de la ausencia de contenido moral unido con el principio del daño depende de un recurso al valor moral del respeto a las personas en tanto que agentes morales autónomos. De manera que existe un valor derivado de proteger a las personas frente a invasiones

[22] Hart, H. L. A. (1963) y (1965).

de su autonomía, y esto expresa el contenido de un valor moral fundamental. Es frecuente encontrar en la mayor parte de las interpretaciones del principio del daño una referencia al principio de autonomía. Raz, por ejemplo, interpreta la autonomía de un modo perfeccionista, y trata de conciliar esta pretensión con el principio del daño[23]. Esta pretensión plantea muchas dificultades: existe una difícil compatibilidad ente el principio del daño y el ideal perfeccionista de autonomía, ya que es muy difícil evitar la interferencia de las acciones moralmente repugnantes que no producen daño a otros[24].

No hay que olvidar que el Derecho penal versa en gran parte sobre cuestiones referentes a valores morales. Los delitos se definen en virtud de consideraciones normativas acerca de la justicia de la propiedad privada, la tributación o el alcance y límite de los derechos de bienestar. El recurso a la ley penal es siempre parasitario -o, al menos, subordinado- a un orden legal establecido de derechos y deberes en las esferas públicas y privadas; dicho orden ha de fundamentarse en alguna concepción sobre una ordenación justa de la sociedad.

Además, el acto de «castigar» es en sí mismo un acto expresivo y simbólico de una actitud de grave desaprobación de lo hecho por la persona castigada, sobre la base de que es considerada culpable por ello. Al hacerlo, se pone de manifiesto su desaprobación más o menos severa: expresa la condenación del Estado del acto cometido, y esto es, evidentemente, una actitud moral. De modo que cualquier principio que permita que el Estado pueda recurrir al castigo necesariamente permite la implantación estatal de algunos valores morales. Pero no sólo la ley penal refleja cierto consenso moral, sino que también tiende a generarlo: a causa de su fuerza simbólica como moralidad pública del Estado, la ley penal con su puesta en escena y simbolismo público de juicios y castigo puede, en cierta medida,

---

[23] Raz, 3. (1986). Una reciente interpretación no perfeccionista del principio de autonomía puede verse en Sadurski (1990); para este autor la autonomía es intrínsecamente valiosa, es decir, tener más opciones es más valioso que tener menos. Para Raz la autonomía no es valiosa por sí misma, sino sólo en la medida que se utiliza para la búsqueda del bien moral.

[24] Es cierto que el propio Raz sostiene que aunque la autonomía es valiosa sólo si persigue el bien moral, debería protegerse incluso si se usa para fines moralmente repugnantes, en virtud de consideraciones consecuencialistas, como por ejemplo el hecho de que los efectos indiscriminados de la restricción coercitiva conducen no sólo a restringir las elecciones repugnantes, sino todas sus otras opciones, aunque sean moralmente correctas. No obstante, es difícil compatibilizar la idea de autonomía de Raz con sus pretensiones perfeccionistas.

ser constitutiva de una moralidad común para el conjunto de ciudadanos como tal[25].

De manera que ante la pregunta ¿sostiene el liberalismo el principio moral de que la legislación nunca debería ser usada para imponer coactivamente valores morales?, la respuesta parece negativa, ya que los liberales consideran la neutralidad no solamente como un valor al que los legisladores deberían someterse, sino también un valor que deberían imponer sobre la gente que intenta ejercer el poder de una manera no neutral: el legislador no es neutral acerca de la neutralidad[26].

Si esto es así, se puede derivar una consecuencia importante: la doctrina de la neutralidad liberal no puede ser justificada coherentemente por una apelación general al escepticismo moral. Si el no-cognitivismo emotivista es una tesis acerca del lenguaje evaluativo, el neutralismo liberal es una posición normativa y evaluativa: guía la conducta legislativa y evalúa los resultados o propósitos legislativos. Así, si el emotivismo es correcto, sostendrá que el neutralismo liberal -como concepción particular de la vida buena- es una simple cuestión de emociones; ofrece, por consiguiente, una razón para no imponer la doctrina liberal de la neutralidad; es decir, ofrece una razón para no imponer coactivamente el punto de vista de que las concepciones de la vida buena no deben ser impuestas coactivamente. De manera que la tolerancia y la neutralidad liberal no pueden justificarse sobre la base del escepticismo. La cuestión metaética es independiente del aspecto sustantivo del liberalismo.

Muy pocos liberales han defendido el escepticismo moral. La mayoría de ellos han defendido ciertos valores objetivos. Donde Hobbes fue más escéptico -en la fe y el culto religioso- fue menos liberal. De manera que el legislador liberal ha de ser sensible a ciertas discriminaciones entre valores y principios sobre las que no se puede mantener una actitud neutral. El principio de neutralidad o el valor de la tolerancia podrían ser los ejemplos más obvios. La lista podría extenderse a los «bienes primarios» que ha defendido Rawls: salud, integridad física, autorrespeto, bienestar, libertad negativa, educación... Precisamente el legislador tiene la obligación de diseñar una estructura de principios e instituciones para apoyar y distribuir estos bienes. No

---

[25] MacCormick, autor a quien he seguido en este punto, propone como alternativa al principio de ausencia de contenido moral el principio de una fundamentación moral limitada: los poderes del Estado pueden y deben ejercerse para implantar exigencias morales, pero únicamente las que son deberes de respeto a las personas que conciernen a los demás, y sólo lo mínimamente necesario para asegurar para todos las condiciones de respeto propio en tanto que seres autónomos (págs. 39 y sigs.).

[26] Este tipo de paradojas, como antes se ha explicado en la nota 14, se pueden explicar recurriendo a los aspectos *interno* y *externo* del discurso moral.

obstante, hay otros bienes que deberían quedar fuera del ámbito de la legislación: en la teoría de la tolerancia de Locke, el Estado debía abstenerse de intervenir en la salvación individual. En formulaciones más modernas -como la de Mill- la sociedad debería permanecer neutral y tolerar los diferentes estilos de vida de los individuos. Hoy se habla de «concepciones individuales de la vida buena», o de «concepciones individuales de lo bueno», esto es, de creencias individuales acerca de lo que da significado a la vida, o lo que para la vida de una persona tiene significado.

No obstante, se podría plantear alguna objeción a la concepción individualista de la vida buena. Se podría decir que aunque el liberalismo sostiene una concepción individualista, es obvio que reconoce que las personas adquieren sus gustos, valores y propósitos, y los modifican, en interacción con otras personas. La cuestión es por qué la heteronomía del legislador moralista difiere de la heteronomía moral que surge durante la vida humana en los distintos modos con que los seres humanos pueden afectar y manipular de manera deliberada los valores de otro. Además, como cuestión de hecho, no todos los puntos de vista éticos sostenidos por los individuos son concepciones individualistas de la vida buena del tipo que se han descrito. Hay otras concepciones orientadas hacia la comunidad que, en principio, exigen el mismo trato liberal que las concepciones orientadas hacia el individuo. Después de todo, como ha sostenido D. Parfit[27], ¿por qué se piensa que son importantes las series inter-temporales de experiencias que constituyen para nosotros la vida individual, como opuestas a las series intertemporales y simultáneas de las experiencias que constituyen la vida de un grupo o de una sociedad?

La dificultad consiste en que las razones que los liberales ofrecen para censurar las actividades grupales de disciplina, proselitismo y coerción son razones no neutrales, diseñadas hacia una teoría individualista de la autorrealización personal. Precisamente ésta fue la crítica que Nagel dirigió a Rawls[28]: los principios liberales de su conocida teoría de la justicia incorporan la situación de elección social que él mismo concibe, y la clase de bienes que define, todo ello orientado a la búsqueda de planes de vida individuales. Lejos de ser neutral, la idea liberal presupone un compromiso con una concepción individualista de la bondad, lo cual tiene efectos no-neutrales sobre las concepciones del bien que dependan de lazos sociales o grupales. Por ello se dice que la concepción liberal de la neutralidad es fraudulenta, ya que muchas

[27] D. Parfit (1984).

[28] Th. Nagel en N. Daniels (ed.) (1975), págs. 9-10.

concepciones de la vida buena presuponen una estructura de relaciones políticas, económicas y sociales de tipo comunitario. Y ya que los liberales están comprometidos a no tolerar la determinación de las estructuras sociales por ideales éticos o religiosos, estas concepciones deberían quedar fuera de su ámbito, de modo que la doctrina liberal de la neutralidad es inconsistente y autofrustrante.

Ahora bien, parece que esta acusación es injustificada en virtud de las siguientes consideraciones. En primer lugar, la neutralidad como política nunca es autojustificativa, es decir, se es siempre neutral en un conflicto particular por una razón particular, de modo que no se puede ser neutral acerca de la fuerza de esa razón. Además, una política de neutralidad en relación con un conflicto no compromete a ser neutral en todos los conflictos posibles, ni tampoco en los conflictos en los que alguna de las partes participe. Si aplicamos estas consideraciones a la doctrina de la neutralidad liberal, lo único que se puede derivar es que la teoría liberal, como cualquier teoría normativa, tiene restricciones: es obvio que excluye los puntos de vista religiosos de Jomeini, pero esto es razonable. El liberalismo no ha decidido arbitrariamente qué concepción de la vida buena quiere defender; piensa que el diseño y la realización personal de un plan de vida es algo bueno. Por eso teme que este proceso se distorsione por una coerción aplicada externamente, aunque se trate de una coerción basada en la moral social de una comunidad. Precisamente las concepciones holistas o grupales del bien no son de la clase que los liberales defienden: las razones que les persuaden y convencen para ser neutrales entre las distintas concepciones del bien, también les persuaden para no ser neutrales entre las concepciones individualistas y comunitaristas del bien. Se es siempre neutral en una disputa particular por una razón particular, y de aquí no se deriva que esta consideración ofrezca una razón para ser neutral en un conflicto diferente.

BIBLIOGRAFÍA

La Bibliografía que se presenta es más extensa que la utilizada para el presente trabajo, pero al versar sobre tolerancia puede ser útil su consulta.

Ackerman, B. (1980): *Social Justice in the Liberal State,* New Haven & London.
Barry, B. (1978): *Political Argument,* Londres.

Bellamy, R. (1989): *Defining liberalism: neutralist, ethical or political?,* en *Liberalism and recent legal and social philosophy,* ARSP, núm. 36.

Bollinger, L. C. (1986): *The tolerant society,* New York, OUP.

Camps, V. (1990): *Virtudes públicas.* Espasa-Calpe, Madrid.

Crick, B. (1971): *Toleration,* Government and Opposition, 6:2, págs. 144-171.

Dworkin, G. (1988): *The theory and practice of autonomy,* Cambridge Univ. Press.

Dworkin, R. (1985): *A matter of principle,* Harvard Univ. Press.

Dworkin, R. (1986): *Law's Empire*, Cambridge.

Dworkin, R. (1983): *«What liberalism isn't*, New York Review of Books, enero.

Dworkin, R. (1977): *Taking Rights Seriously,* Duckworth, Londres.

Elster, J. (1979): *Ulysses and the Sirens,* Cambridge Univ. Press.

Elster, J. (1983): *Sour Grapes,* C.U.P., 1983. (Hay trad. cast. *Uvas amargas,* Península, 1988).

Elster, J. (1986): *The market and the forum,* en Ester/Hylland (eds.), C.U.P.

Farrell, M. D. (1991): *Autonomy and Paternalism: The Political Philosophy of J. Raz,* RATIO IURIS, vol. 4, núm. 1, marzo 1991.

Garzón, E. (1986): *Los deberes positivos generales y su fundamentación,* DOXA núm. 3, Alicante.

Goodin/Reeve (1989): *Liberalism and neutrality,* en Goodin/Reeve, *Liberal Neutrality.*

Goodin/Reeve (eds.) (1989): *Liberal Neutrality,* Routledge, Londres.

Gray, J. (1983): *Mill on Liberty: A Defence,* Routledge & Kegan Paul, Londres.

Griffin, J. (1990): *Against the taste model,* en Interpersonal Comparisons of Well-Being, Cambridge Univ. Press.

Griffin, J. (1990): *Interpersonal Comparisons of Wellbeing,* Cambridge Univ. Press.

Gross, F. (1985): Toleration and Pluralism, Il Político, junio, 50:2, págs.181-219.

Haksar, V (1979): *Equality, Liberty and Perfectionism.* Clarendon Press, Oxford.

Harrison, G. (1976): *Relativism and Tolerance.* Ethics 86, págs. 122-135.

Hart, H. L. A. (1963): *Law, Liberty and Morality,* Londres.

Hart, H. L. A. (1965): *The Morality of the Criminal Law,* Londres.

Horton/Mendus (eds.) (1985): *Aspects of Toleration,* Methuen, Londres.

Kelsen, H. (1982): *¿Qué es justicia?,* Ariel ed.

King, P. (1971): *The Problem of Tolerance,* Government and Opposition, 6:2, págs. 172-207.

Laporta, F. (1989): *Ética y Derecho*, en *Historia de la Ética,* ed. Crítica.

Larmore, Ch. (1990): *Political Liberalism,* Political Theory, vol. 18, núm. 3.

Locke, J. (1968): *A Letter on Toleration,* Klibansky, ed., trad. de J. W Gough, Oxford.

Locke, J. (1960): *Two Treatises on Government,* Laslett (ed.), Cambridge.

MacCormick (1982): *Legal Right and Social Democracy, O.U.P.*

MacIntyre, A. (1987): *Tras la virtud,* Crítica.

McClure, K. M. (1990): *Difference, Diversity and the limits of toleration,* Political Theory, vol. 18, núm. 3.

Mendus/Edwards (eds.) (1987): *On Toleration,* Oxford Clarendon Press.

Mendus, S. (ed.) (1988): *Justufying Toleration: Conceptual and Historical Perspectives,* Cambridge University Press.

Mendus, S. (1988): *Toleration and the limits of liberalism,* MacMillan.

Miller, D. (1987): *Enciclopedia del Pensamiento Político,* Alianza ed., 1989.

Mills, J. S. (1970): *Sobre la libertad,* Alianza ed., Madrid.

Montefiore (1975): *Neutrality and Impartiality,* Cambridge Univ. Press.

Nagel, T. (1986): *A View from Nowhere,* Oxford.

Nagel, T. (1990): *Conflicto moral y legitimidad política,* en *Derecho y moral. Ensayos analíticos,* Ariel.

Nicholson, P. (1985): *Toleration as a moral ideal,* en J. Horton y S. Mendus eds., *Aspects of Toleration,* Methuen, Londres.

Nino, C. S. (1989): *Ética y derechos humanos,* Ariel.

Nino, C. S. (1990): *El constructivismo ético,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Parfit, D. (1986): *Reasons and Persons,* Oxford, Clarendon Press.

Peces-Barba, G. (1982): *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales,* Mezquita, Madrid.

Popper, K. R. (1967): *La sociedad abierta y sus enemigos,* Paidós, Buenos Aires.

Prieto Sanchis, L. (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.

Raphael, D. D. (1988): *The Intolerable*, en S. Mendus (1988).

Rawls, J. (1985): *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, Philosophy and Public Affaires, vol. 14, núm. 3.

Rawls, J. (1987): *The idea of an overlapping consensus*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 7, núm. 1 (hay trad. cast. *La idea un consenso por superposición,* en Derecho y moral. Ensayos analíticos/, Ariel.

Raz, J. (1986): *The Morality of Freedom*, O.U.P.

Raz, J. (1990): *Facing Diversity: The Case of Epistemic abstinence*. Philosophy and Public Affaires, winter, vol. 19, núm. 1, págs. 3-46.

Raz, J. (1988): *Autonomy, Toleration and the Harm Principle*, en S. Mendus (ed.) 1988.

Raz, J. (1989): *Liberalism, Skepticism and Democracy*, Iowa Law Review, vol. 74, núm. 4, págs. 761-786.

Raz, J. (1982): *Liberalism, Autonomy and the Politics of the Neutral Concern*, Mid-West Studies in Philosophy, 7, págs. 89-120.

Richards, D. A. J. (1986): *Toleration and the Constitution*, New York, Oxford University Press.

Richards, D. A. J. (1988): *Toleration and Free Speech*, Philosophy and Public Affairs, 17:4, págs. 323-336.

Rorty, R. (1983): *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, ed. Cátedra.

Sadaba, J. (1989): *La filosofía moral analítica de Wittgenstein a Tugendhat*, Mondadori.

Sadurski, W (1990): *Moral Pluralism and legal neutrality*, Kluwer Academic Publishers.

Sandel, M. (1982): *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge Univ. Press.

Sandel, M. (1984): *Liberalism and its critics*, Basil Blackwell, Oxford, Sandel (ed.).

Savater, E (1900): *La tolerancia, institución pública y virtud privada*, Claves, Madrid, núm. 5.

Scruton, R. (1982): *A Dictionary of Political Thought*, Londres.

Sunstein, C. (1986): *Legal Interference with Private Preferences*, The Univ. of Chicago Law Review, vol. 53, núm. 4.

Tinder, G. (1976): *Tolerance, Toward a new Civility*, Univ. of Massachusetts.

Tuck, R. (1988): *Scepticism and Toleration in the Seventeenth Century*, en S. Mendus (ed.), 1988.

Tullock, G. (1971): *The logic of the Law*, New York.
Van de Veer, D. (1986): *Paternalistic Intervention*, Princeton Univ. Press.
Waldrom, J. (1987): *Theoretical Foundations of Liberalism*, Philosophical Quarterly, 37, 147.
Waldrom, J. (1987): *Mill and the value of moral distress*, Political Studies, 35, págs. 410-23.
Walzer, M. (1990): *The Communitarian Critique of Liberalism*, Political Theory, vol. 18, núm. 1.
Walzer, M. (1983): *Spheres of Justice*, New York.
Warnock, M. (1987): *The limits of Toleration*, en S. Mendus y D. Edwards (eds.) *On Toleration,* O.U.P.
Williams, B. (1973): *Problems of the Self*, Cambridge Univ. Press.
Wolff, Moore, Marcuse (1969): *A Critique of Pure Tolerance*, Boston.
Wolff, R. P. (1970): *In Defence of Anarchism*, New York.
Wolff, R. P. (1968): *The Poverty of Liberalism*, New York.

¿PARA DEJAR DE HABLAR DE LA TOLERANCIA?

Creo que el mejor punto de partida de una reflexión sobre el principio de tolerancia es preguntarse lo obvio: ¿por qué el retorno hoy a la idea de tolerancia? No pocos de los que se planteen esa cuestión convendrán en reconocer que no se trata sin más de una moda académica, y ofrecerán argumentos que vincularán el renovado interés por ese *leit-motiv* de la Modernidad a los fenómenos de índole social, económica y política que configuran el presente como «horizonte de fragmentación» o «cultura de la diferencia»: el auge de los nacionalismos, la hegemonía del individualismo, el creciente protagonismo de los diferentes movimientos sociales, la preocupación por el estatuto de las minorías, etc.

El debilitamiento de los vínculos que permiten la cohesión e integración en el grupo, otros prefieren hablar de identidad colectiva, como los órdenes normativos (religión, moral social, Derecho), o las instituciones (familia, escuela, mercado de trabajo, Estado), tal y como los había concebido la tradición occidental[1], parece exigir un especial cuidado en el reconocimiento de lo singular, al tiempo que debilita la posibilidad de llegar a acuerdos que vayan más allá de un marco mínimo.

Es el caldo de cultivo ideal para ese redescubrimiento de la noción de tolerancia al que hoy asistimos. Mi propósito será simplemente mostrar que quienes se ocupan de analizar el concepto de tolerancia ignorando esa dimensión, es decir, perdiendo de vista que se trata de una categoría histórica, yerran no sólo en lo que se refiere al alcance

[1] Me parece que todo ello encuentra uno de sus reflejos más claros en la remodelación de la noción jurídicopolítica de ciudadanía, tal y como ha insistido P. BARCELONA(« I vuoti dell'universalismo giuridico», *Democrazia e Diritto,* 1989/2, pp. 61 ss) a propósito de la deconstrucción de esa categoría como consecuencia de los fenómenos de racismo y xenofobia.

descriptivo de su esfuerzo, sino también, y sobre todo, si tratan de proporcionar una dimensión prescriptiva, es decir, cuando concluyen ofreciéndonos la tolerancia como virtud pública a practicar, y aún más, cuando lo formulan como auténtico principio jurídico, incluso fundamental. Adelantaré que lo que trato de hacer ver es algo tan sencillo como que no se puede ignorar la historia, lo que supone tener bien presente, por ejemplo, la ya clásica tesis de MARCUSE/MOORE/WOLFF[2] y, además, no perder de vista en todo caso que lo que sirvió para abrir el camino hacia el reconocimiento y positivación de derechos y libertades[3] (de la libertad de conciencia, religiosa, de expresión, etc.) no puede ser hoy proclamado como un objetivo a alcanzar sin retroceder en el estatuto obtenido para las conductas respecto a las que se reclama el «beneficio» de la tolerancia. Habrá que añadir que, en lo que sigue, no me interesa discutir si la tolerancia como «virtud privada» es conveniente y por qué y con qué consecuencias, sino qué significa (y por qué se hace y qué consecuencias tiene hacerlo) proclamar hoy la necesidad de la tolerancia en el orden jurídico político. En otras palabras, no es una propuesta que se sitúe preferentemente en el ámbito de la Filosofía moral, sino en el de la Filosofía jurídica y política, aunque aquí tampoco es fácil ni aun deseable a toda costa la *actio finium regundorum...*

Sobre el concepto de tolerancia

Lo primero es tratar de obtener claridad en el concepto: ¿de qué hablamos cuando hablamos de tolerancia? Entre otros[4], los cuidados

---

[2] R.P.WOLFF/B.MOORE/ H.MARCUSE, *Critique of pure Tolerance,* que cito por la trad, alemana, *Kritik der reinen Toleranz,* Suhrkamp, Frankfurt, 1966.

[3] Es lo que advierte con claridad PECES BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales,* Madrid, Mezquita, 1982, que subraya justamente ese carácter de concepto histórico.

[4] Además de los clásicos (desde los precedentes de MARCO AURELIO y SÉNECA y los representantes del Humanismo Renacentista ERASMO, hasta llegar a su formulación en MILTON, LOCKE, BAYLE, DIDEROT o VOLTAIRE, pasando por MONTAIGNE), y del imprescindible trabajo de MARCUSE citado en la nota anterior, habría que referirse (sin afán de recoger una bibliografía que es amplísima) por ejemplo a los de G.BUENO, «Sobre la intolerancia», *El Basilisco,* 4/1978*;* BOLLINGER, L, The tolerant Society, Oxford/N.York, O.U.P., 1982; PECESBARBA, G., (1982 cit.); VV.AA. (HORTON/MENDUS, eds.), *Aspects of Toleration,* London, Methuen, 1985; VV.AA., (MENDUS, ed.), *Justifying Toleration. Conceptual and Historical perspectives,* Cambridge, C.U.P., 1988; VV.AA., (MENDUS/EDWARDS eds.), *On Toleration,* Oxford, Clarendon Press, 1988; HOFFE, O. «Pluralismo y tolerancia. Acerca de las condiciones de la modernidad», *Estudios sobre teoría del Derecho y de la Justicia,* Barcelona, Alfa, 1988; L. FERRAJOLI *Diritto e Ragione*

trabajos de A. SCHMIDT, L. GIANFORMAGGIO, J.R. DE PÁRAMO o D. RICHARDS que anteceden, nos proporcionan no pocos elementos de juicio. Sin embargo, creo que en ellos se deja de lado en no poca medida lo que señalaba al principio de estas líneas. Ese concepto «puro» de tolerancia se compadece mal con lo que al fin y al cabo significa, aquí y ahora, adoptar la tolerancia como uno de los criterios de conducta. Veamos.

Las limitaciones de ese análisis de la tolerancia se pueden advertir en el excelente análisis que lleva a cabo GARZÓN VALDÉS. Efectivamente, como explica muy bien GARZÓN VALDÉS, para que podamos hablar de tolerancia, es preciso que concurran tres condiciones: «a) competencia adecuada; b) tendencia a prohibir el acto tolerado... y c) ponderación de los argumentos a favor de la permisión o prohibición del acto en cuestión». El análisis de la situación de competencia adecuada lleva a GARZÓN a distinguir entre «tolerancia vertical» (aquella en la que «se da una relación de supra y subordinación») y «tolerancia horizontal» (en la que se da una situación de igualdad entre los dos sujetos), especies que, según GARZÓN, pueden encontrarse tanto en el ámbito privado como en el público.

El análisis de esos elementos le lleva a añadir otra especificación de la mayor importancia: para que hablemos de tolerancia es preciso que entren en juego dos sistemas normativos, porque el acto o la conducta tolerada presenta una relación intersistemática, una relación de ambivalencia con respecto a dos sistemas normativos: en principio, de acuerdo con el sistema normativo básico, ese comportamiento es objeto de prohibición; sin embargo, de acuerdo con el sistema normativo justificante (es decir, tras la ponderación de buenas razones), se produce la permisión. Pues bien, en mi opinión, los problemas comienzan precisamente por la limitación conceptual de la tolerancia en ese tipo de análisis: aquí se habla de ese concepto preferentemente como *propiedad disposicional,* y esa es la razón, según creo, de que no sea extrapolable tal concepto de tolerancia al ámbito que más me interesa (en realidad, al que más nos interesa), el público. El primer problema se advierte al analizar la situación de competencia del sujeto que tolera (S1): en efecto, para GARZÓN,

---

(Teoria Generale del garantismo penale), Bari, Laterza, 1989; F. SAVATER, «La tolerancia, institución pública, virtud privada», *Claves de razón práctica* 5/1990; PECES-BARBA, *Curso de Derechos fundamentales,* Madrid, Eudema 1991; GARZÓN VALDÉS, «No pongas tus sucias manos sobre Mozart (Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia)», *Claves de Razón Práctica,* nº 17/1992; E. FERNÁNDEZ, «Los derechos de las minorías», *Sistema* 106/1992; V. CAMPS, *Virtudes Públi*cas, Madrid, Espasa, 1991.

de acuerdo con ALEXY, la tolerancia exige lo que ALEXY llama situación de competencia adecuada (es decir, el status deontico opuesto al de sujeción), esto es, que el sujeto que adopta ese principio se encuentre en una situación de superioridad respecto a aquel otro cuyo comportamiento es objeto del juicio de tolerancia: no hay igualdad. Sin embargo, el mismo GARZÓN modifica esta caracterización, como hemos visto, al admitir junto a la tolerancia vertical la horizontal, la tolerancia entre iguales, en la que «la situación de competencia para prohibir actos entre iguales es expresión de la capacidad que cada cual tiene para defenderse a sí mismo frente a daños y ofensas».

La dificultad nace, a mi entender, de la inadecuación de esa noción de tolerancia más allá del ámbito privado: dicho de otra manera, creo que las situaciones de «tolerancia horizontal» (posibles, sin duda, entre particulares), en el ámbito público son o bien irrelevantes o bien inexistentes[5], y que la diferencia entre los supuestos de «tolerancia vertical» en el ámbito público y en el privado es tan esencial que hace imposible analogar esas categorías, porque es mucho más importante lo que las diferencia que lo que tienen en común[6].

Lo que GARZÓN describe como tales («el contrato social hipotéticamente supuesto como remedio a los costos de la anarquía», ola tolerancia recíproca «con miras a crear un cuerpo político civil» en el caso de los cantones suizos 1315 o el acuerdo de los peregrinos del Mayflower) no son ejemplos de tolerancia horizontal, sino expresiones

---

[5] Me explico: si admitimos (de acuerdo con WARNOCK), que las materias relevantes que pueden ser el objeto de la tolerancia en el ámbito público, son «mandatos de la estética, prejuicios o convenciones sociales», parece claro que nos encontraremos siempre ante una de estas dos situaciones: o bien son tan relevantes que pasan a ser consideradas como bienes jurídicamente protegibles (y en ese momento dejan de ser objeto de tolerancia y se convierten en derechos, lo que constituye el proceso habitual de las convenciones sociales) o bien, por su carácter nimio desde el punto de vista público no se produce reacción, y en todo caso son objeto de tolerancia (privada). Creo que ese es el error de quienes se ocupan de problemas de tolerancia que, en realidad, son problemas de cortesía o educación (ni siquiera especialmente relevantes desde el punto de vista moral) como la tolerancia respecto a hábitos tales como «el desayuno prolongado» o los usos en la indumentaria. El ejemplo del tabaco es suficientemente relevante respecto a cuanto se ha dicho: en el momento en que interviene el Derecho, *hoy* (ahora, en los países occidentales), ya no cabe hablar de tolerancia respecto a los fumadores: se trata de delimitación de derechos.

[6] En efecto, en el caso de ámbito público, el Sujeto tolerante no está simplemente en una situación de competencia adecuada, sino que por su condición de poder público, dispone del poder normativo. Me parece que esta diferencia, al igual que la anterior, no es captada en el interesante trabajo de P.E. NAVARRO, «Reflexiones acerca del concepto de tolerancia», que he podido consultar antes de su publicación por gentileza del autor.

de los términos en los que se enmarca el consenso político fundacional, esto es, de derechos: quien pacta en términos de igualdad no pretende tolerancia, sino reconocimiento de garantías y, por tanto, de derechos. En el ámbito público, por definición, como ejemplifican los diversos «Edictos de tolerancia», son objeto de tolerancia comportamientos relevantes pero que no tienen el respaldo de consenso suficiente como para obtener reconocimiento pleno: son otorgados como concesiones de quien está en situación de poder (el rey, el pueblo), es decir, son siempre supuestos de «tolerancia vertical». Por eso, el estatuto que reciba la conducta del sujeto tolerado (S2) está en función de la continuidad de la «buena voluntad» del sujeto tolerante (S1) que ocupa la posición de competencia y frente a la que el sujeto tolerado se encuentra en la de sujeción, y por ello S2 no puede exigir ni reclamar de S1 ser tolerado como un derecho, lo que significa, como advierte RICHARDS, que la tolerancia, en el ámbito público implica siempre un punto de vista paternalista (y casi siempre también en el privado).

En otras palabras, la conducta tolerada es siempre un «mal permitido»[7], como ejemplifica la clásica denominación de los prostíbulos como «casas de tolerancia» (recuérdese el exabrupto atribuido a CLAUDEL: «¿tolerancia? Hay casas para eso...»): se trata de un vicio que es mejor soportar para evitar males mayores[8]. Ese argumento prueba la razón del *dictum* de GOETHE, «tolerar es ofender»: la tolerancia debe ser un régimen provisional, porque en sí encierra siempre algo ofensivo. Por eso me parece especialmente adecuado el análisis de la estructura formal de la tolerancia que propone G. BUENO[9], y que se basa en la comprensión de la relación circular entre tolerancia e intolerancia, es decir, en la advertencia de que la tolerancia es siempre el resultado de la propia dialéctica de las intolerancias, y no una situación gratuita: la tolerancia incluiría siempre internamente una situación de intolerancia, es una suerte de función respecto a la intolerancia previa (que sería, así, la variable independiente); toda intolerancia implica una tolerancia

---

[7] Y así lo enfoca la teología moral propia de la escolástica: la tolerancia es *permissio negativa mali;* se tolera *ad vitanda peiora mala,* y cada vez menos en línea con el principio agustiniano *Diligite homines, intelficite errores;* como lo prueba la Inquisición.

[8] Por esa razón, parece evidente que la tolerancia es la consecuencia de la ponderación de razones justificativas, o al menos prudenciales. En ese caso, la intolerancia, como negación interna de la tolerancia, es algo más que la mera prohibición de un mal: es prohibición que aduce malas razones y por ello resulta más fácil justificar el rechazo en el plano normativo de la intolerancia por carente de justificación que la defensa en el mismo plano de la tolerancia.

[9] BUENO, (1978) cit., especialmente pp. 92-93.

previa, siendo la tolerancia un proceso intercalado entre dos intolerancias reales o posibles. Esa situación puede simbolizarse así: la situación de intolerancia previa es una influencia de los actos de libertad (Sm1) de S1 sobre los actos de libertad (Sm2) de S2; la reacción de tolerancia de S2 respecto a Sm1 exige «el poder efectivo (causal) o capacidad de causar la interrupción, no ya la influencia de Sm1 sobre S2 (sobre Sm2), sino la misma constitución de Sm1 (digamos: la producción, acción, emisión por S1 de un contenido m). Si este poder no existe, tampoco cabría hablar de tolerancia, sino simplemente de resignación o paciencia de S2 ante la efectuación por S1 de m». Por eso, puede concluir BUENO el siguiente concepto de tolerancia: «el poder (mejor: el ejercicio del poder) (Sg) de Sm2 para suspender la capacidad de suspender (Sm) el contenido m de S1»[10].

Y es que, si nos despojamos de la retórica habitual y situamos el principio de tolerancia en el contexto de un Estado de Derecho, en el contexto del reconocimiento de los derechos fundamentales, ese principio pasa a ser algo distinto del tan sufrido «respeto por la diferencia» con el que se le suele identificar.

Más bien, hoy habría que convenir, con FERRAJOLI[11], que el valor primario de la persona y el principio de tolerancia forman los elementos constitutivos del principio moderno de igualdad jurídica, que, como principio complejo, incluye las diferencias personales y excluye las sociales. Ese «moderno principio de igualdad» es, en mi opinión, y creo que en ello coincidiría con las tesis de PECES-BARBA[12], corolario de lo que otros significativamente -E. DÍAZ- califican como el núcleo de la «teoría crítica de la justicia», la libertad: «La libertad entendida como eje y fundamento de la legitimidad, lleva al reconocimiento y respeto de las diferencias personales, pero, a la vez, implica como lógica exigencia una básica igualdad -la libertad es la diferencia más la igualdad- y ello tanto en el ámbito de la igualdad en la libertad como en el de la igualdad en la realidad»[13].

---

[10] Por eso, para BUENO, la tolerancia así concebida no alcanza la dimensión de concepto moral hasta tanto no pueda ser especificada como buena o mala: dicho de otro modo, cabe hablar de una intolerancia moralmente positiva tanto como de una tolerancia moralmente negativa, según el proceso en cuestión «abra el camino a valores morales positivos o cierre el paso a valores moralmente inaceptables».

[11] FERRAJOLI, (1989) cit., pp.947 y ss. De ahí el nexo biunívoco entre igualdad jurídica y derechos fundamentales. Ello no es óbice para que él mismo insista en la idea de respeto a la diferencia, como constitutivo de un concepto de tolerancia que, según trataré de hacer ver enseguida, por amplio, es hoy en gran medida superfluo.

[12] PECES-BARBA (1991), cit., pp. 245 ss., donde se insiste en la igualdad de trato formal como diferenciación.

[13] Cfr. por ej. las páginas dedicadas a ello en DÍAZ, E., *De la Maldad estatal y la*

Tolerancia, ¿para qué?

Pues bien, si, como es habitual, utilizamos el principio de tolerancia en el sentido amplio en el que lo propone, por ejemplo, FERRAJOLI: «El primado de la persona como valor o del valor de las personas, y por tanto de todas sus específicas y diversas identidades... sobre ese valor se basa la moderna tolerancia, que consiste en el respeto de todas las posibles identidades personales y de todos los relativos puntos de vista... la atribución a cada persona del mismo valor, lo que comporta que intolerancia es el disvalor asociado a una persona como consecuencia de su particular identidad... la tolerancia consiste en el respeto de todas las diferencias que forman las diversas identidades de las personas»[14] entonces comprobamos que eso que seguimos llamando tole rancia, hoy significa otra cosa, o, si se prefiere, es sustituido con ventaja por otro concepto: se trata, como advierte el mismo autor, de uno de los elementos que entran en la institucionalización moderna de la igualdad jurídica y, en ese caso, ¿qué sentido tiene reivindicar hoy la tolerancia como principio público, y, por consiguiente, exigir su institucionalización jurídica? En mi opinión, y a diferencia de lo que sostienen HÖFFE[15], CAMPS[16], SAVATER[17], o Eusebio FERNÁNDEZ[18] el interés por reclamar la institucionalización de la tolerancia como virtud pública, o, mejor, como principio jurídico y político, desaparece allí donde está garantizada la igualdad y las libertades; en mi opinión, la constitucionalización del pluralismo, la igualdad y las libertades, hace innecesaria la tolerancia en el ámbito público y resuelve las

---

soberanía popular, Madrid, Debate, 1987 y DÍAZ, E., *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* Madrid, CEC, 1990 pp.53 y ss, donde expone su tesis con la que básicamente no cabe estar en desacuerdo del carácter primigenio de la libertad como valor fundante tanto de la legitimidad como de la justicia. La cita corresponde a este último trabajo, p.41. En el mismo sentido, explicitando la existencia de una cláusula general de libertad como clave de bóveda constitucional, PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre Derechos Fundamentales,* Madrid, Debate, 1990.

[14] Por eso para FERRAJOLI (1989, pp.947 y ss), valor primario de la persona y principio de tolerancia forman elementos constitutivos del principio moderno de igualdad jurídica, que, como principio complejo, incluye las diferencias personales y excluye las sociales. De ahí el nexo biunívoco entre igualdad jurídica y derechos fundamentales.

[15] HÖFFE, (1988) cit., pp.141 ss.

[16] CAMPS (1990) cit., pp.81 ss.

[17] SAVATER (1990) cit., pp. 30 ss. Sin embargo, como suele suceder en el caso de este filósofo y ensayista, no deja de apuntar, siquiera brevemente (siguiendo el pasaje de GOETHE ya mencionado y reconociendo la razón que asiste, al menos parcialmente, a MARCUSE), el problema al que aludimos, ese carácter transitorio de la tolerancia.

[18] FERNÁNDEZ, 1992, pp.77-78.

aporías del concepto «puro» de tolerancia, la discusión sobre la imposibilidad del carácter absoluto de la tolerancia[19]. Más aún, allí donde existe ese grado de reconocimiento jurídico, apelar a la tolerancia como principio público es rebajar los derechos (y por ello, entiendo justificadas las tesis de MARCUSE y WOLFF[20]).

El supuesto más claro, hoy, es sin duda el debate en torno a los derechos de las minorías étnicas o, mejor, de los individuos que las componen. Más claramente: el debate en torno a las discriminaciones producidas por el racismo[21]. A ese respecto se aduce, con tanta frecuencia como, en mi opinión, inoportunidad, la idea de tolerancia (no es rara, por ejemplo, la alusión retórica a la convivencia tolerante representada por la Escuela de Toledo en España, cuando se hacen discursos sobre/contra manifestaciones concretas de racismo en o desde nuestro país). Pues bien, ese caso permite advertir sin resquicio de duda lo que trato de hacer ver: reclamar tolerancia para el *ciudadano* que es diferente en razón de esa diversidad visible -la raza- es emprender un camino atrás en la garantía de sus derechos. Como ha advertido BOBBIO, el problema de la tolerancia de quien es diferente por razones físicas o sociales es un supuesto completamente diferente de la tolerancia de creencias u opiniones: en el primer caso, se trata de problemas de «prejuicio y discriminación»; en el segundo, el clásico, el problema es «la verdad y la compatibilidad teórica y práctica de verdades contrapuestas»[22]. Es cierto, desde luego, que no se cambia la sociedad por decreto, y que el arraigo de actitudes de respeto y reconocimiento de las creencias, opiniones y diferencias de los otros -un hábito especialmente importante en relación con los «derechos de las minorías»- no es producto automático del Boletín Oficial del Estado, pero no es menos cierto que parece más aconsejable colocar el listón de las exigencias en

---

[19] Ese es también el error que se advierte en KELSEN, cuando identifica su noción de la justicia con la idea de la tolerancia: ¿Qué es justicia?, Barcelona, Ariel, 1991, p.63.

[20] En el mismo sentido, ROSSET, *Lógica de lo peor,* Barcelona, Barral, 1975, pp. 192 ss., que concluye: «la tolerancia es palabra de engaño que anuncia, bajo aparente liberalismo, violencias tan intolerantes como aquellas contra las que se subleva».

[21] Sobre ese particular, DE LUCAS, *Europa, ¿convivir con la diferencia?,* Madrid, Tecnos, 1992 y DE LUCAS, «El reconocimiento de los derechos: ¿un camino de ida y vuelta?», *Anuario de derechos y libertades,* 1/1992.

[22] BOBBIO, N., *(L'etá dei diritti,* del que hay trad. Castellana de F. de Asís, Madrid, Sistema, 1991, por la que cito), p. 244. El problema de la exposición de BOBBIO es, en mi opinión, que no destaca adecuadamente las consecuencias de la dimensión histórica del concepto de tolerancia: precisamente por esa dimensión, hoy carece de sentido plantear los problemas de libertad de conciencia o pensamiento en términos de tolerancia, porque sería un retroceso, como tampoco es admisible enfrentar los problemas de discriminación recurriendo al mismo principio, y no a la igualdad.

el plano de la garantía del cumplimiento de derechos y no en el de la concesión más o menos graciosa de respeto y reconocimiento de la diversidad. Quizá en todo caso pudiera tener sentido mantener la tolerancia en los términos de la función que históricamente ha desempeñado: el primado del respeto por el otro como diferente constituye históricamente un puente para pasar de la prohibición de determinados comportamientos, reivindicaciones, prácticas o instituciones, a su reconocimiento como derechos, (o en la acepción que presenta BOBBIO[23]: la tolerancia como método de persuasión) pero en ningún caso cuando se trata de los que ya han alcanzado ese estatuto formal: aquí la cuestión es garantizar su ejercicio efectivo.

¿Dejar de hablar de tolerancia? Evidentemente, no. La negativa responde, en primer lugar, a la necesidad del recurso a la tolerancia como virtud privada. Pero además, y en el terreno en el que se ha movido este apunte, a su consideración como instrumento provisional, transitorio en el doble sentido del término, en tanto que no sean reconocidos como derechos las conductas en cuestión (y con el fin de facilitar ese tránsito). La tolerancia, hoy, no puede ser un objetivo a reivindicar, sino, en todo caso, un punto de partida desde el que actuar. Es indudable que buena parte de las conductas que hoy se reclaman como derechos (la libertad de opción sexual es uno de los ejemplos más evidentes) comenzaron por aparecer tan sólo como comportamientos respecto a los que parecía posible aducir razones que justificaran su «tolerancia». En mi opinión, hay además un excelente ejemplo de conductas respecto a las cuales sólo es posible (pero también máximamente fundado) el estatuto de tolerancia: me refiero a la desobediencia civil. Entendida en sentido estricto[24], resulta difícil negar que, si bien no puede recibir el estatuto de derecho (sencillamente porque sería contradictorio que el Derecho reconociera como un *derecho* la libre facultad de incumplir el ordenamiento jurídico), constituye un bien desde el punto de vista de instrumento para la corrección de la legitimidad democrática. En efecto, mediante la desobediencia civil se trata de apelar a la opinión pública para reconstituir la mayoría en torno a una norma/institución/conducta que se entiende no conforme a las reglas de juego, aunque sea legal: en otras palabras, hay buenas razones que justifican que no se castigue esa conducta, o, al menos, que se responda con el mínimo posible de represión[25]. Por eso, estamos ante

---

[23] BOBBIO, N., (1991) cit., pp. 247 ss.

[24] Cfr. por ejemplo J. MALEM, *Concepto y justificación de la desobediencia civil,* Barcelona, Ariel.

[25] He tratado de desarrollar este argumento en DE LUCAS, J., «El castigo de los insumisos», *Claves de razón práctica,* 25/1992.

un supuesto que encaja perfectamente en lo que hemos descrito hasta aquí como comportamientos «tolerables», sin que ello suponga que pueda dar paso a un derecho[26].

[26] Salvo, claro está, en el caso de que la presión ejercida por la desobediencia civil consiga que se cambie la norma y se modifique el estatuto jurídico en ella contemplada. Efectivamente, si se trata de un supuesto desobediencia civil directa, podría suceder que una conducta prohibida por la norma objeto de desobediencia civil pasara a ser un derecho. Sin embargo, eso no es más que una de las posibilidades en el amplio abanico casuístico de la desobediencia civil, y, por lo demás, en cuanto tal y por las razones ya aducidas (que se encuentran, entre otros, en KANT), no puede alcanzar el estatuto de derecho.

A R T Í C U L O S

FUERZA DE LEY: EL "FUNDAMENTO MÍSTICO DE LA AUTORIDAD"

I

C'est ici un devoir, je dois m'adresser à vous en anglais. Esto es un deber, debo *dirigirme* a vosotros en inglés.

Medito desde hace meses el título de este coloquio y el problema que debo, como decís vosotros en vuestra lengua, «address». Aunque se me haya encomendado el gran honor de realizar la «keynote address», no tengo nada que ver con la invención de este título o con la formulación implícita del problema. «La deconstrucción y la posibilidad de la justicia»: la conjunción «y» asocia palabras, conceptos, quizás cosas, que no pertenecen a la misma categoría. Dicha conjunción «y» se atreve a desafiar el orden, la taxonomía, la lógica clasificatoria, sin importar la forma en que opere: por analogía, distinción u oposición. Un orador malhumorado diría: no veo la relación, ninguna retórica podría someterse a un ejercicio parecido. Me gustaría intentar hablar de alguna de estas cosas o categoremas («Deconstruction», «possibility», «justice»), o incluso de los sincategoremas («and», «the», «of»), pero en modo alguno en este orden, taxis, taxonomía o sintagma.

Dicho orador no sólo estaría malhumorado sino que obraría de mala fe. E incluso sería injusto. Puesto que se podría proponer fácilmente una interpretación justa -es decir, en este caso adecuada y lúcida y, por tanto, más bien suspicaz- de las intenciones o del querer-decir del título. Este título sugiere una cuestión que adopta ella misma la forma de la sospecha: ¿Acaso la deconstrucción asegura, permite, autoriza la posibilidad de la justicia? ¿Acaso posibilita la justicia o un discurso consecuente sobre las condiciones de posibilidad de la justicia? Sí, responderían algunos; no, respondería la otra «party». ¿Tienen los «so-called» deconstruccionistas algo que decir sobre la justicia, tienen algo que ver con ella?¿Por qué hablan tan poco de ella? ¿Les interesa, en

definitiva? ¿No es precisamente, como algunos sospechan, porque la deconstrucción no permite, en ella misma, ninguna acción justa, ningún discurso justo sobre la justicia, sino que constituye una amenaza contra el derecho y arruina la condición de posibilidad de la justicia. Sí, responderían algunos; no, respondería la otra «party». Ya desde este primer intercambio ficticio se anuncian los deslizamientos equívocos entre derecho y justicia. El sufrimiento de la deconstrucción, aquello de lo que ésta sufre o aquello de lo que sufren aquellos que ella hace sufrir, es quizás la ausencia de regla y de criterio seguro para distinguir de manera no equívoca entre el derecho y la justicia.

He aquí la elección, el «o bien (...) o bien», el «sí o no», que yo sospecho en este título. En esta medida, por tanto, el título es violento, polémico, inquisidor. Se puede temer en él cualquier instrumento de tortura, es decir, una manera de interrogar que no es la más justa. Desde ahora resulta inútil precisar que no podré responder a preguntas planteadas de esa manera («o bien o bien», «sí o no») que no podré, en todo caso, dar una respuesta tranquilizante a ninguna de las partes, a ninguna de las expectativas así formalizadas.

Je dois donc, c'est ici un devoir, m'addresser à vous en anglais. «Je le dois» quiere decir varias cosas a la vez.

1. *Je dois* hablar inglés (¿Cómo traducir este «dois», este devoir? ¿I must? ¿I should? ¿I ought to? ¿I have to?) porque se me ha impuesto como una suerte de obligación o de condición impuesta por una especie de fuerza simbólica o de ley, en una situación que yo no controlo. Una especie de *polemos* se refiere ya a la apropiación de la lengua: si al menos quiero hacerme entender, hace falta que hable en vuestra lengua, debo hacerlo.

2. Debo hablar vuestra lengua, de forma que lo que diga sea más justo o sea juzgado como más justo y más justamente apreciado, es decir justo en el sentido, esta vez, de justeza, de la adecuación entre lo que es y lo que es dicho o pensado, entre lo que se dice y lo que se comprende, entre lo que se piensa, se dice o se oye por la mayoría de aquellos que están aquí y que, manifiestamente, establecen la ley. «Faire la loi» («establecer la ley») es una expresión interesante sobre la que tendremos la ocasión de volver a hablar.

3. Debo hablar en una lengua que no es la mía porque ello será más justo, en un sentido diferente de la palabra justo, en el sentido de justicia, un sentido que diríamos, sin que por el momento nos paremos demasiado a pensarlo, ético-político: es más justo hablar la lengua de la mayoría, sobre todo cuando ésta da, por hospitalidad, la palabra al extranjero. Nos referimos a una ley de la que es difícil decir si es una ley del decoro, del más fuerte o la ley equitable de la democracia. O si

ella depende de la justicia o del derecho. Ahora bien, para que yo me someta y acepte esta ley, hacen falta un cierto número de condiciones: por ejemplo, que yo responda a una invitación y manifieste mi deseo de hablar aquí, algo a lo que nadie, aparentemente, me ha obligado; además, hace falta que yo sea capaz, hasta cierto punto, de comprender el contrato y las condiciones de la ley, es decir de apropiarme, al menos de una forma mínima, de vuestra lengua, que desde este momento deja de serme extranjera. Hace falta que ustedes y yo comprendamos aproximadamente de la misma forma la traducción de mi texto, texto que ha sido escrito primero en francés y que por muy excelente que sea (y aprovecho para dar las gracias a Mary Quaintance), no deja de ser necesariamente una traducción, es decir un compromiso siempre posible, siempre imperfecto, entre dos idiomas.

Esta cuestión de la lengua y del idioma está sin duda alguna en el centro de lo que yo me propondría discutir esta noche.

Hay en su lengua un cierto número de expresiones idiomáticas que me han parecido siempre muy valiosas por el hecho de no tener ningún equivalente estricto en francés. Antes incluso de comenzar, citaría al menos dos de éstas, dos expresiones que no son ajenas a lo que yo intentaría decir aquí esta noche.

A. La primera es *«to enforce the law»* o incluso «enforceability of the law or of the contract». Cuando se traduce en francés «to enforce the law» como «aplicar la ley» se pierde esta alusión directa, literal, a la fuerza que, desde el interior, viene a recordarnos que el derecho es siempre una fuerza autorizada, una fuerza que se justifica o que está justificada al aplicarse, incluso si esta justificación puede ser juzgada, desde otro lugar, como injusta o injustificable. La aplicabilidad, la «enforceablity» no es una posibilidad exterior o secundaria que vendría o no vendría añadida, suplementariamente, al derecho. Es la fuerza esencialmente implicada en el concepto mismo de *justicia como derecho*, de la justicia en tanto que se convierte en *droit*, de la ley como «*droit*» (puesto que quiero insistir inmediatamente en reservar la posibilidad de una justicia, es decir de una ley que no sólo excede o contradice el derecho, sino que quizás no tiene ninguna relación con el mismo o mantiene una relación tan extraña que lo mismo puede exigir el «*droit*» que excluirlo). La palabra «enforceability» nos recuerda que no hay derecho que no implique *en él mismo, a priori, en la estructura analítica de su concepto*, la posibilidad de ser «enforced», aplicado por la fuerza. Hay ciertamente leyes no aplicadas, pero no hay ley sin aplicabilidad, y no hay aplicabilidad, o «enforceability» de la ley, sin fuerza, sea esta fuerza directa o no, física o simbólica, exterior o interior, brutal o sutilmente discursiva, coercitiva o regulativa, etc.

¿Cómo distinguir entre, de una parte, esta fuerza de la ley, esta «fuerza de ley» como se dice en francés o en inglés, creo, y de otra, la violencia que se juzga siempre injusta? ¿Qué diferencia existe entre, de una parte, la fuerza que puede ser justa, en todo caso legítima, no solamente el instrumento al servicio del derecho sino su ejercicio y culminación mismos, la esencia del *droit,* y de otra parte la violencia que se juzga siempre injusta? ¿Qué es una fuerza justa o una fuerza no-violenta? Para no abandonar la cuestión del idioma, me refiero aquí a una palabra alemana que nos ocupará dentro de un rato, a saber, la palabra *Gewalt.* Tanto en francés como en inglés, se traduce a menudo como «violencia». El texto de Benjamin del que hablaremos a continuación y que se titula «*Zur Kritik der Gewalt»,* se traduce en francés como «Critique de la violence» y en inglés como «Critique of violence». Pero estas traducciones, sin ser completamente injustas, esto es, completamente violentas, son interpretaciones muy activas que no hacen justicia al hecho de que Gewalt también significa para los alemanes poder legítimo, autoridad, fuerza pública. *Gesetzgebende Gewalt,* es el poder legislativo, *geistliche Gewalt,* es el poder espiritual de la iglesia, *Staatsgewalt,* es la autoridad o el poder del Estado. *Gewalt* es, por tanto, a la vez, la violencia y el poder legítimo, la autoridad justificada. ¿Cómo distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia pretendidamente originaria que ha debido instaurar esta autoridad y que no pudo, ella misma, haber sido autorizada por una legitimidad anterior, si bien dicha violencia no es en ese momento inicial, ni legal ni ilegal o, como otros se apresurarían a decir, ni justa ni injusta? Hace unos días he consagrado en Chicago una conferencia -que me gustaría dejar deliberadamente aparte, aunque el tema esté estrechamente conectado- a un cierto número de textos de Heidegger en los que las palabras *Walten* y *Gewalt* juegan un papel decisivo aun cuando no se pueden traducir simplemente ni como fuerza ni como violencia, en un contexto en el que, por otra parte, Heidegger se esfuerza en mostrar que originariamente, por ejemplo para Heráclito, *Diké,* la justicia, el *droit,* el proceso, el juicio, la pena o el castigo, la venganza, etc., es *Eris* (el conflicto, *Streit,* la discordia, el *polemos* o el *Kampf*), es decir también *adikia,* la injusticia. Podríamos volver sobre esto, si ustedes lo desean, durante la discusión, pero yo prefiero abstenerme de momento.

Dado que este coloquio está consagrado a la deconstrucción y a la posibilidad de la justicia, recuerdo de entrada que en numerosos textos llamados deconstructivos, y particularmente en algunos que he publicado, el recurso a la palabra «fuerza» es a la vez muy frecuente, me atrevería a decir decisivo en lugares estratégicos, aunque siempre acompañado de una reserva explícita, de una puesta en guardia. Frecuentemente he pedido que se esté atento -yo mismo me incluyo en

esta llamada- a los riesgos implicados en esta palabra, ya sea el riesgo de un concepto oscuro, sustancialista, oculto-místico, ya sea el riesgo de autorizar una fuerza violenta, injusta, sin regla, arbitraria. No voy a citar los textos en cuestión puesto que sería autocomplaciente amén de hacernos perder tiempo, aunque les pido que confíen en mí. Una primera precaución contra los riesgos sustancialistas o irracionalistas que acabo de evocar se refiere precisamente al carácter diferencial de la fuerza. Para mí siempre se trata de fuerza diferencial, de la diferencia como diferencia de fuerza, de la fuerza como *différance* o fuerza de *différance* (*différance* es una fuerza *différée-différante*), de la relación entre la fuerza y la forma, la fuerza y la significación, de fuerza «performativa», fuerza ilocucionaria o perlocucionaria, de fuerza persuasiva y de retórica, de afirmación de la firma, pero también y sobre todo de todas las situaciones paradójicas en las que la mayor fuerza y la mayor debilidad se intercambian extrañamente. Y esto es toda la historia. Resta añadir que nunca me he sentido a gusto con la palabra fuerza que siempre he juzgado indispensable, y es por ello que les agradezco que hoy me hayan forzado a intentar decir algo más sobre esto. Lo mismo podría decirse de la justicia. Hay sin duda bastantes razones por las cuales la mayoría de los textos apresuradamente identificados como «deconstruccionistas», por ejemplo los míos, *parecen*, y digo bien parecen, no plantear el tema de la justicia como tema, justamente en su centro, ni siquiera el de la ética o el de la política. Naturalmente, *esto no es sólo una apariencia*, si consideramos *por ejemplo* (y sólo citaría esos) los numerosos textos consagrados a Levinas, a las relaciones entre «violencia y metafísica», y a la filosofía del derecho -la de Hegel con toda su posteridad en *Glas*, del que es el motivo principal-, o los textos consagrados a la pulsión de poder y a las paradojas del poder en *Spéculer-sur Freud*, a la ley en *Devant la loi* (sobre *Vor dem Gesetz* de Kafka) o en *Déclarations d'Indépendence* en *Admiration de Nelson Mandela ou les lois de la réflection*, así como en otros tantos textos. No es necesario recordar que los discursos sobre la doble afirmación, sobre el don más allá del intercambio y de la distribución, sobre lo indecidible, lo inconmensurable y lo incalculable, sobre la singularidad, la diferencia y la heterogeneidad, son también, de parte a parte, discursos ¿ti menos oblicuos sobre la justicia.

Por otra parte, era normal, previsible, deseable, que las investigaciones de tipo deconstructivo desembocaran en una problemática del derecho, de la ley y de la justicia. Es incluso su lugar más propio, si algo así existe. Un cuestionamiento deconstructivo que comienza, como fue el caso, por desestabilizar o complicar la oposición entre *nomos* y *physis,* entre *tesis* y *physis* -es decir, la oposición entre la ley, la convención, la institución, de una parte, y la naturaleza, de otra, junto

con todas aquellas oposiciones que éstas condicionan, por ejemplo, y esto no es más que un ejemplo, derecho positivo y derecho natural (la *différance* es el desplazamiento de esta lógica oposicional)-, un cuestionamiento deconstructivo que comienza, como fue el caso, por desestabilizar, complicar o paradojizar el valor de lo propio y de propiedad en todos sus registros, el valor de sujeto, y por tanto de sujeto responsable, de sujeto del derecho y de sujeto de la moral, de la intencionalidad, etc., y de todo lo que se sigue, un cuestionamiento de este tipo, digo, es de parte a parte un cuestionamiento sobre el derecho y sobre la justicia. Un cuestionamiento sobre los fundamentos del derecho, de la moral y de la política. Este cuestionamiento sobre los fundamentos no es ni fundacionista ni antifundacionista. Incluso no se priva de poner en cuestión o de exceder, dado el caso, la posibilidad o la necesidad última del cuestionamiento (o del preguntar) mismo, de la forma interrogante del pensamiento, interrogando sin confianza ni prejuicio la historia misma de la pregunta y de su autoridad filosófica. Puesto que hay una autoridad -por tanto, una fuerza legítima de la forma cuestionante o interrogativa sobre la que podemos preguntarnos de donde obtiene una fuerza tan importante en nuestra tradición.

Si por hipótesis hubiera un lugar propio, lo que justamente no puede ser el caso, un «cuestionamiento» o metacuestionamiento deconstructivo de este tipo estaría más *at home* en las law schools -o quizás incluso, como sucede en ocasiones, en los departamentos de teología o de arquitectura-, que en los departamentos de filosofía y sobre todo de literatura, donde se ha creído a menudo que había que contenerlo. Es por lo que aun sin conocerlos bien desde el interior, de lo que me siento culpable, y sin pretender estar familiarizado con ellos, estimo que los desarrollos de los «Critical Legal Studies» o de trabajos como los de Stanley Fish, Barbara Herrstein-Smith, Drucilla Cornell, Sam Weber y otros, que se sitúan en la articulación entre literatura, filosofía, derecho y los problemas político-institucionales, se encuentran hoy, desde el punto de vista de cierta deconstrucción, entre los más fecundos y los más necesarios. Me parece que responden a los programas más radicales de una deconstrucción que querría, para ser consecuente con ella misma, no quedarse encerrada en discursos puramente especulativos, teóricos y académicos sino pretender, sin que esto deba molestar a Stanley Fish, tener consecuencias, *cambiar* las cosas, intervenir de manera eficiente y responsable, siempre mediatizada evidentemente, no sólo en la profesión sino en lo que llamamos la *cité,* la polis y más generalmente el mundo. No cambiarlo en el sentido sin duda un poco ingenuo de realizar una intervención calculada, deliberada y estratégicamente controlada, sino en el sentido de la intensificación máxima de una transformación en curso, a título no simplemente de síntoma o de

causa (necesitaríamos aquí otras categorías). En una sociedad industrial e hipertecnificada, el espacio académico es más que nunca el recinto monádico o monástico que por otra parte nunca ha sido. Y esto es cierto en particular en relación con las «law schools».

A este respecto me apresuro a añadir, muy brevemente, tres puntos:

1. Esta configuración, esta conjunción o esta coyuntura entre, de una parte, una deconstrucción de estilo más directamente filosófico o más directamente motivada por la teoría literaria, y de otra parte la reflexión jurídico-literaria y los «Critical Legal Studies», es sin duda necesaria e inevitable.

2. Esta conjunción articulada no se ha desarrollado en este país por azar; este es otro problema -urgente y apasionante- que debo dejar de lado por falta de tiempo. Hay sin duda razones profundas, complicadas y de dimensiones mundiales, quiero decir geopolíticas y no solamente domésticas, para que se trate de un desarrollo sobre todo norteamericano.

3. También es vital sobre todo -si parece que es urgente prestar atención a este desarrollo conjunto o concurrente, así como participar en él- no asimilar estos dos discursos, estilos, contextos discursivos ampliamente heterogéneos y desiguales. La palabra deconstrucción podría, en determinados casos, inducir o promover dicha confusión. Ella misma da lugar a suficientes malentendidos como para que no añadamos aún otros al asimilar todos los estilos de Critical Legal Studies entre ellos o al dar ejemplos de la deconstrucción. Por muy poco familiares que me sean, sé que los trabajos de los Critical Legal Studies tienen su historia, su contexto y su idioma propios, y que en relación con dicho cuestionamiento filosófico-deconstructivo son, en ocasiones, por decirlo rápidamente, desiguales, tímidos, aproximativos, esquemáticos por no decir atrasados, mientras que por su especialización y por la agudez de su competencia técnica están, por el contrario, muy avanzados en relación con tal o cual estado de la deconstrucción en un campo más bien literario o filosófico. El respeto de las especifidades contextuales, académico-institucionales, discursivas, la desconfianza ante los analogismos, las transposiciones apresuradas, las homogeneizaciones confusas, me parecen los primeros imperativos en la fase actual. Estoy seguro, y espero en todo caso, que este encuentro nos dejará tanto la memoria de las diferencias como la de los cruces, coincidencias o consensos. Lo decía hace un instante: solamente en apariencia y en sus manifestaciones más conocidas bajo ese nombre, la deconstrucción no ha abordado (n'a pas «adressé», como se dice en inglés) el problema de la justicia. No es más que una apariencia, pero hay que dar cuenta de las apariencias, hay que salvar las apariencias,

según la expresión de Aristóteles, y es a lo que me querría dedicar aquí: mostrar por qué y cómo, lo que se llama corrientemente La deconstrucción, sin que parezca abordar («adresser») el problema de la justicia, no ha hecho otra cosa que abordarlo, sin que lo haya podido hacer directamente, sino de una manera oblicua. Oblicua como en este momento mismo en el que yo me dispongo a demostrar que no se puede hablar *directamente* de la justicia, tematizar u objetivar la justicia, decir «esto es justo» y mucho menos «yo soy justo» sin traicionar inmediatamente la justicia, si no el derecho.

B. Pero no he comenzado todavía. Había comenzado diciendo que debo dirigirme a ustedes en su lengua e inmediatamente había anunciado que yo siempre había considerado preciosas, es decir, irremplazables, dos de sus expresiones idiomáticas. Una era «to enforce the law», que nos recuerda siempre que si la justicia no es necesariamente el derecho o la ley, aquella no puede convertirse en justicia de derecho o en derecho si no detenta la fuerza, o más bien si no apela a la fuerza desde el primer instante, desde su primera palabra. En el principio de la justicia habrá habido logos, lenguaje, lengua, lo que no está en contradicción con otro *incipit* que dijera: «En el principio habrá habido fuerza»

Pascal lo dice en un fragmento sobre el que volveré quizás más tarde, una de sus «pensées» célebres y siempre más difíciles de lo que parecen. Comienza de la siguiente forma: «Justice, force.- Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi». El inicio de este fragmento es ya extraordinario, al menos en el rigor de su retórica. Dice que lo que es justo debe ser seguido (seguido de consecuencia, de efecto, aplicado, *enforced*) y que lo que es más fuerte debe ser también seguido (de consecuencia, de efecto, etc.). Dicho de otra forma, el axioma común es que lo justo y lo más fuerte, lo más justo como (as, as well as) lo más fuerte *deben* ser seguidos. Pero este «deber ser seguido» común a lo justo y a lo más fuerte, es «justo» en un caso, «necesario» en el otro: «es justo que lo que es justo sea seguido [dicho de otra forma, el concepto o la idea de justicia implica analíticamente y a *priori* que lo justo sea «seguido», enforced, y es justo -también en el sentido de justeza- pensar así]; es necesario que lo que es más fuerte sea seguido (enforced)».

Y Pascal prosigue: *«La justice sans la force est impuissante* [dicho de otro modo, la justicia no es justicia si no tiene la fuerza para ser «enforced»; una justicia impotente no es justicia en el sentido del *droit*]; *la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort*

*soit juste**». Es difícil decidir si el «il faut» de esta conclusión (Il faut donc mettre ensemble la justice et la force») es un «il faut» prescrito por lo que es justo en la justicia o por lo que es necesario en la fuerza. Pero esto constituye una duda sin objeto dado que la justicia exige, en tanto que justicia, el recurso a la fuerza. La necesidad de la fuerza está por tanto implicada en lo *juste* de la justicia.

Este pensamiento y su conclusión («Y así, dado que no es posible hacer que lo justo sea fuerte, lo fuerte se ha hecho justo») merecería un largo análisis que no puedo desarrollar aquí. El principio de mi análisis o más bien de mi interpretación activa y todo salvo no-violenta, el principio de la interpretación que en el fondo propondría indirecta mente a lo largo de esta conferencia se enfrentará -especialmente en el caso de este pensamiento de Pascal- a la tradición y a su contexto más masivamente evidente. Este contexto masivo, y la interpretación convencional que parece ordenar tienden, en un sentido precisamente convencionalista, hacia una especie de escepticismo pesimista, relativista y empirista que, por ejemplo, había empujado a Arnaud a suprimir estos pensamientos en la edición de Port Royal, alegando que Pascal los había escrito bajo la influencia de una lectura de Montaigne según la cual las leyes no son justas en ellas mismas, sino que lo son porque son leyes. Es cierto que Montaigne había utilizado una expresión interesante, que Pascal retoma para sí y que yo también querría reinterpretar y sustraer a su lectura más convencional. La expresión es «fondement mystique de l'autorité». Pascal cita a Montaigne sin nombrarlo al escribir en el pensamiento 293: *«...l'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur, l'autre la commodite du souvera l'autre la coutume présente; et c'est le plus sûr: rien, suivant la seule raison, n'est luste de soi; tout branle avec le temps. La coutume fait toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est recue; c'est le fondement mystique de son autorité. Qui la raméne a son principe, l'anéanti**».*

Montaigne hablaba, en efecto, de un «fundamento místico» de la autoridad de las leyes: *«Or les lois,* dice, *se maintiennent en credit, non*

---

* "La justicia sin fuerza es impotente (...); la fuerza sin la justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha porque siempre hay malvados; la fuerza sin la justicia es acusada. Por tanto, hay que poner juntas la justicia y la fuerza; y ello para hacer que lo que es justo sea fuerte y que lo que es fuerte sea justo".

**"... uno dice que la esencia de la justicia es la voluntad del legislador, otro, que es la conveniencia del soberano; otro dice que es la costumbre presente; y es seguro que se trata de lo último: nada, siguiendo la sola razón, es justo por sí mismo; todo se desmorona con el tiempo. La costumbre realiza la equidad por la mero hecho de ser recibida; es el fundamento místico de su autoridad. El que remonta a su principio, la aniquila."

parce qu'elles sont justes, mais parce quelles sont loix. C'est le fondement mystique de leur authorité elles nien ont point d'autre [...].
Quinconque leur obeyt parce qu'elles sont justes, ne leur obeyt pas justements par oú il doibt».* (Essais III, XIII, De l'expérience, ed. Pléiade, p. 1203).

Visiblemente, Montaigne distingue aquí las leyes, es decir el *droit,* de la justicia. Las leyes no son justas en tanto que leyes. No se obedecen porque son justas sino porque tienen autoridad.

Poco a poco iré explicando lo que entiendo por «fundamento místico de la autoridad. Es cierto que Montaigne también había escrito algo que todavía debe ser interpretado más allá de la superficie simplemente convencional y convencionalista: «(notre droit même a, dit-on des fictions légitimes sur lesquelles il fonde la vérité de sa justice)». Yo había colocado estas palabras como exergo a un texto sobre *Vor dem Gesetz.* ¿Qué es una ficción legítima? ¿Qué quiere decir fundar la verdad de la justicia? He aquí ciertas cuestiones que nos aguardan. Es cierto que Montaigne proponía una analogía entre este suplemento de ficción legítima, es decir necesaria para fundar la verdad de la justicia, y el suplemento de artificio necesario, debido a una deficiencia de la naturaleza, como si la ausencia de derecho natural necesitara el suplemento de derecho histórico o positivo, es decir, ficcional, como -y ésta es la analogía propuesta por Montaigne- *«les femmes qui emploient des dents d'ivoire oú les leurs naturelles leur manquent, et, au lieu de leur vrai teint, en forgent un de quelque matière étrangèere, etc.* **» (Livre 11, ch. XII, P. 601 Pléiade).

La «pensée de Pascal que «pone juntas», como él dice, la justicia y la fuerza, y hace de la fuerza una especie de predicado esencial de la justicia -término bajo el cual Montaigne entiende el derecho más bien que la justicia-, va quizás más allá de un relativismo convencionalista o utilitarista, más allá de un nihilismo, antiguo o moderno, que haría de la ley un «masked power», más allá de la moral cínica de «El lobo y el cordero» de La Fontaine con arreglo a la cual *«la raison du plus fort est toujours la meilleure.***»*

La crítica pascaliana, *en su principio,* reenvía al pecado original y a la corrupción de las leyes naturales por una razón ella misma corrompida («*Il y a sans doute des lois naturelles; mais cette belle raison a*

---

* «Ahora bien, las leyes(...) mantienen su crédito no porque sean justas sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad, no tienen otro (...) El que las obedece porque son justas, no las obedece justamente por lo que debe obedecerlas».

** «(como) las mujeres que emplean dientes de marfil donde los suyos, naturales, les faltan, y en lugar de su color obtienen otro a partir de cualquier materia extraña».

*** «la razón del más fuerte es siempre la mejor»

*tout corrompu**, section IV, pensée 294; y en otro lugar: «*Notre justice s'anéanti devant la justice divine***,» p. 564. Cito estas *pensées* para preparar la lectura de Benjamin).

Pero si aislamos el resorte funcional de la crítica pascaliana, si lo disociamos de su pesimismo cristiano, lo que no es imposible, podemos hallar en él -como, por otra parte, en Montaigne- las premisas de una filosofía crítica moderna, es decir, de una crítica de la ideología jurídica, una desedimentación de las superestructuras del derecho que esconden y reflejan a la vez los intereses económicos y políticos de las fuerzas dominantes de la sociedad. Esto sería a la vez posible y siempre útil.

Pero más allá de su principio y de su resorte, esta *pensée* pascaliana se refiere quizás a una estructura más intrínseca que una crítica de la ideología jurídica no podría nunca desatender. El surgimiento mismo de la justicia y del derecho, el momento instituyente, fundador y justificador del derecho implica una fuerza performativa, es decir siempre una fuerza interpretativa: esta vez no en el sentido de que el derecho estaría al servicio de la fuerza, instrumento dócil, servil y por tanto exterior, sino en el sentido de que el derecho tendría una relación más interna y compleja con lo que se llama fuerza, poder o violencia. La justicia en el sentido del derecho (right or law) no estaría simplemente al servicio de una fuerza o de un poder social, por ejemplo económico, político o ideológico que existiría fuera de ésta o antes que ésta y al que la misma debería someterse o con el que debería ponerse de acuerdo, según la utilidad. El momento mismo de fundación o de institución (que por otra parte no es nunca un momento inscrito en el tejido homogéneo de una historia, puesto que lo que hace es rasgarlo con una decisión), la operación que consiste en fundar, inaugurar, justificar el derecho, hacer la ley, consistiría en un golpe de fuerza, en una violencia performativa y por tanto interpretativa que no es justa o injusta, y que ninguna justicia ni ningún derecho previo y anteriormente fundante, ninguna fundación preexistente podría garantizar, contradecir o invalidar por definición. Ningún discurso justificador puede ni debe asegurar el papel de metalenguaje con relación a la performatividad del leguaje instituyente o a su interpretación dominante.

El discurso encuentra ahí su límite: en él mismo, en su poder performativo mismo. Es lo que yo propongo aquí denominar lo místico. Hay un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador. Encerrado, emparedado, porque este silencio no es exterior al lenguaje.

---

* Hay sin duda leyes naturales, pero la bella razón lo ha corrompido todo».

* «Nuestra justicia es aniquilada ante la Justicia divina».

He ahí el sentido en el que yo me atrevería a interpretar, más allá del simple comentario, lo que Montaigne y Pascal llaman el fundamento místico de la autoridad. Tomaría el uso de la palabra «místico» en un sentido que me atrevería a denominar más bien wittgestiniano. Estos textos de Montaigne y de Pascal, así como la tradición a la que pertenecen y la interpetación un poco activa que yo propongo, podrían ser traídos a colación a propósito de la discusión de Stanley Fish en «Force» *(Doing what comes naturally)* acerca de *The concept of law* de Hart -y de otros tantos, incluyendo implícitamente a Rawls, que es criticado por Hart, así como en relación con los debates iluminados por ciertos textos de Sam Weber en torno al carácter agonístico y no simplemente intrainstitucional o monoinstitucional de ciertos conflictos en *Institution and Interpretation*.

Como el origen de la autoridad, la fundación o el fundamento, la posición de la ley, sólo pueden, por definición, apoyarse finalmente en ellos mismos, éstos son en sí mismos una violencia sin fundamento. Lo que no quiere decir que sean injustos en el sentido de «ilegales». No son ni legales ni ilegales en su momento fundador, excediendo la oposición entre lo fundado y de lo no fundado, entre todo fundacionismo o antifundacionismo. Incluso si el éxito de los performativos fundantes de un derecho (por ejemplo -y esto es más que un ejemplo-, el éxito de un Estado como garante de un derecho) supone condiciones y convenciones previas (por ejemplo, en el espacio nacional o internacional), el mismo límite «místico» resurgirá en el origen supuesto de dichas condiciones, reglas o convenciones, y de su interpretación dominante.

La estructura que describo así es una estructura en la que el derecho es esencialmente deconstruible, bien porque está fundado, construido sobre capas textuales interpretables y transformables (y esto es la historia del derecho, la posible y necesaria transformación, o en ocasiones la mejora del derecho), bien porque su último fundamento, por definición, no está fundado. Que el derecho sea deconstruible no es una desgracia. Podemos incluso ver ahí la oportunidad política de todo progreso histórico. Pero la paradoja que me gustaría someter a discusión es la siguiente: es esta estructura deconstruible del derecho, o si ustedes prefieren, de la justicia como derecho, la que también asegura la deconstrucción. La justicia en ella misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es deconstruible. Ni la deconstrucción misma, si algo así existe. La deconstrucción es la justicia. Debido a que el derecho (que yo intentaría regularmente distinguir de la justicia) es construible, en un sentido que desborda la oposición entre convención y naturaleza, debido a que el derecho desborda esta oposición, es construible y por tanto deconstruible, y, más aún, hace posible la

deconstrucción o al menos el ejercicio de una deconstrucción que procede siempre en el fondo a cuestiones de derecho. 1. La deconstruibilidad del derecho, de la legalidad, de la legitimidad o de la legitimación (por ejemplo) hace la deconstrucción posible. 2. La indeconstruibilidad de la justicia hace también posible la deconstrucción, es decir, se confunde con ella. 3. Consecuencia: la deconstrucción tiene lugar en el intervalo que separa la indeconstruibilidad de la justicia y la deconstruibilidad del derecho, de la autoridad legitimante o legitimada.

Dicho de otra forma, la hipótesis y las proposiciones hacia las que me dirijo tanteando, apelarían más bien al siguiente subtítulo: la justicia como posibilidad de la deconstrucción, la estructura del derecho o de la ley, de la fundación, como posibilidad del ejercicio de la deconstrucción. Estoy seguro de que esto no ha quedado claro, pero lo estará más, aunque no esté seguro de ello, dentro de un momento.

He dicho, por tanto, que no había comenzado todavía. Quizás no empiece nunca y el coloquio se quede sin key-note, y sin embargo ya he comenzado. Me autorizo -¿con qué derecho?- a multiplicar los protocolos y los rodeos. Había comenzado diciendo que estaba enamorado de al menos dos expresiones idiomáticas vuestras. Una era «enforceability», la otra el uso transitivo del verbo «to address». En francés, nos *dirigimos* a alguien, se *dirige* una carta o un discurso -uso también transitivo- sin que se esté seguro de que lleguen a destino, pero no se *dirige* un problema («on n'adresse pas un probleme»). Esta tarde me he comprometido contractualmente a abordar en inglés («a adresser en anglais») un problema, es decir a ir derecho hacia el mismo, ir derecho hacia vosotros, temáticamente y sin rodeos, dirigiéndome a vosotros en vuestra lengua. Entre el derecho, la rectitud de la dirección («adresse»), la dirección («direction») y la rectitud, habría que encontrar la comunicación de una línea directa y encontrarse en la buena dirección. ¿Por qué la deconstrucción tiene la reputación, justificada o no, de tratar las cosas oblicuamente, indirectamente, en estilo indirecto, con «quotation marks», preguntando siempre si las cosas llegan a la dirección indicada? ¿Es merecida esta reputación? Y, merecida o no, ¿cómo explicarla?

Hay una mezcla de fuerza, de justeza y de justicia ya en el hecho de que yo hable en la lengua del otro y rompa con la mía, en el hecho de que me dirija al otro.

Y yo debo, es un deber, «abordar» («adresser» en inglés) como decís en vuestra lengua, los problemas infinitos en su número, historia y estructura, que recubre el título *Deconstruction and the possibility of justice.* Pero sabemos ya que esos problemas no son infinitos porque sean infinitamente numerosos ni porque estén arraigados en el infinito

de memorias y culturas (religiosas, filosóficas, jurídicas, etc.) que nunca dominaremos. Son infinitos, si se puede decir, en ellos mismos, porque exigen la experiencia de la aporia, la cual no es ajena a lo que acabo de denominar lo místico. Cuando digo que incluso exigen la experiencia de la aporia, entiendo dos cosas bastante complicadas. 1. La experiencia, como su nombre indica, es una travesía, pasa a través y viaja a un destino hacia el que encuentra el paso. La experiencia encuentra su paso, es posible. Ahora bien, en este sentido, no puede haber experiencia plena de la aporia, es decir, de lo que no permite el paso. Una aporia es un no-camino. La justicia sería, desde este punto de vista, la experiencia de aquello de lo que no se puede tener experiencia. A continuación vamos a encontrar más de una aporia, sin que podamos pasar. Pero 2. creo que no hay justicia sin esta experiencia, por muy imposible que sea, de la aporia. La justicia es una experiencia de lo imposible. Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporia, no tendría ninguna expectativa de ser lo que es, esto es, una justa apelación a la justicia. Cada vez que las cosas pasan o pasan bien, cada vez que aplicamos una buena regla a un caso particular, a un ejemplo correctamente subsumido, según un juicio determinante, podemos estar seguros de que el derecho encuentra su lugar, pero no la justicia, ciertamente. El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable; y las experiencias aporéticas son experiencias, tan improbables como necesarias, de la justicia es decir, momentos en que la decisión entre lo justo y lo injusto no está jamás determinada por una regla.

Debo por tanto dirigirme («m'adresser») a vosotros y abordar problemas («adresser des problemes»), debo hacerlo brevemente en una lengua extranjera. Para hacerlo brevemente debería hacerlo, de una parte, tan directamente como posible, yendo todo derecho, sin desvío, sin coartada histórica, sin movimiento oblicuo, hacia vosotros, los primeros destinatarios supuestos de este discurso, pero al mismo tiempo y de otra parte, hacia el lugar de decisión esencial para dichos problemas. Tanto la dirección («l'adresse», «la direction») como la rectitud dicen algo del derecho, y lo que no hay que olvidar cuando se quiere la justicia, cuando se quiere ser justo, es la rectitud de la dirección («de l'adresse»). *Il ne faut pas manquer d'adresse*, debería decir en francés, pero sobre todo il *ne faut pas manquer l'adresse,* no hay que equivocarse de dirección; la dirección resulta siempre singular. Una dirección es siempre singular, idiomática, y la justicia, como derecho, parece suponer siempre la generalidad de una regia, de una norma o de un imperativo universal. ¿Cómo conjugar el acto de justicia que debe

referirse siempre a una singularidad, individuos, grupos, existencias irremplazables, el otro o yo *como* el otro, en una situación única, con la regla, la norma, el valor o el imperativo de justicia que tienen necesariamente una forma general, incluso si esta generalidad prescribe una aplicación cada vez singular? Si me conformo con aplicar una regla justa sin espíritu de justicia y sin inventar cada vez, en cierta manera, la regla y el ejemplo, actuaría quizás al amparo del derecho, con arreglo al derecho objetivo, pero no sería justo. Actuaría, diría Kant, *conforme al* deber, pero no *por* deber o *por respeto* a la ley. ¿Es posible decir que una acción no es sólo legal sino también justa, que una persona no sólo está en su derecho sino que también es de justicia que así sea, sino también que algo es justo, que una decisión es justa? ¿Es posible decir: sé que soy justo? Permitidme otro rodeo.

Parece ser que dirigirse al otro en la lengua del otro es la condición de toda justicia posible, pero esto parece no sólo rigurosamente imposible (por cuanto sólo puedo hablar la lengua del otro en la medida en que me la apropio y asimilo según la ley del tercero implícito) sino incluso excluido por la justicia como derecho en tanto que éste parece implicar un elemento de universalidad, el recurso a un tercero que suspenda la unilateralidad o la singularidad de los idiomas.

El hecho de dirigirme a alguien en inglés constituye siempre para mí una prueba. Imagino que para mi destinatario y para vosotros también. Más que explicaros por qué, y perder el tiempo haciéndolo, comienzo *in media res*, con algunas observaciones que unen, en mi opinión, la gravedad angustiante de este problema de lengua a la cuestión de la justicia, de la posibilidad de la justicia.

Primera observación: Por un lado, y por razones fundamentales, nos parece justo «rendre la justice» («administrar justicia»), como se dice en francés, en un idioma dado, en una lengua en la que todos los sujetos afectados se consideran competentes, es decir, capaces de entender y de interpretar, todos los que establecen las leyes, los que juzgan y los que son juzgados, los testigos en sentido amplio y en sentido estricto, todos aquellos que son garantes del ejercicio de la justicia o más bien del derecho. Es injusto juzgar a alguien que no comprende la lengua en la que la ley está inscrita o en la que la sentencia es pronunciada, etc. Podríamos multiplicar los ejemplos dramáticos de situaciones de violencia donde se juzga en un idioma que la persona o el grupo de personas juzgadas no comprenden muy bien o quizás no comprenden en absoluto. Y por muy ligera o sutil que sea la diferencia en la competencia en el dominio del idioma, la violencia de una injusticia ha comenzado cuando no todos los miembros de una comunidad comparten completamente el mismo idioma. Como la situación ideal de competencia igual es rigurosamente imposible, se puede extraer

desde ahora alguna consecuencia sobre lo que el título de nuestra conferencia llama «la posibilidad de la justicia». La violencia de esta injusticia que consiste en juzgar a los que no comprenden el idioma en el que se pretende -como se dice en francés- que «justice est faite» («que se haga justicia»), no es una violencia cualquiera, no es una injusticia cualquiera; esta injusticia supone que el otro, la víctima de la injusticia de la lengua, sea competente en una lengua en general, sea un hombre en tanto que animal parlante, y en el sentido que nosotros, los hombres, damos a la palabra lenguaje. Por otra parte hubo un tiempo, que no es lejano ni ha terminado, en que «nosotros los hombres» quería decir «nosotros los europeos adultos varones blancos carnívoros y capaces de sacrificios».

En el espacio en el que yo sitúo estos comentarios o reconstituyo este discurso, no se hablará de violencia o de injusticia hacia el animal, y menos aún hacia un vegetal o una piedra. Se puede hacer sufrir a un animal, pero no se dirá jamás, en sentido propio, que es un sujeto lesionado, víctima de un asesinato, de una violación o de un robo, de un perjurio -y esto es cierto, *a fortiori*, se piensa, con respecto a lo que llamamos vegetal o mineral o especies intermedias, como por ejemplo las esponjas. Ha habido, y todavía hay en la especie humana, sujetos no reconocidos como tales que reciben el tratamiento de animal (es toda la historia inacabada a la que me refería hace un momento). Lo que llamamos confusamente animal, es decir el viviente en cuanto tal, sin más, no es un sujeto de la ley o del derecho. La oposición entre lo justo y lo injusto no tiene sentido con respecto a él. Ya se trate de procesos a animales (ha habido) o de procedimientos contra los que infligen ciertos sufrimientos a los animales (ciertas legislaciones occidentales lo preveen y hablan no sólo de derechos del hombre sino del derecho de los animales, en general), pensamos que se trata de arcaísmos o de fenómenos todavía marginales y raros, no constitutivos de nuestra cultura. En nuestra cultura, el sacrificio carnívoro es fundamental, dominate, regulado sobre la base de la más alta tecnología industrial, de la misma forma que la experimentación biológica sobre el animal tan vital para nuestra modernidad. Como ya he tratado de mostrar en otro lugar[1], el sacrificio carnívoro es esencial para la estructura de la subjetividad, es decir, también para el fundamento del sujeto intencional, y, si no de la ley, si al menos del derecho, quedando la diferencia entre ley y derecho, justicia y derecho, justicia y ley, abierta sobre un abismo. No abordo de momento la afinidad existente entre el sacrificio carnívoro, fundamento de nuestra cultura y de nuestro derecho, y todos

[1] Cf. De l'esprit: Heidegger et la question, Editions Galilée, París, 1987.

los canibalismos, simbólicos o no, que estructuran la intersubjetividad en la lactancia, el amor, el duelo y en toda apropiación simbólica o lingüística. Si queremos hablar de injusticia, de violencia o de falta de respeto hacia lo que todavía llamamos de manera confusa el animal -nunca esta cuestión había sido tan actual, e incluyo, por tanto, a título de deconstrucción, todo un conjunto de cuestiones sobre el carno-falogocentrismo-, es necesario reconsiderar la totalidad de la axiomática metafísico-antropocéntrica que domina en Occidente el pensamiento de lo justo y de lo injusto.

Entrevemos ya, desde este primer momento, una primera consecuencia, a saber, que un enfoque deconstructivo de los límites que instituye el sujeto humano (preferente y paradigmáticamente el macho adulto más que la mujer, el niño o el animal) como medida de lo justo y lo injusto, no conduce necesariamente a la injusticia, ni a la supresión de una oposición entre lo justo y lo injusto, sino quizás, y en nombre de una exigencia más insaciable de justicia, a la reinterpretación de todo el aparato de límites entre los cuales una historia y una cultura ha podido confinar su criteriología. En la hipótesis que de momento no hago más que sugerir superficialmente, lo que llamamos corrientemente deconstrucción correspondería no -según una confusión que algunos tienen interés en propagar- a una abdicación cuasi-nihilista ante la cuestión ético-político-jurídica de la justicia, y ante la oposición de lo justo y de lo injusto, sino a un doble movimiento que yo esquematizaría de la siguiente manera:

1. El sentido de una responsabilidad sin límite, necesariamente excesiva, incalculable, ante la memoria, y, de ahí, la tarea de recordar la historia, el origen y el sentido, y, por tanto, los límites de los conceptos de justicia, ley y derecho, de los valores, normas, prescripciones que se han impuesto y han sedimentado, quedando desde entonces más o menos legibles o presupuestos. En cuanto a lo que nos ha sido legado en más de una lengua bajo el nombre de justicia, la tarea de una interpretación histórica e interpretativa está en el centro de la deconstrucción no sólo como tarea filológico-etimológica, como tarea de historiador, sino como responsabilidad ante una herencia que es al mismo tiempo la herencia de un imperativo o de un haz de mandatos. La deconstrucción está comprometida con esta exigencia de justicia infinita que puede tomar el aspecto de la «mística» de la que hablaba hace un momento. Hay que ser justo con la justicia, y la primera justicia que debe ser hecha es la de escuchar, leer, interpretar intentar comprender de dónde viene aquella, qué es lo que quiere de nosotros, sabiendo que ella lo hace a través de idiomas singulares (Diké, Jus, justitia, justice, Gerechtigkeit, por limitarnos a idiomas europeos que sería también necesario delimitar a través o a partir de otros; volveremos

sobre esto) y sabiendo también que esta justicia se dirige siempre a singularidades, a la singularidad del otro, a pesar, o en razón mismo de su pretensión de universalidad. En consecuencia, el hecho de no ceder nunca sobre este punto, de mantener siempre un cuestionamiento sobre el origen, fundamento y límites de nuestro aparato conceptual, teórico o normativo sobre la justicia, constituye todo salvo una neutralización del interés por la justicia, una insensibilidad hacia la justicia por parte de la deconstrucción. Se trata, por el contrario, de una sobrepuja hiperbólica en la exigencia de justicia, de una sensibilidad hacia una especie de desproporción esencial que debe inscribir el exceso y la inadecuación en ella, y que lleva a denunciar no sólo límites teóricos sino también injusticias concretas, con los efectos más sensibles en la buena conciencia que se detiene dogmáticamente ante tal o cual determinación heredada de la justicia.

2. Esta responsabilidad ante la memoria es una responsabilidad ante el concepto mismo de responsabilidad que regula la justicia y la justeza de nuestros comportamientos, de nuestras decisiones teóricas, prácticas, ético-políticas. Este concepto de responsabilidad es inseparable de toda una red de conceptos cenexos (propiedad, intencionalidad, voluntad, conciencia, conciencia de sí mismo, etc.) y toda deconstrucción de esta red de conceptos en su estado dado o dominante podría parecer una irresponsabilización en el momento mismo en que, por el contrario, es a un incremento de responsabilidad a lo que la deconstrucción apela. Pero en el momento en que el crédito de un axioma es suspendido por la deconstrucción, en este momento estructuralmente necesario, se puede creer que no hay lugar para la justicia, ni para la justicia ella misma, ni para el interés teórico que se dirige a los problemas de la justicia. Este momento de suspensión, este tiempo de *epoké* sin el cual no habría deconstrucción posible, es angustiante, pero ¿quién pretende ser justo ahorrándose la angustia? Ese momento de suspense angustiante -que es también el intervalo o el espaciamiento en el que las transformaciones, es decir, las revoluciones jurídico-políticas tienen lugar- sólo puede estar motivado, sólo puede encontrar su movimiento y su impulso (un impulso que no puede ser suspendido) en la exigencia de un incremento o de un suplemento de justicia, por lo tanto, en la experiencia de una inadecuación o de una incalculable desproporción. Porque, en definitiva, ¿dónde podría encontrar la deconstrucción su fuerza, su movimiento o su motivación sino en esa apelación siempre insatisfecha, más allá de las determinaciones dadas, de lo que llamamos en contextos determinados la justicia, la posibilidad de la justicia? De cualquier forma, esta desproporción tiene todavía que ser interpretada. Si decía antes que no conozco nada más justo que eso que llamo hoy deconstrucción (nada más justo, no digo nada más legal o legítimo), sé que no dejaré de

sorprender o indignar a los adversarios decididos de la llamada deconstrucción o de lo que aquellos imaginan bajo dicho nombre, pero no sólo a aquellos, sino también a los que pasan por ser sus partidarios o practicantes. Por tanto, no diré esto, al menos directamente y sin la precaución de algunos rodeos.

Como ustedes saben, en numerosos países, en el pasado y todavía hoy, una de las violencias fundamentales de la ley o de la imposición del derecho estatal fue la imposición de una lengua a las minorías nacionales o étnicas reagrupadas por el estado. Este fue el caso en Francia, al menos en dos ocasiones, primero, cuando el decreto de Villers-Cotteret consolidó la unidad del Estado monárquico imponiendo el francés como lengua jurídico-administrativa y prohibiendo que el latín, lengua del derecho o de la Iglesia, permitiera a todos los habitantes del reino dejarse representar en una lengua común, por su abogado intérprete, sin dejarse imponer esa lengua particular que era todavía el francés. Es cierto que el latín constituía ya una violencia, y que desde este punto de vista el paso del latín al francés sólo fue el paso de una violencia a otra. El segundo gran momento en la imposición fue la Revolución Francesa, cuando la unificación lingüística adquirió los tintes pedagógicos más represivos, en todo caso los más autoritarios. No voy a empezar la historia de estos ejemplos. Podríamos encontrarlos también en este país, hoy, donde el problema lingüístico es y será por mucho tiempo, agudo, precisamente en este lugar en el que las cuestiones de la política, la educación y el derecho son inseparables (y en donde recientemente ha comenzado un debate sobre «national standards» de educación).

Y ahora, sin rodeo alguno por la memoria histórica voy todo derecho hacia el enunciado formal, abstractos, de algunas aporias, aquellas en las cuales el derecho y la justicia encuentran su lugar, o mejor dicho, su inestabilidad privilegiada. En general, la deconstrucción se practica según dos vías o estilos que la mayoría de las veces son injertados el uno en el otro por aquella. Uno tiene el atractivo demostrativo y aparentemente no-histórico de las paradojas lógico-formales. El otro, más histórico o anamnésico, parece proceder a través de lecturas de textos, interpretaciones minuciosas y genealogías. Voy a entregarme, sucesivamente, a los dos ejercicios.

Primero enuncio secamente, directamente, abordo («j'adresse») las aporias siguientes. En realidad se trata de una sola aporia, de un solo potencial aporético que se distribuye hasta el infinito. No tomaré más que algunos ejemplos que supondrán, explicitarán o producirán quizás una distinción difícil e inestable entre la justicia y el derecho, entre la justicia (infinita, incalculable, rebelde a la regla, extraña a la simetría, heterogénea y heterótropa) y el ejercicio de la justicia como derecho,

legitimidad o legalidad, estabilizante y estatutoria, calculable, sistema de prescripciones reguladas y codificadas. Estaría hasta cierto punto tentado por la idea de acercar el concepto de justicia -que aquí tiendo a distinguir del derecho- al que ofrece Levinas, precisamente a causa de esta infinidad, así como a causa de la relación heterónoma al otro, al rostro del otro que me ordena y del que soy rehén, sin que pueda tematizar su infinidad. En *Totalité et Infini* («Verité et Justice, p. 62), Levinas escribe: *«... la relation avec autri -c'est-a-dire la justice»- que él define en otra parte como «droiture de l'accueil fait au visage»* (p. 54). La equidad (droiture) no se reduce al derecho (droit), si bien existe una relación entre ambos valores.

Levinas habla de un derecho infinito: en eso que él denomina el «humanismo judío» cuya base no es el «concepto de hombre» sino el del otro; «*l'étendue du droit d'autrui»* es *«un droit pratiquement infini**»* («Un droit infini», in *Du sacré au Saint. Cinq Nouvelles Lectures Talmudiques,* pp. 17-18). La equidad, aquí, no es la igualdad, la proporcionalidad calculada, la distribución equitable o la justicia distributiva, sino la disimetría absoluta. La noción levinasiana de la justicia se acercaría más bien al equivalente hebreo de lo que nosotros traduciríamos quizás como santidad. Pero dado que esto plantearía otras cuestiones difíciles sobre este discurso difícil de Levinas, no puedo contentarme con tomar en préstamo un trazo conceptual sin correr el riesgo de la confusión o de la analogía. No iré más lejos, pues, en esta dirección. Todo sería todavía simple si esta distinción entre justicia y derecho fuera una verdadera distinción, una oposición cuyo funcionamiento está lógicamente regulado y sea dominable. Pero sucede que el derecho pretende ejercerse en nombre de la justicia y que la justicia exige instalarse en un derecho que exige ser «enforced». La deconstrucción se encuentra siempre entre los dos. He aquí algunos ejemplos de aporias.

1. *Primera aporia: la epoké de la regla*

Nuestro axioma común es que para ser justo o injusto, para ejercer la justicia, debo ser libre y responsable de mi acción, de mi comportamiento, de mi pensamiento, de mi decisión. De un ser que carece de libertad, o al menos, que no es libre en tal o tal acto, no puede decirse que su decisión es justa o injusta. Pero esta libertad o esta decisión de lo justo debe, para ser tal, seguir una ley, o una prescripción, una regla. En este sentido, en su autonomía misma, en su libertad de seguir o de

* «... la relación con el otro, es decir, la justicia»- (…) «rectitud de la acogida hecha al rostro»

** «la extensión del derecho del otro» es «un derecho prácticamente infinito».

darse una ley, debe poder ser del orden de lo calculable o de lo programable, por ejemplo como acto de equidad. Pero si el acto consiste simplemente en aplicar una regla, en desarrollar un programa o en efectuar un cálculo, se dirá quizás que es legal, conforme al derecho, y quizás, empleando una metáfora, justo, pero nos equivocaremos al decir que la decisión ha sido justa.

Para ser justa, la decisión de un juez, por ejemplo, no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso. Cada ejercicio de la justicia como derecho sólo puede ser justo si se trata de un «fresh judgment» (tomo prestada esta expresión inglesa del artículo de Stanley Fish, «Force», en *Doing What Comes Naturally).* Este «fresh judgment» puede y debe ser conforme a una ley preexistente, pero la interpretación re-instauradora, re-inventiva y libremente decisoria, responsable, del juez, requiere que su «justicia» no consista solamente en la conformidad, en la actividad conservadora y reproductora de la sentencia. Dicho brevemente: para que una decisión sea justa y responsable es necesario que en su momento propio, si es que existe, sea a la vez regulada y sin regia, conservadora de la ley y lo suficientemente destructiva o suspensiva de la ley como para deber reinventarla, re-justificarla en cada caso, al menos en la reafirmación y en la confirmación nueva y libre de su principio. Cada caso es otro, cada decisión es diferente y requiere una interpretación absolutamente única que ninguna regla existente y codificada podría ni debería garantizar absolutamente; si hubiera una regla que la garantizase de una manera segura, entonces el juez sería una máquina de calcular -lo que a veces sucede-, y entonces no se diría que es justo, libre y responsable. Pero tampoco se dirá esto si aquel no se refiere a ningún derecho, a ninguna regia, o si debido a que considera que ninguna regla está dada más allá de su interpretación, el juez suspende su decisión, se detiene en lo indecidible o incluso improvisa fuera de toda regla y de todo principio. De esta paradoja se sigue que en ningún momento se puede decir *presentemente* que una decisión es justa (es decir, libre y responsable) o que alguien es justo y menos aún que «*yo soy* justo». En lugar de «justo», se puede decir legal o legítimo, de conformidad con un derecho, con reglas y con convenciones que autorizan un cálculo pero cuyo origen fundante no hace más que alejar hacia atrás el problema de la justicia. En el fundamento o en la institución de este derecho se habrá planteado el mismo problema de la justicia, violentamente resuelto, enterrado, disimulado, rechazado. El mejor paradigma lo constituye la fundación de los Estados-Nación o el acto instituyente de una

constitución que instaura lo que en francés se llama *«l'état de droit»*.

2. *Segunda aporia: la obsesión de lo indecidible*

Ninguna justicia se ejerce, como derecho, sin una decisión que decida. Esta decisión no consiste solamente en su forma final, por ejemplo una sanción penal, equitativa o no, en el orden de la justicia proporcional o distributiva. La decisión comienza, debería comenzar en derecho o en principio, con la iniciativa de entrar en conocimiento, leer, comprender, interpretar la regla, e incluso calcular. Puesto que si el cálculo es cálculo, la decisión de calcular río es del orden de lo calculable y no debe serlo.

Lo indecidible, que se asocia frecuentemente al tema de la deconstrucción, no es simplemente la oscilación entre dos significaciones o reglas contradictorias y muy determinadas aunque igualmente imperativas (por ejemplo, el respeto del derecho universal y de la equidad y al mismo tiempo el respeto de la singularidad siempre heterogénea y única del ejemplo no subsumible). Lo indecidible no es sólo la oscilación o la tensión entre dos decisiones: es la experiencia de lo que siendo extranjero, heterogéneo con respecto al orden de lo calculable y de la regia, debe sin embargo -es de un deber de lo que hay que hablar- entregarse a la decisión imposible, teniendo en cuenta el derecho y la regla. Una decisión que no pasara la prueba de lo indecidible no sería una decisión libre; sólo sería la aplicación programable o el desarrollo de un proceso calculable. Sería quizás legal, no justa. Pero en el momento de suspensión de lo indecidible, no es justa, puesto que sólo una decisión es justa. Una vez pasada la prueba de lo indecidible (si esto es posible), la decisión ha seguido de nuevo una regia, o se ha dado una regia, la ha inventado o reinventado, reafirmado, y ya no es más *presentemente* justa, plenamente justa. En ningún momento parece que una decisión pueda decirse que es presente y plenamente justa: o bien no ha sido todavía adoptada según una regia, y entonces nada permite decir que es justa, o bien ha seguido ya una regla -recibida, confirmada, conservada o re-inventada- que a su vez nada garantiza; por otra parte, si estuviera garantizada, la decisión se habría convertido en cálculo y no podría decirse que es justa. Es por ello que la prueba de lo indecidible, que acabo de decir que debe ser pasada por toda decisión digna de ese nombre, no se pasa o se deja atrás nunca, no es un momento sobrepasado o superado (aufgehoben) por la decisión. En toda decisión, en todo acontecimiento de decisión, lo indecidible queda prendido, alojado al menos como un fantasma, aunque se trate de un fantasma esencial. Su fantasmaticidad deconstruye desde el interior toda seguridad de presencia, toda certeza o toda pretendida criteriología que nos asegure la justicia de una decisión, en verdad el acontecimiento mismo de una decisión. ¿Quién podrá asegurar que este tipo de decisión tiene

lugar, que no ha seguido -según un rodeo u otro- un cálculo, una regia, incluso sin que se haya producido ese suspense imperceptible que marca toda decisión libre, en el momento de aplicar o no una regla?

Toda la axiomática de la responsabilidad, de la conciencia, de la intencionalidad, de la propiedad, que ordena el discurso jurídico actual y dominante, la categoría misma de decisión hasta cuando se vale de los peritajes médicos, son de una fragilidad y de un grosería teórica tales que es necesario subrayarlo aquí. Los efectos de esta limitación son lo suficientemente concretos y masivos como para que tenga que dar ejemplos.

Esta segunda aporia o segunda forma de la misma aporia muestra cómo toda presunción de una certeza determinante de una justicia presente opera ella misma a partir de una «idea de la justicia» infinita, infinita porque irreductible, irreductible porque debida al otro, debida al otro, antes de todo contrato, porque llega, siendo así que la llegada del otro es siempre una singularidad diferente. Esta «idea de la justicia» me parece irreductible debido a su carácter afirmativo, a su exigencia de don sin intercambio, sin circulación, sin reconocimiento, sin círculo económico, sin cálculo y sin regia, sin razón o racionalidad, en el sentido de dominación reguladora. Se acusa ahí, se puede reconocer una locura. Y quizás una especie de mística. Y la deconstrucción está loca por esa justicia. Loca por ese deseo de justicia. Esa justicia, que no es el derecho, es el movimiento mismo de la deconstrucción presente en el derecho y en la historia del derecho, en la historia política y en la historia misma, incluso antes de que se presente en la academia o cultura modernas bajo el título de «deconstruccionismo».

Dudaría en asimilar demasiado rápidamente esta «idea de la justicia» a una idea reguladora en sentido kantiano, a una promesa mesiánica o a otros horizontes *del mismo tipo*. Hablo solamente de un *tipo,* de ese tipo de horizonte cuyas especies serían numerosas y concurrentes. Concurrentes, es decir, bastante parecidas y pretendiendo tener siempre el privilegio absoluto y la singularidad irreductible. La singularidad del lugar histórico -que es quizás el nuestro, y que es en todo caso el lugar al que me refiero aquí- nos permite entrever el tipo mismo como origen, condición, posibilidad o promesa de todas sus ejemplificaciones (mesianismo de tipo judío, cristiano o islámico, idea en sentido kantiano, escato-teleología de tipo neo-hegeliano, marxista o post-marxista, etc.). También nos permite percibir y concebir la ley de la competencia irreductible, pero desde un borde desde el que los amenaza el vértigo cuando sólo vemos ejemplos y cuando algunos de entre nosotros no se sienten comprometidos en la competencia: otra manera de decir que a partir de ese momento siempre corremos el riesgo de no estar, como se dice en francés, «dans la course» (en la carrera). Pero no estar «dans la

course» en interior de la pista, no nos permite quedarnos en la salida o ser simplemente espectadores, antes bien al contrario. Es esto quizás, como también se dice en francés, lo que «fait courir» (hace correr) más fuerte, más rápido, la deconstrucción por ejemplo.

3. *Tercera aporia: la urgencia que obstruye el horizonte del saber.*

Una de las razones por las que guardo aquí una reserva con respecto a todos los horizontes, por ejemplo con respecto a la idea reguladora kantiana o a la venida mesiánica, al menos en su interpretación convencional, es el hecho de que son precisamente *horizontes.* Como indica su nombre en griego, un horizonte es a la vez la apertura y el límite de la apertura que define ya sea un progreso infinito, ya sea una espera.

Ahora bien, la justicia, por muy impresentable que sea, no espera. Para ser directo, simple y breve, diré lo siguiente: una decisión justa se requiere siempre que lo sea inmediatamente, «right away». Uno no puede procurarse la información infinita y el saber sin límite acerca de las condiciones, las reglas o los imperativos hipotéticos que podrían justificarla. E incluso si se dispusiera de todo esto, incluso si se tomara todo el tiempo y los saberes necesarios al respecto, el momento de la *decisión, en cuanto tal,* es siempre un momento finito, de urgencia y precipitación, desde el momento que no es la consecuencia o el efecto de aquel saber teórico o histórico, de aquella reflexión o deliberación, desde el momento en que marca siempre la interrupción de la deliberación jurídico-, ético- o político-cognitiva que la precede, que debe precederla. El instante de la decisión es una locura, dice Kierkegaard. Es cierto, en particular con respecto al momento de la decisión justa que debe desgarrar el tiempo y desafiar las dialécticas. Es una locura. Incluso si el tiempo y la prudencia, la paciencia del saber y el dominio de las condiciones fueran hipotéticamente ilimitados, la decisión sería estructuralmente finita, por muy tarde que llegue, decisión de urgencia y precipitación que actúa en la noche de un no-saber y de una no-regla. No en la ausencia de regla y de saber sino en una restitución de la regla que, por definición, no viene precedida de ningún saber y de ninguna garantía en cuanto tal. Si confiáramos en una distinción masiva y definitiva del performativo y del constatativo -problema que no puedo tratar aquí-, esta irreductibilidad de la urgencia precipitativa, de la irreductibilidad de la irreflexión y de la inconsciencia, por muy inteligente que sea, debería ser puesta en la cuenta de la estructura performativa de los speech act, de los actos mismos como actos de justicia o de derecho, ya sean performativos instituyentes o performativos derivados que implican convenciones anteriores. Un constatativo puede ser justo, en el sentido de la justeza. Pero como un performativo sólo puede ser justo, en el sentido de la justicia, cuando está fundado en convenciones,

es decir, sobre otros performativos anteriores, enterrados o no, dicho performativo conserva en él cierta violencia irruptiva y no responde ya a las exigencias de la racionalidad teórica. Al reposar todo enunciado constatativo sobre una estructura al menos performativa («te digo que, te hablo, me dirijo a ti para decirte que esto es verdad, que es así, te prometo, renuevo mi promesa de hacer una frase y de firmar lo que digo cuando digo que, te digo o intento decirte la verdad», etc.), la dimensión de justeza o de verdad de los enunciados teórico-constatativos (en todos los dominios, en particular en el dominio de la teoría del derecho) presupone siempre, pues, la dimensión de justicia de los enunciados performativos, es decir, su precipitación esencial que en ocasiones implica cierta disimetría y cierta cualidad de violencia. Es así como estaría tentado de entender la proposición de Levinas que, en su lenguaje, y según procedimientos discursivos diferentes, declara que la verdad supone la justicia» («Vérité et justice» in *Totalité et infini,* p. 62). Parodiando peligrosamente el idioma francés, terminaría por decir: «La justice, y a qu'ca de vrai.» Es inútil subrayar que esto no deja de tener consecuencias para el estatuto, si todavía podemos hablar de estatuto, de la verdad.

Paradójicamente, y a causa de este desbordamiento del performativo, a causa de este avance siempre excesivo de la interpretación, a causa de esta urgencia y de esta precipitación estructurales de la justicia, ésta no tiene horizonte de espera (regulador o mesiánico). Sino que tiene *quizás* un *avenir* (to-come) que distingo rigurosamente del futuro que puede siempre reproducir el presente. La justicia está por *venir,* es *à-venir* (por-venir), dimensión misma de los acontecimientos (événements) que tienen irreductiblemente que venir. Tendrá siempre y habrá tenido siempre este *à-venir. Quizás* es por ello por lo que la justicia, en tanto que no es sólo un concepto jurídico o político, abre al *avenir* (porvenir) la transformación, el cambio o la refundación del derecho y de la política. «Quizás» hay que decir siempre quizás para la justicia. Hay un *avenir* (porvenir) para la justicia, y sólo hay justicia en la medida que es posible un acontecimiento que como tal excede el cálculo, las reglas, los programas, las anticipaciones, etc. La justicia, como experiencia de la alteridad absoluta, es irrepresentable, pero es la oportunidad del acontecimiento y la condición de la historia. Una historia sin duda irreconocible para aquellos que creen saber a lo que se refieren con esta palabra, ya se trate de historia social, ideológica, política, jurídica, etc.

Este exceso de la justicia sobre el derecho y sobre el cálculo, de lo impresentable sobre lo determinable, no puede y no debe servir de excusa para ausentarse de las luchas jurídico-políticas en el interior de una institución o de un estado, o entre una institución o estado y otros.

Si se abandona a ella misma, la idea incalculable y dadora de justicia está siempre más cerca del mal, de lo peor, ya que siempre puede ser reapropiada por el cálculo más perverso. Siempre es posible. La justicia incalculable ordena, por tanto, calcular. Y en primer lugar, ordena calcular a lo más cercano de eso que se asocia a la justicia, a saber al derecho, el campo jurídico que no puede ser aislado dentro de fronteras seguras, pero también en todos aquellos campos de los que no lo podemos separar, que intervienen en él y que no son solamente campos: el ético, el político, el económico, el psico-sociológico, el filosófico, el literario, etc. No sólo hay que calcular, negociar la relación entre lo calculable y lo incalculable, negociar sin reglas que no haya que re-inventar ahí donde estamos «arrojados», ahí donde nos encontramos; sino que también hay que ir tan lejos como sea posible, más allá del lugar donde nos encontramos y más allá de las zonas identificables de la moral, de la política o del derecho, más allá de la distinción entre lo nacional y lo internacional, lo público y lo privado, etc. La politización, por ejemplo, es interminable, incluso si nunca puede ni debe ser total. Para que esto no sea una perogrullada o una trivialidad, es necesario reconocer la siguiente consecuencia: cada avance de la politización obliga a reconsiderar, es decir, a reinterpretar los fundamentos mismos del derecho tal y como habían sido calculados o delimitados previamente. Esto fue cierto en la Declaración de los derechos del hombre, en la abolición de la esclavitud, en todas las luchas emancipatorias que están y deben estar en curso, en todo el mundo, para los hombres y para las mujeres. Nada me parece menos periclitado que el clásico ideal emancipatorio. No se puede intentar descalificarlo hoy, de manera grosera o injustificada, sin incurrir en cierta ligereza además de convocar las peores complicidades. Pero más allá de estos territorios identificados de la jurídico-politización a gran escala geopolítica, deben abrirse constantemente otras zonas que puedan, en un primer momento, parecer secundarias o marginales. Esta marginalidad significa que una violencia, un terrorismo y otras formas de secuestro están presentes (podríamos ver ejemplos que nos son más próximos en las leyes sobre la enseñanza y la práctica de las lenguas, la legitimación de los cánones, la utilización militar de la investigación científica, el aborto, la eutanasia, los problemas de trasplante de órganos, la concepción extrauterina, la bio-ingeniería, la experimentación médica, el tratamiento social del Sida, las macro- o micropolíticas de la droga, los homeless, etc., sin olvidar por supuesto el tratamiento de lo que llamamos vida animal, la animalidad. Sobre este último problema, el texto de Benjamin que abordo a continuación muestra bien que su autor no hizo oídos sordos ni fue insensible a esta cuestión, incluso si sus propuestas al respecto son más bien oscuras, por no decir tradicionales.

SEGUNDA PARTE*

Abordemos ahora, en otro estilo, y si no he agotado vuestra paciencia, la lectura prometida de un breve y desconcertante texto de Benjamin. Se trata de *Zur Kritik der Gewalt* (1921) (trad. esp. de Roberto Blatt, *Para una crítica de la violencia,* Madrid, 1991). No pretendo decir que este texto sea ejemplar. Nos encontramos en un dominio en el que, finalmente, no hay más que ejemplos singulares. Nada es ahí absolutamente ejemplar. No intentaré justificar absolutamente la elección de este texto. Pero sí diré por qué no es el peor ejemplo de lo que podría ser ejemplar en un contexto relativamente determinado como el nuestro.

1. El análisis de Benjamin refleja la crisis del modelo europeo de la democracia burguesa, liberal y parlamentaria, y en consecuencia del concepto de derecho que es inseparable de aquella. La Alemania derrotada es entonces un lugar de concentración extrema para esa crisis, cuya especificidad depende también de ciertos rasgos como el derecho a la huelga, el concepto de huelga general (con o sin referencia a Sorel). Es también la inmediata posterioridad de una guerra y de una pre -guerra que ha visto desarrollarse, pero fracasar en Europa el discurso pacifista, el antimilitarismo, la crítica de la violencia, incluida la de la violencia jurídico-policial, cosa que no tardará en repetirse en los años siguientes. Es también el momento en que las cuestiones de la pena de muerte y del derecho de castigar en general conocen una dolorosa actualidad. La

---

* Con razón o sin ella, me ha parecido que quizás no sería completamente inapropiado interrogar un texto de Walter Benjamin, singularmente un ensayo escrito en 1921 y titulado Zur Kritik der Gewalt (Para la crítica de la violencia) en la apertura de un encuentro como éste sobre «El nazismo y la solución final y los límites de la representación» y dado que mi conferencia tiene lugar también (y esta doble hospitalidad me honra mucho) bajo los auspicios de un centro de Critical Studies and the Human Sciences. Así, pues, si he escogido el proponeros una lectura un poco arriesgada de ese texto de Benjamin, ello se debe a varias razones que parecen entrecruzarse aquí.

1. Este texto inquieto, enigmático, terriblemente equívoco, lo considero como por anticipado (pero ¿puede decirse aquí «por anticipado»?) obsesionado por el tema de la destrucción radical, de la exterminación, de la aniquilación total, y en primer término de la aniquilación del derecho, si no de la justicia; y entre estos derechos, los derechos del hombre, al menos tales como éstos pueden ser interpretados en una tradición jus naturalista de tipo griego o del tipo de la Aufklärung. Digo a propósito que este texto está *obsesionado (hanté)* por los temas de la violencia exterminadora, puesto que está en primer término obsesionado, como intentaré mostrar, por la *obsesión (hantise)* misma, por una quasi-lógica del fantasma que habría que poner en sustitución de una lógica ontológica de la presencia, de la ausencia o de la re-presentación, puesto que es más fuerte que ésta. Pero me pregunto si una comunidad que se reúne o se recoge para pensar lo que hay que pensar o que meditar de esa cosa sin nombre que se ha denominado la «solución final» no debe en primer término mostrarse hospitalaria a la ley del fantasma, a la experiencia espectral y a la memoria del fantasma, de aquello que no está ni muerto ni vivo, de aquello que más que muerto y más que vivo, es sólo superviviente, la ley de la memoria más imperiosa, aunque la más borrada, la más borrable, pero por eso mismo la más exigente.

mutación de las estructuras de la opinión pública por la aparición de nuevas potencias mediáticas, como la radio, empieza a poner en cuestión ese modelo liberal de la discusión o de la deliberación parlamentaria en la producción de las leyes, etc. Condiciones todas ellas que motivan el pensamiento de juristas alemanes como Carl Schmitt, por no citar más que a éste. Así, me he visto interesado también por algunos indicios históricos. Por ejemplo, este texto, a la vez «místico», en el sentido sobredeterminado que nos interesa aquí, e hipercrítico, este texto, que, de acuerdo con algunos de sus rasgos, puede leerse como un injerto de mística neo-mesiánica judía en un neo-marxismo post-soreliano (o a la inversa), le valió a Benjamin, al publicarse, una carta de felicitación de Carl Schmitt, el gran jurista conservador católico, en aquella época todavía constitucionalista, pero del que ustedes conocen su extraña conversión al hitlerismo en 1933 y la correspondencia que mantendrá con Benjamin. Pero también con Heidegger. En cuanto a las analogías entre *Zur Kritik der Gewalt* y ciertos giros del pensamiento heideggeriano, no escaparán a nadie, especialmente en torno a los motivos del *Walten* y de *Gewalt. Zur Kritik der Gewalt* concluye con la violencia divina *(göttliche Gewalt)* y al final Walter dice de esa violencia divina que se la puede llamar *die waltende (Die göttliche Gewalt... mag die waltende heissen):* «La violencia divina... podría

---

Este texto de Benjamin no sólo está firmado por un pensador al que se llama y se llama a sí mismo de una cierta manera judío (y es del enigma de esta firma de lo que querría sobre todo hablar). *Zur Kritik der Gewalt* está también inscrito en una perspectiva judía que opone la justa violencia divina (judía) que destruye el derecho a la violencia mítica (de tradición griega) que instaura y conserva el derecho.

2. La lógica profunda de este ensayo pone en acción una interpretación del lenguaje -del origen y de la experiencia del lenguaje- según la cual el mal, es decir, la potencia letal, le viene al lenguaje por la vía, precisamente de la *representación,* es decir, por medio de la dimensión re-presentativa, mediadora, y en consecuencia, técnica, utilitaria, semiótica, informativa, otras tantas potencias que arrastran al lenguaje y lo hacen caer e ir a parar lejos o fuera de su destino original que fue la apelación, la nominación, la donación o la llamada de la presencia en el nombre. Nos preguntaremos cómo se articula este pensamiento del nombre con la obsesión y la lógica del espectro. Este ensayo de Benjamin que trata, pues, del mal, de ese mal que llega, y que le llega al lenguaje por medio de la representación, es también un ensayo en el que los conceptos de responsabilidad y de culpabilidad, de sacrificio, de decisión, de solución, de castigo o de expiación, juega un papel discreto pero que yo considero mayor y que está asociado con mucha frecuencia al valor de lo que es demoníaco y «demoníacamente ambiguo».

3. *Zur Kritik der Gewalt* no es sólo una crítica de la representación como perversión y caída del lenguaje sino de la representación como sistema político de la democracia formal y parlamentaria. Desde este punto de vista, este ensayo revolucionario (revolucionario en un estilo a la vez marxista y mesiánico) forma parte, en 1921, de la gran ola anti-parlamentaria y anti-Aufklärung en la que el nazismo de hecho saldrá a la superficie e incluso de una manera «emérita» en los años veinte y a principios de los treinta.

4. La cuestión tan poliédrica y polisémica de la representación se plantea todavía desde otro punto de vista en este extraño ensayo. Si bien comienza distinguiendo entre dos violencias, la violencia fundadora y la violencia conservadora, Benjamin debe conceder en un cierto momento que la una no puede ser tan radicalmente heterogénea a la otra puesto que la violencia llamada fundadora está a veces representada *(repräsentiert) por* la violencia conservadora.

llamarse la violencia reinante» son las últimas palabras del texto. Es esta red de contratos equívocos lo que me interesa, en su necesidad e incluso en sus peligros. De ahí, con esfuerzo, y un cierto número de precauciones, pueden obtenerse lecciones para las democracias occidentales de 1989.

2. Este texto me ha parecido ejemplar, hasta un cierto punto, en la medida en que, habida cuenta de la temática de nuestro coloquio, se presta a un ejercicio de lectura deconstructiva, como voy a intentar mostrar.

3. Pero esta deconstrucción es de alguna manera la operación o más bien la experiencia misma que este texto, me parece, hace por lo pronto él mismo, de él mismo, sobre él mismo. ¿Qué quiere decir esto? ¿Es eso posible? ¿Qué queda entonces de tal acontecimiento? ¿Qué de su auto- hetero-deconstrucción? ¿Qué de su justo o injusto inacabamiento? ¿Qué es la ruina de un acontecimiento como ése o la herida abierta de una firma así? ¿En qué consiste además su fuerza, precisamente en el sentido de *Gewalt,* es decir, a la vez su violencia, su autoridad y su legitimidad? He aquí una de mis preguntas. Es una

---

Por todas esas razones, y siguiendo todos esos hilos entrelazados sobre los que volveré más adelante, pueden plantearse un cierto número de cuestiones. Estas se mantendrán en el horizonte de mi lectura aunque no tengo aquí ni el tiempo ni los medios para explicitarlas. ¿Qué habría pensado Benjamin, o al menos qué pensamiento de Benjamin está virtualmente formado o articulado en este ensayo -y cabe preguntarse si es anticipable- a propósito de la «solución final», de su proyecto, de su puesta en práctica, de la experiencia de sus víctimas, de los juicios, procesos, interpretaciones, representaciones narrativas, explicativas, literarias, que han podido intentar medirse a la cosa? ¿Cómo habría hablado Benjamin, cómo habría querido que se hablase, se representase o se prohibiese representar la «solución final»? ¿Cómo la habría identificado, asignado su lugar, sus orígenes, sus responsabilidades (como filósofo, como juez o como jurista, como moralista, como hombre de fe, como poeta, como cineasta)? La multiplicidad tan singular de códigos que se cruzan en este texto, y por limitarnos a esto, el injerto del lenguaje de la revolución marxista en el de la revolución mesiánica, en cuanto que los dos, anuncian no sólo una nueva era histórica, sino el comienzo mismo de una verdadera historia desembarazada del mito: todo esto hace difíciles las hipótesis a propósito de un discurso benjaminiano sobre la «solución final» y a propósito de un discurso benjaminiano sobre la posibilidad o la imposibilidad de un discurso sobre la «solución final». Una «solución final» de la que sería imprudente decir, fiándose de las fechas objetivas de la conferencia de Wannsee en 1942 y del suicidio de Benjamin en la frontera franco-española en 1940, que Benjamin no llegó a saber nada. La cronología de estos acontecimientos no será nunca cosa fácil. Y siempre se podrá encontrar algo en que apoyar la hipótesis según la cual Benjamin, y desde 1921, no pensaba en otra cosa que en la posibilidad de esta solución final que desafía tanto mejor el orden de la representación en la medida en que a sus ojos habría librado del mal radical, de la caída como caída del lenguaje en la representación. Y numerosos signos permiten pensar, fiándose de una lógica constante de su discurso, que para Benjamin, tras esa cosa irrepresentable que habrá sido la «solución final», no sólo el discurso y la literatura y la poesía no son imposibles, sino que se ven dictar, más originariamente y más escatológicamente que nunca, el retorno o el advenimiento todavía prometido de una lengua de los nombres, de una lengua o de una poética de la apelación, en oposición de una lengua de los signos, de la representación informativa o comunicativa. Al final, tras el final de una lectura en el curso de la cual el horizonte del nazismo y de la solución final sólo aparecerá a través de signos o de destellos anunciadores, y sólo será tratada de forma virtual, oblicua o elíptica, propondré algunas hipótesis sobre las maneras en que este texto de 1921 puede leerse hoy, tras el advenimiento del nazismo y el acontecimiento de la solución final.

pregunta sobre la posibilidad de la deconstrucción. Si me permiten citarme a mí mismo, he llegado a escribir que «la deconstrucción más rigurosa no se ha presentado jamás como *posible*. Diría que nada pierde por confesarse imposible, y aquellos que se felicitarían por esto demasiado rápido no pierden nada por esperar. El peligro para una tarea de deconstrucción sería más bien la *posibilidad,* y el convertirse en un conjunto disponible de procedimientos reglados, de prácticas metódicas, de caminos accesibles. El interés de la deconstrucción, de su fuerza y de su deseo, si los tiene, es una cierta experiencia de lo imposible» («Psyché. Invention de l'autre», in *Psyche,* París, 1987, págs. 26-27).

La demostración de Benjamin concierne, pues, a la cuestión del derecho *(Recht).* Con ella quiere inaugurar, se va a poder decir con todo rigor en un instante, una «filosofía del derecho». Y ésta parece organizarse en torno a una serie de distinciones que parecen todas interesantes, provocadoras, necesarias hasta cierto punto, pero que, me parece, siguen siendo radicalmente problemáticas.

Hay en primer término la distinción entre dos violencias del derecho, dos violencias en cuanto al derecho: la violencia fundadora, la que instituye y establece el derecho *(Die rechtsetzende Gewalt),* «law making violence»), y la violencia conservadora, la que mantiene,

---

Antes de proponeros una lectura de este texto singular y de articular algunas cuestiones que le conciernen más estrictamente, tengo que decir todavía, en esta demasiado larga introducción, dos palabras de los contextos en los que he comenzado a leer este ensayo, antes incluso de pensar en este coloquio. Ese contexto era doble, y lo definiré tan esquemáticamente como sea posible, limitándome a los rasgos que pueden interesarnos aquí, esta tarde, porque han dejado algunas huellas en mi lectura.

1. Hubo, en primer lugar, durante un seminario de tres años sobre «nacionalidades y nacionalismos filosóficos», una larga secuencia de un año, subtitulada *Kant, el judío, el alemán,* en el que, estudiando siempre la recurrencia diversificada pero insistente de la referencia a Kant, incluso a un cierto judaísmo de Kant, en todos aquellos que, de Wagner y Nietzsche a Adorno, han intentado responder a la pregunta *Was ist deutsch?,* me he interesado mucho en lo que llamé entonces la *psyché judeo-alemana,* a saber, la lógica de ciertos fenómenos de turbadora especularidad, reflejada ésta a su vez en ciertas grandes figuras de pensadores y de escritores judíos alemanes de este siglo, Cohen, Buber, Rosenzweig, Scholem, Adorno, Arendt, y, justamente, Benjamin. Creo que una reflexión seria sobre el nazismo, y sobre la «solución final» no puede eludir un análisis decidido, interminable y poliédrico de la historia y la estructura de esta «psyché» judeo-alemana. Entre otras cosas de las que no puedo hablar aquí, hemos estudiado ciertas analogías, entre las más equívocas y las más inquietantes a voces, entre los discursos de ciertos «grandes» pensadores alemanes y ciertos «grandes» pensadores judíos alemanes, un cierto patriotismo, a menudo un nacionalismo, a veces incluso un militarismo alemán (durante y después de la Primera Guerra), y no es ésta la única, por ejemplo en Cohen o en Rosenweig. Pues en este contexto ciertas afinidades, limitadas pero terminables, entre este texto de Benjamin y ciertos textos de Carl Schmitt, o de Heidegger me han fascinado. No sólo por la hostilidad a la democracia parlamentaria, o a la democracia simplemente, o por la hostilidad a la *Aufklärung,* por una cierta interpretación del *polemos,* de la guerra, de la violencia y del lenguaje, sino también por una problemática, muy extendida en la época, sobre la «destrucción». Aunque la *Destruktion* heideggeriana no se confunde con el concepto de la Destrucción que estuvo también en el centro del pensamiento benjaminiano, cabe preguntarse porqué es lo que significa y lo que prepara o anticipa entre las dos guerras una problemática tan obsesiva, tanto más porque en todos los casos, esta destrucción quiere también ser la condición de una tradición y de una memoria auténtica.

confirma, asegura la permanencia y la aplicabilidad del derecho *(die rechtserhaltende Gewalt,* «the law preserving violence»). Por comodidad conservamos la traducción de *Gewalt* por violencia, pero ya he mencionado las precauciones que reclama esa traducción. En cuanto a la traducción de *Recht* por «law» más bien que por «right», en la versión publicada inglesa, se trata de otro problema que dejo aquí de lado.

Hay a continuación la distinción entre la violencia fundadora del derecho, a la que se le llama «mítica» (hay que sobreentender «griega», me parece) y la violencia destructiva del derecho *(rechtsverninchtend),* a la que se le llama divina (hay que sobreentender «judía», me parece).

Hay en fin la distinción entre la justicia *(Gerechtigkeit)* como principio de toda fundación divina de fines *(das Prinzip aller göttlichen Zwecksetzung,* trad. pág. 40), y el poder *(Macht)* como principio de toda posición mítica de derecho *(aller mytischen Rechtsetzung).*

En el título «*Zur Kritik der Gewalt»,* «crítica» no significa simplemente evaluación negativa, rechazo o condena legítimas de la violencia, sino juicio, evaluación, examen que se da a los medios para juzgar la violencia. Así, el concepto de crítica, en cuanto implica la decisión bajo la forma de juicio y la pregunta sobre el derecho a juzgar, tiene por sí mismo una relación esencial con la esfera del derecho. En el fondo un poco como en la tradición kantiana del concepto de crítica. El concepto de violencia *(Gewalt)* no permite una crítica evaluadora más que en la esfera del derecho y de la justicia *(Recht, Gerechtigkeit)* o de las relaciones morales *(sittliche Verhältnisse).* No hay violencia natural o física. Cabe hablar figuradamente de violencia a propósito de un terremoto o incluso de un dolor físico. Pero se sabe que no se trata en esos casos de una *Gewalt* que pueda dar lugar a un juicio, ante algún aparato de justicia. El concepto de violencia pertenece al orden simbólico del derecho, de la política y de la moral. Y es sólo en esta medida como puede dar lugar a una crítica. Hasta aquí esta crítica se ha inscrito siempre en el espacio de la distinción entre medio y fin. Ahora bien, objeta Benjamin, preguntarse si la violencia puede ser un medio *con vistas* a fines (justos o injustos) equivale a prohibirse juzgar la violencia *misma.* La criteriología concerniría entonces solamente a la aplicación de la violencia, no a la violencia misma. No se podría decir si ésta, en

2. Otro contexto: con ocasión de un Coloquio reciente habido en la Law School de Cardozo Yeshiva University de New York sobre «Deconstruction and the possibility of Justice», yo había empezado, tras un largo discurso sobre «Deconstruction and Justice», a examinar desde otro punto de vista este texto de Benjamin, para seguir en él justamente, y con la mayor prudencia, una trayectoria desconcertante, a la vez aporética y productiva de acontecimientos extraños en su aporía misma, una especie de auto-destrucción, casi suicidio del texto, que sólo deja aparecer como herencia la violencia de su firma: pero como firma divina. ¿Cómo leer este texto con un gesto «desconstructor» que no sea, como ni es ahora ni ha sido nunca, ni heideggeriano ni benjaminiano? Ésta es en suma la difícil y oscura pregunta que esta lectura querría aventurar.

tanto medio, es *en sí misma,* justa o no, moral o no. Queda abierta la cuestión crítica, la cuestión de una evaluación y de una justificación de la violencia en sí misma, aunque ésta sea un simple medio, y cualquiera que sea su fin. Esa dimensión crítica habría sido excluida *(forclose)* por la tradición jusnaturalista. Para los defensores del derecho natural, el recurso a medios violentos no plantea ningún problema puesto que los fines naturales son justos. El recurso a medios violentos es tan justificado, tan normal, como el «derecho» del hombre a mover su cuerpo hacia la meta deseada. La violencia *(Gewalt)* es, desde ese punto de vista, un «producto natural» *(Naturprodukt).* Benjamin da algunos ejemplos de esa naturalización de la violencia por el jusnaturalismo:

a) El Estado fundado en el derecho natural del que habla Spinoza en el *Tratado teológico-político* y en el que el ciudadano, con anterioridad al contrato formado por la razón ejerce *de jure* una violencia de la que dispone *de facto,*

b) el fundamento ideológico del Terror en la Revolución francesa,

c) las explotaciones de un cierto darwinismo (y esto se podrá aplicar más tarde al nazismo), etc.

Pero si, en oposición al jusnaturalismo, la tradición del derecho positivo está más atenta al devenir histórico del derecho, esa tradición sigue estando igualmente más acá del cuestionamiento crítico reclamado por Benjamin. Sin duda no puede ya considerar que todos los medios son buenos desde el momento en que se conforman a un fin natural y ahistórico. Prescribe que se juzguen los medios, es decir, su conformidad con un derecho que está en curso de institución, con un nuevo derecho (no natural) que esa tradición evalúa en función de los medios, así pues, por la crítica de los medios. Pero las dos tradiciones comparten el mismo presupuesto dogmático, a saber, que se pueden alcanzar fines justos por medios justos. «El derecho natural aspira a «justificar» («*rechtfertigen*») los medios por la justicia de los fines *(durch die Rechtfertigkeit des Zwecke);* por su parte, el derecho positivo intenta «garantizar» *(«garantieren»)* la justicia *(Berechtigung)* de los fines a través de la legitimidad *(Gerechtigkeit)* de los medios» (trad. pág. 24). Las dos tradiciones girarían en el mismo círculo de presupuestos dogmáticos. Y no hay ninguna solución a la antinomia cuando surge una contradicción entre fines justos y medios justificados. El derecho positivo sería ciego a la incondicionalidad de los fines, el derecho natural a la condicionalidad de los medios. Sin embargo, aunque parece no darle la razón a ninguno de los dos, Benjamin conserva, de la tradición del derecho positivo, el sentido de la historicidad del derecho. Es verdad, a la inversa, que lo que dirá más adelante de la justicia divina no es siempre incompatible con el fondo teológico de todos los yusnaturalismos.

En cualquier caso, la crítica benjaminiana de la violencia pretende exceder las dos tradiciones, y no depender ya de la esfera del derecho y de la interpretación interna de la institución jurídica. Esa crítica pertenece a lo que él llama en un sentido bastante singular una «filosofía de la historia» y se limita expresamente a las peculiaridades europeas.

En lo que tiene de más fundamental, el derecho europeo tiende a prohibir la violencia individual y a condenarla en tanto que amenaza no tal o cual ley, sino el orden jurídico mismo *(die Rechtsordnung,* «the legal system»). De ahí el interés del derecho -pues hay un interés del derecho en ponerse (se poser?) y conservarse a sí mismo, o en representar el interés que justamente él representa. El interés del derecho puede parecer «sorprendente», ésa es la palabra de Benjamin, pero al mismo tiempo está en su misma naturaleza de interés, y en ese sentido no hay ahí nada sorprendente, el que pretenda excluir las violencias individuales que amenazan su orden y monopolizar así la violencia, en el sentido de *Gewalt,* es decir, también de autoridad. Hay un «interés del derecho en la monopolización de la violencia» *(Interesse des Rechts an der Monopolisierung der Gewalt,* trad. pág. 26). Ese monopolio no tiende a proteger tales o cuales fines justos y legales *(Rechtszwecke,* «legal ends»), sino el derecho mismo. Esto parece una trivialidad tautológica. Pero ¿no es la tautología la estructura fenomenológica de una cierta violencia del derecho que se pone (se pose?) a sí mismo decretando que es violento, esta vez en el sentido de fuera-de-la-ley todo aquello que no lo reconoce? Tautología performativa o síntesis *a priori* que estructura toda fundación de la ley a partir de la cual se producen performativamente las convenciones que garantizan la validez del performativo gracias al cual uno se da a sí mismo los medios para decidir entre la violencia legal y la violencia ilegal. Las expresiones de tautología o de síntesis *a priori,* y sobre todo la del performativo no son benjaminianas, pero me atrevo a pensar que no traicionan su intención.

La fascinación admirativa ejercida en el pueblo por la «figura del 'gran' criminal» *(die Gestalt des «grossen» Verbrechers,* trad. pág. 27) se explica así: no es alguien que ha cometido tal o cual crimen por quien se experimentaría una secreta admiración; es alguien que, al desafiar la ley, pone al desnudo la violencia del orden jurídico mismo. Se podría explicar de la misma manera la fascinación que ejerce en Francia un abogado como Jacques Verges, que defiende las causas más difíciles, las más insostenibles a los ojos de la mayoría, practicando lo que llama la «estrategia de la ruptura», es decir, la discusión radical del orden establecido de la ley, de la autoridad judicial, y finalmente de la legítima autoridad del Estado que hace comparecer a sus clientes ante la ley.

Autoridad judicial ante la que en suma el acusado comparece sin comparecer, aspirando al derecho de discutir el orden del derecho. Pero ¿qué orden del derecho? ¿El orden del derecho en general o este orden del derecho instituido y «enforced» por este Estado? ¿O el orden en tanto se confunde con el Estado en general?

El ejemplo significativo aquí sería el del derecho de huelga. En la lucha de clases, indica Benjamin, el derecho de huelga está garantizado a los trabajadores que son, así, junto al Estado, el único sujeto de derecho *(Rechtssubjekt,* «legal subject», trad. pág. 27) al que se le garantiza un derecho a la violencia *(Recht auf Gewalt)* y en consecuencia a compartir el monopolio del Estado a este respecto. Algunos han podido considerar que el ejercicio de la huelga, este cese de actividad, este *Nicht-Handeln,* en la medida en que no es una acción, no se lo puede llamar violencia. Se justifica así la concesión de este derecho por el poder estatal *(Staatsgewalt)* cuando éste no puede hacer otra cosa. La violencia provendría del patrón, y la huelga consistiría solamente en una abstención, un alejamiento no violento mediante el que el trabajador, suspendiendo sus relaciones con la patronal y sus máquinas, simplemente se haría extraño a éstas. El que llegará a ser amigo de Brecht define este alejamiento (aversión?) *(Abkehr)* como una *«Entfremdung»* («extrañamiento»). Escribe la palabra entre comillas. Pero visiblemente Benjamin no cree en este argumento de la no-violencia de la huelga. Los huelguistas ponen condiciones para su vuelta al trabajo, no interrumpen su huelga más que si un orden de cosas ha cambiado. Hay, pues, violencia contra violencia. Al llevar el derecho de huelga a su límite, el concepto o la consigna de huelga general pone de manifiesto así la esencia de aquél. El Estado soporta mal ese paso al límite. Lo juzga abusivo y pretende que hay ahí un malentendido, una mala interpretación de la intención original, y que el derecho de huelga no se había entendido así (*das Streikrecht «so» nicht gemeint gewesen sei,* trad. pág. 28). Puede entonces condenar la huelga general como ilegal y, si ésta persiste, nos encontramos con una situación revolucionaria. Una situación como ésa es de hecho la única que nos permite pensar la homogeneidad del derecho y de la violencia, la violencia como el ejercicio del derecho y el derecho como ejercicio de la violencia. La violencia no es exterior al orden del derecho. Amenaza al derecho en el interior del derecho. No consiste esencialmente en ejercer su poder o una fuerza bruta para obtener tal o cual resultado, sino en amenazar o en destruir un orden de derecho dado, y precisamente, en este caso, el orden de derecho estatal que ha tenido que conceder ese derecho a la violencia, por ejemplo, el derecho de huelga. ¿Cómo interpretar esta contradicción? ¿Es sólo *de facto* y exterior al derecho o bien inmanente al derecho del derecho?

Lo que teme el Estado (esto es, el derecho en su mayor fuerza) no es tanto el crimen o el bandidaje, incluso a gran escala, como la mafia o él narcotráfico, si trasgreden la ley con vistas a obtener beneficios particulares, por importantes que éstos sean. El Estado tiene miedo de la violencia fundadora, esto es, capaz de justificar, de legitimar *(begründen,* «to found», trad, pág. 29) o de transformar relaciones de derecho *(Rechtsverhältnisse,* «legal conditions»), y en consecuencia de presentarse como teniendo un derecho al derecho. Esta violencia pertenece así por adelantado al orden de un derecho que queda por transformar o por fundar, incluso si puede herir nuestro sentimiento de justicia *(Gerechtigkeitsgefühl,* «sense of justice»). Sólo esta violencia reclama y hace posible una «crítica de la violencia» que determina ésta como otra cosa que el ejercicio natural de la fuerza. Para que sea posible una crítica, es decir, una evaluación interpretativa y significante de la violencia, se le debe reconocer en primer término sentido a una violencia que no es un accidente venido del exterior al derecho. Lo que amenaza al derecho pertenece ya al derecho, al derecho del derecho, al derecho al derecho, al origen del derecho. La huelga general proporciona así un hilo conductor precioso puesto que ejerce el derecho concedido para discutir el orden del derecho existente y para crear una situación revolucionaria en la que se tratará de fundar un nuevo derecho, si no siempre, como veremos inmediatamente, un nuevo Estado. Todas las situaciones revolucionarias, todos los discursos revolucionarios, de izquierda o de derecha (y a partir de 1921, en Alemania, se dieron muchos que se asemejaban de forma inquietante, encontrándose Benjamin frecuentemente entre los dos) justifican el recurso a la violencia alegando la instauración en curso o por venir de un nuevo derecho. Como este derecho por venir legitimará retroactivamente, retrospectivamente, la violencia que puede herir el sentimiento de justicia, su futuro anterior la justifica ya. La fundación de todos los Estados acaece en una situación que se puede así llamar revolucionaria. Inaugura un nuevo derecho, lo hace siempre en la violencia. Siempre, es decir, incluso si entonces no tienen lugar esos genocidios, expulsiones o deportaciones espectaculares que acompañan tan frecuentemente la fundación de los Estados, grandes o pequeños, antiguos o modernos, muy cerca o muy lejos de nosotros.

En esas situaciones, llamadas fundadoras de derecho o de Estado, la categoría gramatical de futuro anterior se sigue asemejando todavía demasiado a una modificación del presente para describir la violencia en curso. Consiste justamente en fingir la presencia o la simple modalización de la presencia. Quienes dicen «nuestro tiempo», pensando entonces «nuestro presente» a la luz de una presencia futura anterior no saben muy bien, por definición, lo que dicen. Es en ese no-saber en lo

que consiste justamente el carácter propio del acontecimiento, lo que se llama ingenuamente su presencia.

Esos momentos, suponiendo que se los pueda aislar, son momentos terroríficos. Sin duda a causa de los sufrimientos, los crímenes, las torturas que raramente dejan de acompañarlos, pero también porque son en sí mismos, y en su violencia misma, ininterpretables o indescifrables. Es lo que llamo lo «místico». Tal como Benjamin la presenta, esa violencia es ciertamente legible, incluso inteligible, puesto que no es extraña al derecho, como tampoco *eris* o *polemos* son extraños a todas las formas y significaciones de *diké*. Pero es, en el derecho, lo que suspende el derecho. Interrumpe el derecho establecido para fundar otro. Ese momento de suspenso, esta *epoché,* ese momento fundador o revolucionario del derecho es, en el derecho, una instancia de no-derecho. Pero es también toda la historia del derecho. *Ese momento tiene siempre lugar y no ha tenido jamás lugar en una presencia*. Es el momento en que la fundación del derecho queda suspendida en el vacío o encima del abismo, suspendida de un acto performativo puro que no tendría que dar cuenta a nadie ni ante nadie. El supuesto sujeto de este performativo puro no estaría ya ante la ley, o más bien estaría ante una ley todavía indeterminada, ante la ley como ante una ley todavía inexistente, una ley todavía por venir, todavía por delante y teniendo que venir *(encore devant et devant venir?)*. Y al estar «ante la ley» del que habla Kafka se parece a esa situación a la vez ordinaria y terrible del hombre que no llega a ver o sobre todo a tocar, a alcanzar la ley: puesto que ésta es trascendente en la medida misma en que es él quien debe fundarla, como todavía por venir, en la violencia. Se «toca» aquí, sin tocarla, esta extraordinaria paradoja: la trascendencia inaccesible de la ley ante la cual y antes de la cual el «hombre» se sostiene, no parece infinitamente trascendente y en consecuencia teológica más que en la medida en que, muy cerca de él, aquella sólo depende de él, del acto performativo por el que él la instituye: la ley es trascendente, violenta y no-violenta, puesto que no depende más que de quien está ante ella -y en consecuencia antes de ella-, de quien la produce, la funda, la autoriza en un performativo absoluto cuya presencia se le escapa siempre. La ley es trascendente y teológica, y así, siempre por venir, siempre prometida, porque es inmanente, finita, y por tanto, ya pasada. Todo «sujeto» está por anticipado cogido en esa estructura aporética.

La inteligibilidad o la interpretabilidad de esta ley sólo podrá producirlas el porvenir. Más allá de la literalidad del texto de Benjamin, que desde hace rato no sigo ya en el estilo del comentario, sino que interpreto a partir de su porvenir, se diría que el orden de la inteligibilidad depende a su vez del orden instaurado y que sirve para interpretarlo. Esta legibilidad será, pues, tan poco neutra como no-violenta. Una

revolución «lograda», la fundación de un Estado «lograda» (un poco en el sentido en que se habla de un «acto de habla performativo» «feliz») producirá con posterioridad lo que estaba por anticipado llamado a producir, a saber, modelos interpretativos apropiados para leer retroactivamente, para dar sentido, necesidad y sobre todo legitimidad a la violencia que ha producido, entre otras cosas, el modelo interpretativo en cuestión, es decir, el discurso de su autolegitimación. Los ejemplos de este círculo, de este otro círculo hermenéutico, no faltan, cerca o lejos de nosotros, aquí mismo o en otra parte, ya se trate de lo que pasa de un barrio a otro, de una calle a otra, de una gran metrópoli, de un país o de un campo a otro, en torno a una guerra mundial en el curso de la cual se fundan, se destruyen o se recomponen Estados y naciones. Hay que tener esto en cuenta para delimitar un derecho internacional construido sobre el concepto occidental de soberanía estatal y de no-ingerencia, pero también para pensar su perfectibilidad infinita. Hay casos en que, durante generaciones, no se sabe si el performativo de la fundación violenta de un Estado es «feliz» o no. Podríamos citar más de un ejemplo. Esta ilegibilidad de la violencia depende de la legibilidad misma de una violencia que forma parte de lo que otros llamarían el orden simbólico del derecho, si quieren ustedes, y no de la física pura. Se podría estar tentado de volver como un guante la «lógica» (entre comillas, pues eso «ilegible» es asimismo «ilógico» en el orden del logos, y es también por eso por lo que dudo en llamarlo «simbólico», y en precipitarlo así en el orden del discurso lacaniano) de esta legible ilegibilidad. Significa en suma una violencia jurídico-simbólica, una violencia performativa en el interior mismo de la lectura interpretativa. Y por medio de una metonimia el ejemplo o el índice podría volverse hacia la generalidad conceptual de la esencia.

Se diría entonces que hay una posibilidad de huelga general, un derecho a la huelga general en toda lectura interpretativa, el derecho a discutir el derecho establecido en su más fuerte autoridad, la del Estado. Se tiene el derecho a suspender la autoridad legitimadora y todas sus normas de lectura, y esto en las lecturas más lectoras, las más eficaces, las más pertinentes, que evidentemente se explican con lo ilegible, a veces para fundar otro orden de lectura, otro Estado, a veces no; pues veremos que Benjamin distingue entre dos tipos de huelgas generales, unas destinadas a reemplazar el orden de un Estado por otro (huelga general política), otra a suprimir el Estado (huelga general proletaria). En suma, las dos tentaciones de la desconstrucción.

Pues hay algo de huelga general, y así, de situación revolucionaria, en toda lectura instauradora que permanezca ilegible en relación con los cánones establecidos y las normas de lectura, es decir, en relación con el estado presente de la lectura o de lo que configura el Estado, con

mayúscula, en el estado de la lectura posible. Cabe entonces, y ante una tal huelga general, hablar, según los casos, de anarquismo, de escepticismo, de nihilismo, de despolitización o, por el contrario, de superpolitización subversiva. Hoy en día, la huelga general no tiene necesidad de desmovilizar o de movilizar espectacularmente a mucha gente: basta con cortar la electricidad en algunos lugares privilegiados, por ejemplo, los servicios, público y privado, de correos y telecomunicaciones, la radio o la televisión, o con introducir algunos virus eficaces en una red de ordenadores bien escogidos o, análogamente, introducir el equivalente del Sida en los órganos de transmisión, en el *Gespräch* hermenéutico.

¿Puede compararse lo que estamos haciendo aquí a una huelga general o a una revolución, en relación con modelos, con estructuras, pero también con modos de legibilidad de la acción política? ¿Es eso la deconstrucción? ¿Es una huelga general o una estrategia de ruptura? Sí y no. Sí en la medida en que se arroga el derecho a discutir, y de forma no sólo teórica, los protocolos constitucionales, la carta misma que rige la lectura en nuestra cultura y sobre todo en la Academia. No al menos en la medida en que sigue desenvolviéndose en la Academia (y no olvidemos, si no queremos sumirnos en el ridículo o en la indecencia, que estamos aquí cómodamente instalados en la Quinta Avenida -tan sólo a unas pocas manzanas del infierno de la injusticia). Y después, al igual que una estrategia de ruptura no es jamás pura, teniéndola que «negociar» de alguna manera ante un tribunal o en el curso de una huelga de hambre en la cárcel, de la misma manera tampoco es jamás pura la oposición entre la huelga general política con vistas a refundar otro Estado y la huelga general proletaria con vistas a destruir el Estado.

Esas oposiciones benjaminianas, pues, me parece que más que nunca hay que deconstruirlas, se deconstruyen ellas mismas, incluso como paradigmas para la deconstrucción. Lo que estoy diciendo aquí es cualquier cosa antes que conservador y antirrevolucionario. Pues más allá de la intención explícita de Benjamin, yo propondría la interpretación según la cual la violencia misma de la fundación o de la posición (establecimiento) del derecho *(rechtsetzende Gewalt)* debe implicar la violencia de la conservación *(rechtserhaltende Gewalt)* y no puede romper con ella. Forma parte de la estructura de la violencia fundadora el que apele a la repetición de sí y funde lo que debe ser conservado, conservable, prometido a la herencia y a la tradición, a la partición. Una fundación es una promesa. Toda posición *(Setzung)*permite y pro-mete, pone metiendo y prometiendo. E incluso si una promesa no se mantiene de hecho, la iterabilidad inscribe la promesa de mantenimiento en el momento más irruptivo de la fundación. Inscribe

así la posibilidad de la repetición en el corazón de lo originario. De golpe, ya no hay fundación pura o posición pura de derecho, y en consecuencia pura violencia fundadora, como tampoco hay violencia puramente conservadora. La posición es ya iterabilidad, llamada a la repetición auto-conservadora. La conservación a su vez sigue siendo re-fundadora para poder conservar aquello que pretende fundar. No hay, pues, oposición rigurosa entre la fundación y la conservación, tan sólo lo que yo llamaría (y que Benjamin no nombra) una contaminación dif(i)erencial *(diffiérantielle)* entre las dos, con todas las paradojas que eso puede inducir. Pienso aquí en particular en la paradoja de la singularidad, de la unicidad, de la multiplicidad de las singularidades. Y la repetición es la condición misma de la unicidad de lo único, su paradójica iterabilidad. No hay distinción rigurosa entre una huelga general y una huelga parcial (una vez más, en una sociedad industrial se carecería de los criterios técnicos también para una distinción como esa), ni, en el sentido de Sorel, entre una huelga general política y una huelga general proletaria. La deconstrucción es también el pensamiento de -y el pensamiento atrapado en la necesidad de- esta contaminación dif(i)erencial. Es pensando en esta contaminación dif(i)erencial, como contaminación en el corazón mismo del derecho, como aíslo esta frase de Benjamin a la que espero volver más adelante: hay, dice, «algo podrido en el corazón del derecho» *(etwas Morsches im Recht),* (trad. pág. 31). Hay algo carcomido o corrupto en el derecho, que lo condena o lo arruina por anticipado. El derecho está condenado, arruinado, en ruina, ruinoso, si se puede arriesgar una sentencia de muerte a propósito del derecho, sobre todo cuando de lo que en él se trata es de la pena de muerte. Y es en un pasaje sobre la pena de muerte donde habla Benjamin de lo que está podrido en el derecho.

Si hay huelga y derecho de huelga en toda interpretación, hay también guerra y *polemos.* La guerra es otro ejemplo de esta contradicción interna al derecho. Hay un derecho de guerra (Schmitt lamentará que ya no se reconozca en él la posibilidad misma de la política). Ese derecho comporta las mismas contradicciones que el derecho de huelga. Aparentemente unos sujetos de derecho declaran la guerra para sancionar violencias cuyos objetivos parecen naturales (el otro quiere apoderarse de un territorio, de bienes, de mujeres; quiere mi muerte, yo la mato). Pero esta violencia guerrera que se asemeja al «bandidaje» fuera de la ley *(raubende Gewalt, «predatory violence»* (998), se despliega siempre *en el interior* de la esfera del derecho. Es una anomalía *en el interior* de la juridicidad con la cual parecía romper. La ruptura de la relación es aquí la relación. La transgresión está ante la ley. En las llamadas sociedades primitivas, que pondrían al desnudo mejor estas significaciones, la conclusión de la paz muestra bien que la guerra no

era un fenómeno natural. No se concluye ninguna paz sin el fenómeno simbólico de un ceremonial. Este recuerda que había ya ceremonial en la guerra. Esta no se reducía, pues, al choque entre dos intereses o dos fuerzas puramente físicas. Aquí un paréntesis importante subraya que, ciertamente, en la pareja guerra/paz, el ceremonial de la paz recuerda que la guerra era también un fenómeno no-natural; pero Benjamin parece querer sustraer un cierto sentido de la palabra «paz» a esa correlación, en particular en el concepto kantiano de «paz perpetua». Se trata ahí de una significación completamente diferente, «no-metafórica y política» *(unmetaphorische und politische)* (trad. pág. 29) cuya importancia podremos medir quizás a continuación. La cosa concierne al derecho internacional, cuyos riesgos de inversión y de perversiones en provecho de intereses particulares (estatales o no) exigen una vigilancia infinita, tanto más porque esos riesgos están inscritos en su constitución misma.

Tras la ceremonia de la guerra, la ceremonia de la paz significa que la victoria instaura un nuevo derecho. Y la guerra, que pasa por la violencia originaria y arquetípica *(ursprüngliche und urbildliche)* con vistas a fines naturales, es de hecho una violencia fundadora de derecho *(rechtsetzende,* «law making»). A partir del momento en que se le reconoce ese carácter positivo, posicional *(setzende)* y fundador de otro derecho, el derecho moderno rehúsa al sujeto individual todo derecho a la violencia. El estremecimiento de admiración popular ante el «gran criminal» se dirige al individuo que lleva en él, como en los tiempos primitivos, los estigmas del legislador o del profeta. Pero la distinción entre las dos violencias (fundadora y conservadora) será muy difícil de trazar, de fundar o de conservar. Vamos a asistir, por parte de Benjamin, a un movimiento ambiguo y laborioso para salvar a todo precio una distinción o una correlación sin la que todo su proyecto podría venirse abajo. Pues si la violencia está en el origen del derecho, el entendimiento exige que se lleve a término la crítica de esta doble violencia, la fundadora y la conservadora.

Para hablar de la violencia conservadora del derecho, Benjamin se fija en problemas relativamente modernos, tan modernos como lo era hace un momento el de la huelga general. Se trata ahora del servicio militar obligatorio, de la policía moderna, o de la abolición de la pena de muerte. Si, durante y después de la Primera Guerra Mundial se había desarrollado una crítica apasionada de la violencia, la crítica apuntaba esta vez a la forma conservadora de la violencia. El militarismo, concepto moderno que supone una explotación del servicio militar obligatorio, es el uso forzado de la fuerza, la coacción *(Zwang)* al uso de la fuerza o de la violencia *(Gewalt)* al servicio del Estado y de sus fines legales. La violencia militar es aquí legal y conserva el derecho,

y es, así, más difícil de criticar de lo que creen en sus declamaciones los pacifistas y los activistas, por los que Benjamin no oculta su escasa estima. La inconsecuencia de los pacifistas anti-militaristas consiste en que no reconocen el carácter legal e inatacable de esa violencia conservadora del derecho.

Tenemos que vérnoslas aquí con un *double bind* o con una contradicción que se puede esquematizar así. Por una parte, parece más fácil criticar la violencia fundadora puesto que no puede justificarse mediante ninguna legalidad pre-existente y parece, así, salvaje. Pero por otra parte, y en esa inversión está todo el interés de esta reflexión, es más difícil, más ilegítimo criticar la misma violencia fundadora puesto que no se la puede hacer comparecer ante la institución de ningún derecho preexistente: esa violencia no reconoce el derecho existente en el momento en que funda otro. Entre los dos términos de esta contradicción, está la cuestión de ese instante revolucionario inaprehensible que no forma parte de ningún continuum histórico y temporal, pero en el que sin embargo la fundación de un nuevo derecho juega, si puede decirse así, sobre algo perteneciente a un derecho anterior, que aquella extiende, radicaliza, deforma, metaforiza o metonimiza, teniendo aquí esa figura los nombres de guerra o de huelga general. Pero esa figura es también una contaminación. Y borra o embrolla la distinción pura y simple entre fundación y conservación. Inscribe la iterabilidad en la originalidad, en la unicidad y en la singularidad, y es eso lo que yo llamaría la deconstrucción en acción, en plena negociación: en las «cosas» incluso y en el texto de Benjamin.

Hasta que no se den los medios teóricos o filosóficos de pensar esa co-implicación de la violencia y del derecho, las críticas habituales siguen siendo ingenuas e inconsecuentes. Benjamin no oculta su desdén por las declamaciones del activismo pacifista y por las proclamas de «anarquismo infantil» (trad. pág. 30) que querrían sustraer el individuo a toda coacción. La referencia al imperativo categórico («Actúa de tal manera que veas, tanto en tu persona como en la de las otras, a la humanidad también como fin y nunca sólo como simple medio»), por indiscutible que sea, no permite ninguna crítica de la violencia. El derecho, en su violencia misma, pretende reconocer y defender dicha humanidad como fin en la persona de cada individuo. Una crítica puramente moral de la violencia es, pues, tan injustificada como impotente. Por la misma razón, no se puede criticar la violencia en nombre de la libertad, de lo que llama aquí Benjamin la «libertad informe» *(gestaltlose Freiheit),* es decir, en suma, puramente formal, como forma vacía, según una vena hegeliano-marxista que está lejos de estar ausente a todo lo largo de esta meditación. Aquellos ataques contra la violencia carecen de pertinencia y de eficacia porque siguen siendo extraños a la

esencia jurídica de la violencia, al «orden del derecho». Una crítica eficaz debe habérselas con el cuerpo del derecho mismo, en su cabeza y en sus miembros, en las leyes y en los usos particulares que el derecho toma bajo la protección de su poder *(Macht)*. Este orden es tal que existe un solo destino, un destino o una historia *única (nur ein einziges Schicksal,* trad. pág. 30). Es éste uno de los conceptos clave, pero también de los más oscuros del texto, ya se trate del destino mismo o de su absoluta unicidad. Lo que existe, lo que tiene consistencia (*das Bestehende)* y lo que amenaza al mismo tiempo aquello que existe (*das Drohende)* pertenecen inviolablemente *(unverbrüchlich) al mismo orden,* y ese orden es inviolable porque es único. Sólo se lo puede violar *en él*. La noción de amenaza es importante aquí, pero también difícil, pues la amenaza no viene de fuera. El derecho es a la vez amenazante y está amenazado por él mismo. Esta amenaza no es ni la intimidación ni la disuasión, como creen los pacifistas, los anarquistas o los activistas. La ley se muestra amenazante a la manera del destino. Para acceder al «sentido más profundo» de la indeterminación *(Unbestimmtheit,* trad. pág. 31) de la amenaza del derecho *(der Rechtsdrohung)* habrá que meditar más tarde la esencia del destino que está en el origen de esa amenaza.

En el curso de una meditación sobre el destino, que pasa también por un análisis de la policía, de la pena de muerte, de la institución parlamentaria, Benjamin llegará, así, a distinguir entre justicia divina y justicia humana, entre la violencia divina que destruye el derecho y la violencia mítica que funda el derecho.

La violencia conservadora, esta amenaza que no es intimidación, es una amenaza *del* derecho. Doble genitivo: viene del derecho y amenaza al derecho. Hay un índice precioso de esto, que procede del derecho de castigar y de la pena de muerte. Benjamin parece pensar que los discursos contra el derecho de castigar y especialmente contra la pena de muerte son superficiales, y no por accidente. Pues no admiten un axioma esencial a la definición del derecho. ¿Cuál? Y bien, cuando se ataca la pena de muerte, no se discute una pena entre otras sino el derecho mismo en su origen, en su orden mismo. Si el origen del derecho es una posición violenta, ésta se manifiesta de la manera más pura allí donde la violencia es absoluta, es decir, allí donde afecta al derecho a la vida y a la muerte. Benjamin no tiene necesidad de invocar aquí los grandes discursos filosóficos que han justificado antes que él, y de la misma manera, la pena de muerte (Kant, Hegel, por ejemplo, contra los primeros abolicionistas como Beccaria).

Si el orden del derecho se manifiesta plenamente en la posibilidad de la pena de muerte, abolir ésta no es tocar un dispositivo entre otros, es desautorizar el principio mismo del derecho. Esto es confirmar, dice

Benjamin, que hay algo «podrido» en el corazón mismo del derecho. Lo que testimonia y debe testimoniar la pena de muerte es que el derecho es una violencia contraria a la naturaleza. Pero lo que hoy testimonia eso de forma todavía más espectral *(gespentisch,* trad. por «monstruosa» pág. 31, espectral y no solamente alucinante, como dice tal traducción francesa), mezclando las dos violencias (la conservadora y la fundadora), es la institución moderna de la policía. Es esta mezcla *(Vermischung)* lo que es espectral, como si una violencia habitase a la otra (aunque Benjamin no lo diga así para comentar el doble uso de la palabra *gespentisch).* Esta ausencia de frontera entre las dos violencias, esta contaminación entre fundación y conservación es innoble, es, dice, la ignominia (*das Schmachvolle,* trad. 32) de la policía. Pues ésta no se contenta hoy en día con aplicar la ley, y así, de conservarla, sino que la inventa, publica ordenanzas, interviene cada vez que la situación jurídica no es clara para garantizar la seguridad. Es decir, hoy en día, casi todo el tiempo. La policía es innoble porque bajo su autoridad «se levanta *(aufgehoben ist)* la distinción entre violencia fundadora de derecho y violencia conservadora de derecho» *(in ihr die Trennung von rechtsetzender und rechtserhaltender Gewalt aufgehoben ist)* (trad. modif. pág. 32). En esa *Aufhebung* que es ella misma, la policía inventa el derecho, se hace *rechsetzende,* «lawmaking», legislativa, cada vez que el derecho es lo suficientemente indeterminado como para dejarle esa posibilidad. El policía se comporta como un legislador en los tiempos modernos, por no decir como un legislador de los tiempos modernos. Allí donde hay policía, es decir, en todas partes y aquí mismo, no se puede ya discernir entre las dos violencias, la conservadora y la fundadora, y he aquí el equívoco innoble, ignominioso, repulsivo. La posibilidad, es decir, también la necesidad ineluctable de la policía moderna arruina en suma, se podría decir que deconstruye, la distinción entre las dos violencias que estructura sin embargo el discurso que llama Benjamin una nueva crítica de la violencia. Este discurso, él querría o bien fundarlo o bien conservarlo, pero en rigor no puede ni fundarlo ni conservarlo. Todo lo más puede firmarlo como un acontecimiento espectral. Texto y firma son espectros. Y Benjamin lo sabe, tan bien que el acontecimiento del texto *Zur Kritik der Gewalt* consiste en esta extraña ex-posición: una demostración arruina ante vuestros ojos las distinciones que propone. Exhibe y archiva el movimiento mismo de su implosión, cediendo el lugar a lo que se llama un texto, el fantasma de un texto que, en ruina él mismo, fundación y conservación a la vez, no llega ni a la una ni a la otra y queda ahí, hasta cierto punto, por un cierto tiempo, legible e ilegible, como la ruina ejemplar que nos advierte singularmente del destino de todo texto y de toda firma en su relación con el derecho, es decir, necesariamente, con

una cierta policía. Tal sería, pues, dicho sea de paso, el estatuto sin estatuto de un texto llamado de desconstrucción y de lo que queda de él. El texto no escapa a la ley que enuncia. Se arruina y se contamina, se convierte en el espectro de él mismo. Pero de esa ruina de la firma habrá más que decir.

Lo que amenaza el rigor de la distinción entre las dos violencias es en el fondo la paradoja de la iterabilidad. Esta hace que el origen deba originariamente repetirse y alterarse para valer como origen, es decir, para conservarse. Hay inmediatamente policía, y la policía legisla, no se contenta con aplicar una ley que antes de ella estaría sin fuerza. Esta iterabilidad inscribe la conservación en la estructura esencial de la fundación. Esta ley o esta necesidad general no es un fenómeno moderno, vale *a priori*, incluso si Benjamin tiene razón en dar ejemplos irreductiblemente modernos en su especificidad. La iterabilidad impide en estricto rigor que haya puros y grandes fundadores, iniciadores, legisladores («grandes» poetas, pensadores, o hombres de Estado, en el sentido en que Heidegger lo dirá en 1935, siguiendo un esquema análogo concerniente al fatal sacrificio de estos fundadores).

La ruina no es a mis ojos una cosa negativa. En primer lugar, evidentemente no es una cosa. Además, me gustaría escribir, quizás con o según Benjamin, quizás contra Benjamin, un breve tratado del amor de las ruinas. ¿Qué otra cosa puede amarse, por lo demás? No se puede amar un monumento, una arquitectura, una institución como tal más que en la experiencia, ella misma precaria, de su fragilidad: aquello no ha estado siempre ahí, ni estará siempre, es finito. Y por eso lo amo como algo mortal, a través de su nacimiento y de su muerte, a través del fantasma o la silueta de su ruina, de la mía -que así ella es ya, o la prefigura. ¿Cómo amar de otro modo si no es en esta finitud? ¿De dónde vendría si no así el derecho de amar, o incluso el amor del derecho?

Volvamos a la cosa misma, es decir, al fantasma, pues este texto es una historia de fantasmas. No podemos ya seguir evitando el fantasma y la ruina, como no podemos eludir la cuestión del estatuto retórico de este acontecimiento textual. ¿A qué figuras ha recurrido éste para su exposición, su explosión interna o su implosión? Todas las figuras ejemplares de la violencia del derecho son metonimias singulares, a saber, figuras sin límites, posibilidades de trasposición desencadenadas y figuras sin figuras. Tomemos el ejemplo de la policía, este índice de una violencia fantasmática puesto que mezcla la fundación con la conservación y se vuelve tanto más violenta por ese hecho. Ahora bien, la policía que capitaliza así la violencia no es solamente la policía. No consiste solamente en agentes de policía en uniforme, a veces con casco, armados y organizados en una estructura civil de modelo militar a la que se le rehúsa el derecho de huelga, etc. Por definición la policía

está presente o está representada allí donde haya fuerza de ley. Está presente, invisible a veces, pero siempre eficaz, allí donde hay conservación del orden social. La policía no es sólo la policía (hoy más, o menos, que nunca), está ahí, figura sin figura de un *Dasein* coextensivo con el *Dasein* de la *polis*. Benjamin lo reconoce a su manera, pero en un gesto doble y que yo creo no deliberado, en todo caso no tematizado. No renuncia en ningún momento a contener en una pareja de conceptos, y a remitirlo a unas distinciones, aquello mismo que los excede y los desborda sin cesar. Admite así que el mal de la policía es que ella es una figura sin figura, una violencia sin forma *(gestaltlos)*. No es aprehensible, como tal en ninguna parte *(nirgends fassbare)*. En los Estados llamados civilizados el espectro de su aparición fantasmática se extiende por todas partes *(allverbreitete gespenstische Erscheinung im Leben der zivilisierten Staaten,* trad. 32). Y sin embargo, esa inaprehensible figura sin forma de la policía, por más que se metonimice, espectralice, e instale por todas partes su obsesión *hantise),* Benjamin querría todavía que siguiera siendo una figura determinable y propia de los Estados civilizados. Pretende saber de qué habla cuando habla en sentido propio de la policía, y querría determinar su fenómeno. Es difícil saber si habla de la policía del Estado moderno o del Estado en general cuando nombra el Estado civilizado. Me inclinaría más bien hacia la primera hipótesis por *dos razones:*

1. Selecciona los ejemplos modernos de la violencia, por ejemplo, el de la huelga general o el problema de la pena de muerte. Más arriba, no habla solamente de los Estados civilizados sino de otra «institución del Estado moderno», la policía. Es la policía *moderna,* en situaciones político-técnicas *modernas,* la que es inducida a *producir* la ley siendo así que se considera que tan sólo la *aplica*.

2. Aun reconociendo que el cuerpo fantasmal de la policía, por invasor que sea, sigue siendo siempre igual a sí mismo, admite que su espíritu *(Geist),* el espíritu de la policía causa menos estragos en la monarquía absoluta que en las democracias modernas donde su violencia degenera. Detengámonos un instante en este punto. No estoy seguro de que Benjamin haya meditado la aproximación que estoy intentando entre las palabras *gespentische,* espectral, fantasmal, y la palabra *Geist,* espíritu en el sentido también de doble fantasmático. Pero la lógica profunda de esta analogía me parece poco discutible incluso si Benjamin no la reconoció. La policía se vuelve alucinante y espectral porque invade *(hante)* todo; está en todas partes incluso allí donde no está, en su *Fort-Dasein* al que siempre se puede apelar. Su presencia no está presente, como ninguna presencia está presente, según nos recuerda Heidegger, pero la presencia de su doble espectral no conoce fronteras. Y está de acuerdo con la lógica de *Zur Kritik der Gewalt* marcar que

todo lo que afecta a la violencia del derecho -aquí de la policía misma- no es natural sino espiritual. Hay un espíritu, a la vez en el sentido del espectro y en el sentido de la vida que se eleva, justamente a través de la muerte, por medio de la posibilidad de la pena de muerte, por encima de la vida natural y biológica. La policía da testimonio de esto. Invocaré aquí un pasaje del *Ursprung des deutschen Trauerspiels* que habla del *Geist* como facultad de ejercer la dictadura. Agradezco a mi amigo Tim Bahti haberme llamado la atención sobre ese pasaje (pero habría que leer todo el capítulo que habla más arriba de la aparición de espectros *(Geisterscheinungen,* pág. 273; cf. trad. esp.?): «El espíritu *(Geist)* -tal es la tesis de la época- se manifiesta en el poder *(weist sich aus in Macht);* el espíritu es la facultad de ejercer la dictadura *(Geist ist das Vermögen, Diktatur ausüben).* Esta facultad exige una disciplina interior rigurosa tanto como una acción exterior desprovista de escrúpulos *(skrupelloseste Aktion)»* (pág. 276). Y más abajo vuelve a tratarse del genio maligno *(böse Geist)* de los déspotas.

En lugar de ser él mismo y de estar contenido en la democracia, este espíritu de la policía, esta violencia policial *como espíritu* degenera en la democracia. Atestigua en la democracia moderna la mayor degeneración que pueda pensarse para la violencia *(die denkbar grösste Entartung der Gewalt bezeugt,* trad. pág. 32). ¿Por qué? En la monarquía absoluta los poderes legislativos y ejecutivos están unidos. En consecuencia ahí la violencia es normal, conforme a su esencia, a su idea, a su espíritu. En la democracia, por el contrario, la violencia no está ya atribuida(?) al espíritu de la policía. A causa de la supuesta separación de poderes, aquella se ejerce de forma ilegítima, sobre todo cuando en lugar de aplicar la ley, la hace. Benjamin indica aquí el principio de un análisis de la realidad policial en las democracias industriales y sus complejos militar-industriales de alta tecnología informatizada. En la monarquía absoluta, por terrible que sea, la violencia policial se muestra tal como es y tal como debe ser en su espíritu, mientras que la violencia policial de las democracias niega su propio principio al legislar de manera subrepticia, en la clandestinidad. Doble consecuencia o doble implicación: 1. la democracia es una degeneración del derecho y de la violencia del derecho; 2. No hay todavía democracia digna de ese nombre. La democracia sigue estando por venir: por engendrar o regenerar. El discurso de Benjamin, que se desarrolla entonces como crítica del parlamentarismo de la democracia liberal es, pues, *revolucionario,* incluso marxistizante, pero en los dos sentidos de la palabra «revolucionario», que comprende también el sentido reaccionario, a saber, el de un retorno al pasado de un origen más puro. Este equívoco es bastante típico como para haber alimentado muchos discursos revolucionarios de derecha y de izquierda, en particular

entre las dos guerras. Una crítica de la «degeneración» *(Entartung)* como crítica de un parlamentarismo incapaz de controlar la violencia policial que sustituye a aquel, es ciertamente una crítica de la violencia sobre el fondo de una «filosofía de la historia»: puesta en perspectiva arqueo-teleológica, o arqueo-escatológica, que descifra la historia del derecho como una decadencia *(Verfall)* desde el origen. No es necesario subrayar la analogía con esquemas schmittianos o heideggerianos. Habría que ilustrar este triángulo con una correspondencia, quiero decir con la correspondencia epistolar que ligó a estos tres pensadores (Schmitt/Benjamin, Heidegger/Benjamin). Y se trata de nuevo de espíritu y de revolución.

La cuestión en el fondo sería: ¿qué es de la democracia liberal y parlamentaria hoy? En cuanto medio, toda violencia funda o conserva el derecho. De otro modo renunciaría a todo valor. No habría ninguna problemática del derecho sin esa violencia de los medios. Consecuencia: todo contrato jurídico, todo *Rechtsvertrag* («contrato de derecho», trad. 33) se funda en la violencia. No hay contrato que no tenga a la violencia a la vez como origen *(Ursprung)* y como conclusión (*Ausgang)*. Una alusión furtiva y elíptica de Benjamin parece aquí decisiva, como sucede a menudo. En cuanto fundadora o posicional de derecho *(rechtsetzende)* la violencia no tiene necesidad de estar inmediatamente presente en el contrato *(nicht unmittelbar in ihm gegenwürtig zu sein,* trad. 33). Pero, sin estar inmediatamente presente, es reemplazada *(vertreten,* «representada») por el suplemento de un sustituto. Y es en esta diferencia, en el movimiento que reemplaza la presencia (la presencia inmediata de la violencia identificable como tal en sus rasgos y en su espíritu), en esa representatividad dif(i)erencial como se produce el olvido de la violencia originaria. Esta pérdida de consciencia amnésica no se produce por accidente. Es el paso mismo de la presencia a la representación. Un paso como ése forma el trayecto del declinar, de la degeneración institucional, su *Verfall* Benjamin hablaba hace un momento de una degeneración *(Entartung)* de la violencia originaria, por ejemplo, la de la violencia policial en la monarquía absoluta que se corrompe en las democracias modernas. He aquí cómo deplora el *Verfall* de la revolución en el espectáculo parlamentario: «Toda institución de derecho se corrompe si desaparece de su consciencia la presencia latente de la violencia» *(schwindet das Bewusstsein von der latenten Anwesenheit der Gewalt in einem Rechtsinstitut, so verfällt es,* trad. 33). El primer ejemplo escogido es el de los parlamentos de entonces. Si dan un espectáculo deplorable, es porque esas instituciones representativas olvidan la violencia revolucionaría de donde han nacido. En Alemania, en particular, han olvidado la revolución abortada en 1919. Han perdido el sentido de la violencia fundadora del derecho que está

representada en ellos *(Ihnen fehlt der Sinn für die rechtsetzende Gewalt, die in ihnen repräsentiert ist).* Los parlamentos viven en el olvido de la violencia de donde han nacido. Esta denegación amnésica no es una debilidad psicológica, es su estatuto y su estructura. A partir de ahí, en lugar de llegar a decisiones conmensurables o proporcionales a esa violencia y dignas (*würdig*) de ella, practican la política hipócrita del *compromiso.* El concepto de compromiso, la denegación de la violencia abierta, el recurso a la violencia disimulada, pertenecen al espíritu de violencia, a la «mentalidad de la violencia» *(Mentalität der Gewalt),* que lleva a aceptar la coacción del adversario, a la vez para evitar lo peor y, diciéndose con el suspiro del parlamentario que eso no es ciertamente el ideal, que, sin duda, habría sido mejor otra cosa, pero que no se podía justamente hacer otra cosa. El parlamentarismo está, pues, en la violencia y en la renuncia al ideal. Fracasa en resolver los conflictos políticos por la palabra, la discusión, la deliberación no-violenta, en suma, por la puesta en acción de la democracia liberal. Ante la «decadencia de los parlamentos» *(der Verfall der Parlamente),* Benjamin encuentra la crítica de los bolcheviques y de los sindicalistas a la vez pertinente *(treffende)* en conjunto y radicalmente destructiva *(vernichtende)* («demoledora», trad. 34).

Nos hace falta ahora introducir una distinción que una vez más aproxima Benjamin a un cierto Carl Schmitt, y que en todo caso da un sentido más preciso a lo que podía ser la configuración histórica en las que se inscribían todos esos pensamientos (precio excesivo de la derrota a pagar por Alemania, República de Weimar, crisis e impotencia del nuevo parlamentarismo, fracaso del pacifismo, momento posterior al advenimiento de la revolución de octubre, competencia entre los media y el parlamentarismo, nuevos datos del derecho internacional, etc.). Acabamos de ver, en suma, que en su origen y en su fin, en su fundación y en su conservación, el derecho era inseparable de la violencia, inmediata o mediata, presente o representada. ¿Excluye eso toda no-violencia en la eliminación de los conflictos, como se podría concluir tranquilamente? En absoluto. Benjamin cree en las relaciones no-violentas entre las personas privadas. Una unión sin violencia *(gewaltlose Einigung,* «conformidad inviolenta», trad. 34) es posible allí donde la cultura del corazón *(die Kultur des Herzens)* da a los hombres medios puros con vistas al acuerdo *(Ubereinkunft).* ¿Significa esto que haya que permanecer en esa oposición de lo privado y de lo público para proteger un dominio de no-violencia? Las cosas están lejos de ser tan simples. Otras particiones conceptuales van a delimitar, en la esfera misma de lo político, la relación de la violencia con la no-violencia. Tal sería, por ejemplo, en la tradición de Sorel o de Marx, la distinción entre la huelga general *política,* violenta puesto que quiere reemplazar el

Estado por otro Estado (por ejemplo, la que acababa de anunciarse en Alemania como un relámpago) y la huelga general *proletaria,* esa revolución que en lugar de fortificar al Estado apunta a su supresión, como también a la eliminación de los sociólogos», dice Sorel, «elegantes aficionados de la reforma social», «intelectuales que han abrazado la profesión de pensar por el proletariado», trad. pág. 37).

Hay otra distinción que parece todavía más radical y más próxima a lo que concierne a la crítica de la violencia como medio. Opone el orden de los medios, justamente, y el orden de la *manifestación*. Se trata una vez más de la violencia del lenguaje, pero también del advenimiento de la no-violencia mediante un cierto lenguaje. ¿Consiste la esencia del lenguaje en signos, considerados como *medios* de comunicación, o más bien en una manifestación que ya, o todavía, no depende de la comunicación por signos, de la comunicación en general, es decir, de la estructura medio/fin?

Benjamin pretende probar que una eliminación no-violenta de los conflictos es posible en el mundo privado cuando en éste reinan la cultura del corazón, la cortesía cordial, la simpatía, el amor de la paz, la confianza. El diálogo *(Unterredung,* «la conversación», trad. 34) como técnica de acuerdo civil sería el ejemplo más profundo. Ahora bien, ¿en qué se reconoce que la violencia está excluida de la esfera privada o propia *(eigentlicheSphäre)*? La respuesta de Benjamin puede sorprender. La posibilidad de esta no-violencia está atestiguada por el hecho de que la mentira *(die Lüge)* no está penalizada, como tampoco la estafa *(Betrug)*. El derecho romano y el antiguo derecho germánico no los castigaban. Considerar una mentira como un delito es un signo de decadencia *(Verfallsprozess)*. El derecho moderno pierde confianza en sí mismo, condena el fraude no por razones morales sino porque teme las violencias a que podría llevar por parte de las víctimas. Estas podrían a su vez amenazar el orden del derecho. Es el mismo mecanismo que en la concesión del derecho de huelga. Se trata de limitar la peor violencia mediante otra violencia. En lo que parece soñar Benjamin es en un orden de no-violencia que sustrae al orden del derecho -y así, al derecho de castigar la mentira- no sólo las relaciones privadas, sino incluso ciertas relaciones públicas, como en la huelga general proletaria de la que habla Sorel -que no pretende volver a fundar un Estado y un nuevo derecho; o incluso ciertas relaciones diplomáticas en las que, de manera análoga a las relaciones privadas, ciertos embajadores arreglan los conflictos pacíficamente y sin tratados. El arbitraje es no-violento en ese caso porque se sitúa «más allá de todo orden del derecho y, en consecuencia, más allá de la violencia» (trad. 38). Se va a ver enseguida en qué esa no-violencia no carece de afinidad con la pura violencia.

Benjamin propone aquí una analogía sobre la que conviene detenerse un instante, en particular porque hace intervenir ese concepto enigmático de destino. ¿Qué pasaría si una violencia ligada al destino *(schicksalsmässige Gewalt,* «violencia, como forzada por el destinada trad. 38) y que utilizase medios justos *(berechtige)* se encontrase en un conflicto con fines justos (*gerechten*)? Y esto, de tal forma que hubiese que afrontar otra especie de violencia, la cual, en relación con esos fines, no sería ni un medio injustificado, indecidiblemente, eso no sería incluso ya un medio, sino que entraría en una relación completamente diferente con la pareja medio/fin. Se trataría entonces de una violencia completamente diferente, que no se dejaría ya determinar en el espacio abierto por la oposición medio/fin. Cuestión tanto más grave en la medida en que excede o desplaza la problemática inicial que Benjamin había construido hasta aquí a propósito de la violencia y del derecho y que estaba toda ella dominada por el concepto de medio. Se advierte aquí que hay casos en los que, puesto en términos de medios/fines, el problema de derecho queda indecidible. Esta última indecidibilidad que es la de todos los problemas de derecho (*Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme*, « indeterminación propia a todos los problemas de derecho», trad. 38) es la luz de una experiencia singular y desalentadora. ¿Adónde dirigirse cuando se ha reconocido esa indecidibilidad ineluctable?

Una cuestión así se abre en primer lugar a otra dimensión del lenguaje, a un más allá de la mediación y en consecuencia más allá del lenguaje como signo en el sentido de mediación, como medio con vistas a un fin. La cuestión parece en principio sin salida, y así, sin esperanza. Pero en el *impasse,* esta desesperanza *(Aussichtslosigkeit)* apela a decisiones de pensamiento que conciernen nada menos que al origen del lenguaje en su relación con la verdad, la violencia destinal *(schicksalhafte Gewalt)* que se sitúa por encima de la razón, y después, por encima de esa violencia misma, Dios: otro, y completamente diferente, «fundamento místico de la autoridad». No es ciertamente el de Montaigne o de Pascal, pero no se debería confiar demasiado en esa distancia. He aquí a qué se abre de alguna manera la *Aussichtslosigkeit* del derecho, he aquí adónde lleva el *impasse* del derecho.

Habría una analogía entre la «indecidibilidad *(Unentscheidbarkeit)* de todos los problemas de derecho», y lo que ocurre por otra parte en las lenguas nacientes *(in werdenden Sprachen)* en las que una decisión *(Entscheidung)* clara, convincente, determinante, entre lo justo y lo falso, lo correcto y lo incorrecto *(richitg/falsch),* es imposible. No es más que una analogía propuesta de paso. Pero se la podría desarrollar a partir de otros textos de Benjamin sobre el lenguaje, especialmente «La tarea del traductor» (1923) y sobre todo el famoso ensayo de 1916,

cinco años antes («Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje humano»). Ambos textos ponen en cuestión la esencia originariamente comunicativa del lenguaje, es decir, semiológica, informativa, representativa, convencional, en consecuencia *mediadora* del lenguaje. Este no es medio con vistas a un fin -una cosa o un contenido significado- al cual tendría que adecuarse correctamente. Esta crítica del signo era entonces también política: la concepción del lenguaje como medio y como signo sería «burguesa». El texto de 1916 define el pecado original como esa caída en un lenguaje de comunicación mediata en el que las palabras convertidas en medios incitan a la palabrería *(Geschwätz).* La cuestión del bien y del mal después de la creación depende de esa palabrería. El árbol del conocimiento no estaba allí para proporcionar conocimientos acerca del Bien y el Mal sino como el *«Wahrzeichen»,* el signo sintomático del juicio *(Gericht)* hecho a aquel que pregunta (? cf. el texto de B.). «Esta extraordinaria ironía, concluye Benjamin, es el signo en el que se reconoce el origen mítico del derecho *(das Kenzeichen des mythischen Ursprungs des Rechtes)* (Bd. II, 1, p. 154).

Así, pues, más allá de esta simple analogía, Benjamin quiere pensar aquí una finalidad, una justicia de los fines que no esté ligada a la posibilidad del derecho, en todo caso a aquello que se concibe siempre como universalizable. La universalización del derecho su posibilidad misma, está inscrita analíticamente en el concepto de justicia *(Gerechtigkeit).* Pero lo que no se comprende entonces es que esta universalidad está en contradicción con Dios mismo, a saber, con aquel que decide acerca de la legitimidad de los medios y de la justicia de los fines *por encima de la razón e incluso por encima de la violencia destinal.* Esta repentina referencia a Dios por encima de la razón y de la universalidad, más allá de una especie de *Aufklärung* del derecho, no es otra cosa sino una referencia a la singularidad irreductible de cada situación. Y el pensamiento audaz, tan necesario como peligroso, de lo que llamaré aquí una especie de justicia sin derecho (la expresión no es de Benjamin) vale tanto para la unicidad del individuo como para el pueblo y para la lengua, en una palabra, para la historia.

Para hacer entender esta «función no mediata de la violencia» *(eine nicht mittelbare Funktion der Gewalt,* trad. pág. 39), Benjamin vuelve a tomar el ejemplo del lenguaje cotidiano como si se tratase solamente de una analogía. En realidad lo que ahí tenemos, me parece, es el verdadero resorte y el lugar mismo de la decisión. ¿Es casual y sin relación alguna con tal figuración de Dios que hable entonces de la experiencia de la cólera, este ejemplo de una manifestación inmediata, extraña a toda estructura medio/fin? La explosión de violencia, en la cólera, no es un medio con vistas a un fin: aquella no tiene otro objeto que mostrar y mostrarse a sí misma. Dejemos a Benjamin la responsabilidad

de este concepto: la manifestación de alguna manera desinteresada, inmediata y sin cálculo, de la cólera. Lo que le importa es una manifestación de la violencia que no sea medio con vistas a un fin. Tal sería la violencia mítica como manifestación de los dioses.

Aquí comienza la última secuencia, la más enigmática, la más fascinante y la más profunda de este texto. A falta de tiempo, pero no sólo de tiempo renuncio a hacer justicia. Tendré que contentarme con subrayar, por una parte, la terrible ambigüedad ético-política del texto, por otra parte la ejemplar inestabilidad de su estatuto y de su firma, en fin, lo que me permitiréis llamar ese corazón o esa valentía de un pensamiento que sabe que no hay justeza ni justicia ni responsabilidad más que exponiéndose a todos los riesgos, más allá de la certeza y de la buena conciencia. En el mundo griego, la manifestación de la violencia divina bajo su forma mítica funda un derecho más bien que aplica un derecho ya existente distribuyendo las recompensas y los castigos. Eso no es una justicia distributiva o retributiva, y Benjamin evoca los ejemplos de la leyenda de Níobe, de Apolo y de Artemis, de Prometeo. Como se trata de fundar un derecho nuevo, la violencia que cae sobre Níobe proviene, así, del destino; y ese destino no puede ser sino incierto y ambiguo *(zweideutig)* puesto que no está precedido ni regulado por ningún derecho anterior, superior o trascendente. Esta violencia fundadora no es «propiamente destructiva» *(eigentliche zerstörend),* puesto que por ejemplo respeta la vida de la madre en el momento en que da una muerte sangrienta a los hijos de Níobe. Pero esa alusión a la sangre vertida, como veremos, es aquí discriminatoria para identificar la fundación mítica y violenta del derecho en el mundo griego, y para distinguirla de la violencia divina en el judaísmo. Benjamin multiplica los ejemplos de esta ambigüedad *(Zweideutigkeit,* el término aparece por lo menos cuatro veces), e incluso de la ambigüedad «demónica» de esa posición mítica del derecho[2] *que es en su principio fundamental un poder (Macht),* una fuerza, una posición de autoridad y así, como lo sugiere el mismo Sorel, y Benjamin parece aquí aprobar, un privilegio de los reyes, de los nobles o de los poderosos: en el origen todo derecho es un privilegio *(in den Anfängen alles Recht «Vor» recht der Könige oder der Grössen, kurz der Mächtigen,* trad. pág. 40). En ese momento originario y mítico no hay todavía justicia distributiva, ni castigo o pena, sino sólo expiación *(Sühne,* mal traducido por «retribución»).

[2] Esta dimensión «mítica» del derecho en general se extendería sin duda, según Benjamin, a toda teoría de los «derechos del hombre» al menos en la medida en que ésta no procedería de lo que se llama en este texto la «violencia divina» *(göttliche Gewalt)*.

A esa violencia del *mythos* griego opone Benjamin rasgo por rasgo la violencia de Dios. Desde todos los puntos de vista, dice, ésta es lo contrario de aquella. En lugar de fundar el derecho, lo destruye. En lugar de establecer límites y fronteras, los anula; en lugar de inducir la falta y la expiación, hace expiar; en lugar de amenazar, golpea; y sobre todo, y esto es lo esencial, en lugar de hacer morir por la sangre, hace morir y aniquila *sin efusión de sangre.* En la sangre está toda la diferencia. La interpretación de este pensamiento de la sangre es tan inquietante, a pesar de ciertas disonancias, en Benjamin como en Rosenzweig (sobre todo si pensamos en la «solución final»). La sangre es el símbolo de la vida. Pero al hacer correr la sangre la violencia mitológica del derecho se ejerce en su propio favor *(un ihrer selbst willen)* contra la vida pura y simple, a la que hace sangrar, aun permaneciendo precisamente en el orden de la vida natural (*das blosse Leben).* Por el contrario, la violencia puramente divina (judaica) se ejerce sobre toda vida, pero en provecho o en favor del viviente *(über alles Leben um des Lebendigen)* («Es que la dominación del derecho sobre el ser viviente no trasciende la mera vida. La violencia mítica es violencia sangrienta sobre aquella, en su propio nombre, mientras que la pura violencia divina lo es sobre todo lo viviente y por amor a lo vivo». Trad. pág. 42). Dicho de otra forma, la violencia mitológica del derecho se satisface en ella misma al sacrificar lo viviente, mientras que la violencia divina sacrifica la vida para salvar lo viviente, en favor de lo viviente. En los dos casos hay sacrificio, pero en el caso en que se exige sangre no se respeta lo viviente. De ahí la singular conclusión de Benjamin, a quien dejo una vez más la responsabilidad de esta interpretación, en particular de esta interpretación del judaísmo: «La primera (la violencia mitológica del derecho) exige *(fordert)* el sacrificio, la segunda (la violencia divina) lo acepta, lo asume *(nimmt sie an)».* En todo caso, la violencia divina, que no estaría sólo atestiguada por la religión, sino en la vida presente o en las manifestaciones de lo sagrado, aniquila quizás los bienes, la vida, el derecho, el fundamento del derecho, etc., pero no acomete jamás para destruirla al alma del viviente *(die Seele des Lebendigen).* Por consiguiente no hay derecho a concluir de ahí que la violencia divina deje el campo libre a todos los crímenes humanos. El «no matarás» sigue siendo un imperativo absoluto desde el momento en que el principio de la violencia divina más destructiva ordena el respeto del viviente, más allá del derecho, más allá del juicio. Ahí está para Benjamin la esencia del judaísmo, que prohíbe todo homicidio, salvo en caso de legítima defensa, y que sacraliza la vida, hasta el punto de que algunos autores extienden esa sacralización más allá del hombre, hasta el animal y el vegetal. Pero hay que agudizar hasta el límite lo que Benjamin entiende aquí por la sacralidad del hombre, de la vida o más

bien del *Dasein* humano. Benjamin se levanta vigorosamente contra toda sacralización de la vida *por sí misma,* de la vida natural, del simple hecho de vivir. Comentando ampliamente la frase de Kurt Hiller, según la cual «más elevada que la felicidad y la justicia de una existencia *(Dasein)...* es la existencia en sí») Benjamin juzga falsa e innoble la proposición según la cual el simple *Dasein* sería más elevado que el *Dasein* justo (*als gerechtes Dasein*), si por simple *Dasein* se entiende el simple hecho de vivir. Y aun advirtiendo que estos términos de *Dasein* y de vida siguen siendo muy ambiguos, juzga por el contrario la misma proposición, a pesar de todo lo ambigua que resulta, llena de una potente verdad *(gewaltige Wahrheit)* si lo que quiere decir es que el no-ser del hombre sería todavía más terrible que el no-ser justo del hombre, pura y simplemente. Dicho de otro modo, lo que da valor al hombre, a su *Dasein* y a su vida, es contener la potencialidad, la posibilidad de la justicia, el porvenir de la justicia, el porvenir de su ser justo, de su tener-que-ser-justo. Lo que es sagrado en su vida no es su vida sino la justicia de su vida. Incluso si las plantas y las bestias fuesen sagradas no lo serían por su simple vida, dice Benjamin. Esta crítica del vitalismo o del biologismo, si bien se asemeja también a la de un cierto Heidegger, y recuerda, como he señalado en otra parte, a un cierto Hegel, se plantea aquí como el despertar de una tradición judaica. A causa de esta ambigüedad de los conceptos de vida y de *Dasein,* Benjamin está a la vez atraído por y es reticente ante el dogma que afirma el carácter sagrado de la vida, como vida natural, pura y simple. El origen de ese dogma merece una investigación, advierte Benjamin, quien está dispuesto a ver ahí la respuesta relativamente moderna y nostálgica de Occidente a la pérdida de lo sagrado.

¿Cuál es la última y la más provocadora paradoja de esta crítica de la violencia? ¿La que más da qué pensar? Es que esta crítica se presenta como la única «filosofía» de la historia (quedando la palabra «filosofía» entre comillas inolvidables) que hace posible una actitud no sólo «crítica» sino, en el sentido más crítico y diacrítico de la palabra «crítica», del *krinein,* una actitud que permite escoger *(krinein)*, y así decidir y resolver en la historia y a propósito de la historia. Es la única que permite con respecto al tiempo presente, dice Benjamin, una toma de posición decisoria y decisiva *(scheidende und entscheidende Einstellung,* «una postura diferenciadora y decisiva», trad. pág. 44). Toda la indecidibilidad *(Unentscheidenbarkeit)* está situada, bloqueada, acumulada del lado del derecho; de la violencia mitológica, es decir, fundadora y conservadora de derecho. Toda la decidibilidad, por el contrario, se sitúa del lado de la violencia divina que destruye el derecho, cabría incluso arriesgarse a decir que deconstruye el derecho. Decir que toda la decidibilidad se encuentra del lado de la violencia

divina que destruye o deconstruye el derecho es decir al menos dos cosas:

1. Que la *historia* está del lado de esta violencia divina, y la historia precisamente por oposición al mito. Es justo por eso por lo que se trata de una «filosofía» de la *historia* y por lo que Benjamin apela en efecto a una «nueva era histórica» *(ein neues geschichtliches Zeitalter)* que debería seguir al fin del reino mítico, la interrupción del círculo mágico de las formas míticas del derecho, la abolición de la *Staatsgewalt,* de la violencia o de la autoridad del Estado. Esta nueva era histórica sería una nueva era política con la condición de que no ligara lo político a lo estatal, como lo hará por el contrario un Schmitt por ejemplo.

2. Si toda la decidibilidad se encuentra concentrada del lado de la violencia divina en la tradición judaica, eso vendría a confirmar y dar sentido al espectáculo que da la historia del derecho que se deconstruye ella misma y se paraliza en la indecidibilidad, puesto que lo que Benjamin llama el «ir y venir de la dialéctica» *(ein dialektisches Auf und Ab),* en la violencia fundadora o conservadora del derecho constituye una oscilación en la que la violencia conservadora debe dedicarse constantemente a la represión de las contraviolencias hostiles *(Unterdrückung der feindlichen Gegenwalten).* Pero esta represión -y el derecho, la institución jurídica es esencialmente represiva desde este punto de vista- no deja de debilitar la violencia fundadora que representa. Así, se destruye a sí misma en el curso de este ciclo. Pues aquí Benjamin reconoce de alguna manera la ley de la iterabilidad que hace que la violencia fundadora esté siempre representada en una violencia conservadora que respeta sin cesar la tradición de su origen y que no guarda en suma más que una fundación destinada de entrada a ser repetida, conservada, reinstituida. Benjamin dice que la violencia fundadora está «representada» *(repräsentiert)* en la violencia conservadora.

Si se pensase ahora que se ha conseguido aclarar e interpretar correctamente el sentido, el querer-decir del texto de Benjamin, oponiendo de forma decidible por un lado la decidibilidad de la violencia divina, revolucionaria, histórica, antiestatal, antijurídica, y por el otro lado la indecidibilidad de la violencia mítica del derecho estatal, se habría decidido de nuevo demasiado deprisa y no se habría comprendido la potencia de este texto. Pues en sus últimas líneas se representa un nuevo acto del drama o un golpe de teatro del que no juraría que no estaba premeditado desde que se levantó el telón. ¿Qué dice, en efecto, Benjamin? Habla en primer lugar en condicional de la violencia revolucionaria *(revolutionäre Gewalt):* «si», más allá del derecho, la violencia ve su estatuto asegurado como violencia pura e inmediata, entonces esto probaría que la violencia revolucionaria es posible. Se

sabrá entonces, pero esto es un condicional, qué es esa violencia revolucionaria cuyo nombre es el de la más pura manifestación de la violencia entre los hombres. Pero ¿por qué está ese enunciado en condicional? ¿Es solamente provisional y contingente? En absoluto. Pues la *decisión (Entscheidung)* a este respecto, la decisión determinante, la que permite conocer o reconocer una tal violencia pura y revolucionaria *como tal,* es una *decisión innacesible al hombre.* Tenemos que enfrentarnos aquí a otra indecidibilidad, y prefiero citar *in extenso* esta frase de Benjamin: «Pero para los hombres no es ni igualmente posible ni igualmente urgente la decisión de cuándo se hizo efectiva en un caso determinado una violencia pura» *(Nicht gleich möglich noch auch gleich dringend ist aber für Menschen die Entscheidung, wann reine Gewalt in einem bestimmten Falle wirklich war;* trad. modif. pág. 44).

Esto depende del hecho de que la violencia divina, que es la más justa, la más histórica, la más revolucionaria, la más decidible o la más decisora, no se presta a ninguna determinación humana, a ningún conocimiento o «certeza» decidible por nuestra parte. No se la conoce jamás en sí misma, «como tal», sino sólo en sus «efectos» y sus efectos son «incomparables», no se prestan a ninguna generalidad conceptual. No hay certeza *(Gewissheit) o* conocimiento determinante más que en el dominio de la violencia mítica, es decir, del derecho, es decir, de lo indecible que estaba en cuestión. «Es que sólo la violencia mítica, no la divina, deja entreverse como tal con certeza, aunque sea en efectos no cotejables entre sí... « (trad. pág. 44). Por esquematizar, hay dos violencias, dos *Gewalten* concurrentes: por un lado, la decisión (justa, histórica, política, etc.), justicia más allá del derecho y el Estado, pero sin conocimiento decidible; por otro lado, conocimiento decidible y certeza, en un dominio que resulta estructuralmente el dominio de lo indecidible, del derecho mítico y del Estado. Por un lado la decisión sin certeza decidible, por otro, la certeza de lo indecidible, pero sin decisión. En cualquier caso, de una forma u otra, lo indecidible está en cada lado, y ésa es la condición violenta del conocimiento o de la acción. Pero conocimiento y acción están siempre disociados.

Preguntas: lo que se llama en singular, si hay alguna y si no hay más que una, la deconstrucción, ¿es esto o aquello? ¿U otra cosa de nuevo, u otra cosa al fin? Si confiamos en el esquema benjaminiano, ¿el discurso deconstructivo sobre lo indecidible es más bien judío (o judeo-cristiano-islámico) o más bien griego? ¿Más bien religioso, más bien mítico, o más bien filosófico? Si no respondo a preguntas planteadas en esta forma no es sólo porque no estoy seguro de que algo así como *la* Deconstrucción, en singular, exista o sea posible. Es también porque creo que los discursos deconstructivos tales como se presentan

en su irreductible pluralidad participan de forma impura, contaminante, negociada, bastarda y violenta en todas esas filiaciones -digamos judeo-grecas para ganar tiempo- de la decisión y de lo indecidible. Y después, que no es quizás lo Judío y lo Griego lo que Benjamin pretende exactamente hacernos creer. Y en fin, por lo que se refiere a lo que en la deconstrucción queda por venir, creo que en sus venas corre también, quizás sin filiación, una sangre completamente diferente, o más bien algo completamente diferente de la sangre[3].

Al decir así adiós o hasta la vista a Benjamin, le dejo sin embargo la última palabra. Le dejo firmar, al menos si puede. Hace falta siempre que el otro firme, y es siempre el otro el que firma el último. Dicho de otra manera, el primero.

En sus últimas líneas, Benjamin justo antes de firmar se sirve por otro lado de la palabra «bastardo». Es en suma la definición del mito, y así de la violencia fundadora del derecho. El derecho mítico, se podría decir, la ficción jurídica, es una violencia que habrá mancillado, «bastardeado» *(bastardierte)* «las formas eternas de la violencia divina pura». El mito ha bastardeado la violencia divina con el derecho *(mit dem Recht)*. Mal casamiento, genealogía impura: no mezcla de sangres, sino bastardía que en el fondo habrá creado un derecho que hace correr la sangre y hace pagar con sangre.

Y luego, inmediatamente después de haber tomado la responsabilidad de esa interpretación de lo Griego y lo Judío, Benjamin afirma. Habla de forma evaluativa, prescriptiva y no constatativa, como se hace cada vez que se firma. Dos frases enérgicas anuncian cuáles *deben* ser las órdenes (mots d'ordre), lo que *hay que hacer,* lo que *hay que desechar,* el mal o la perversión de lo que hay que desechar *(Verwerflich)*. «Desechable es, empero, toda violencia mítica, la fundadora de derecho, que cabe llamar violencia gobernante *(schaltende)*. Desechable también es la conservadora de derecho, esa violencia gobernada *(die verwaltete Gewalt)* que está al servicio de la gobernante» (trad. modif. pág. 45).

Y después vienen las últimas palabras, la última frase. Como el *shofar* en la tarde o en la víspera de una oración que no se entiende ya,

---

[3] Al someter este texto de Benjamin a la prueba de una cierta necesidad deconstructiva, tal al menos como ésta se determina aquí y ahora para mí, bosquejo un trabajo más amplio y más coherente: sobre las relaciones entre *esta* deconstrucción, lo que Benjamin llama la «destrucción» *(Zerstörung)* y la «Destruktion» heideggeriana (sobre la que me he explicado y a la que volveré de nuevo en otra parte, especialmente en «Philopolemology: Heideggers Ear *(Geschlecht* IV), que aparecerá en The Indiana University Press (Actas de un congreso sobre Heidegger en la Loyola University, octubre de 1989).

o todavía. Esa frase, este último mensaje *(adresse),* no sólo firma, y justo al lado del nombre de pila de Benjamin, Walter. Sino que nombra la firma, la insignia y el sello, nombra el nombre, y lo que se llama *«die waltende».* Pero ¿quién firma? Es Dios, el Absolutamente Otro, como siempre, es la violencia divina que habrá precedido, siempre pero también dado, todos los nombres de pila: *«Die göttliche Gewalt, welche Insignium und Siegel, niemals Mittel heiliger Vollstrecckung ist, mag die waltende heissen»:* «La violencia divina, insignia y sello, jamás medio de ejecución sagrada, podría llamarse la reinante»[4].

POST-SCRIPTUM

Este extraño texto está fechado. Toda firma está fechada, incluso y quizás todavía más si se desliza entre varios nombres de Dios y sólo firma con la pretensión de dejar firmar a Dios mismo. Si este texto está fechado y firmado (Walter, 1921), tenemos solamente un derecho limitado a convocarlo como testigo del nazismo en general (el cual no se había desarrollado todavía), así como de las nuevas formas que han adoptado en éste el racismo y el antisemitismo y que son inseparables de él, y, menos todavía, como testigo de la solución final: no sólo porque el proyecto y la puesta en práctica de la solución final son todavía más tardíos, e incluso posteriores a la muerte de Benjamin, sino porque la solución final es quizás en la historia misma del nazismo algo que algunos pueden considerar como una culminación ineluctable y como algo inscrito en las premisas mismas del nazismo, si es que algo así tiene una identidad capaz de sostener este tipo de enunciados, mientras que otros, nazis o no, alemanes o no, pueden pensar que el proyecto de solución final es un acontecimiento, incluso una nueva mutación dentro de la historia del nazismo, y que, en ese sentido, merece un análisis absolutamente específico. Por todas esas razones, no tendríamos derecho, o tendríamos solamente un derecho limitado, a preguntarnos qué habría pensado WB, en la lógica de este texto, si la tiene y si sólo tiene una, acerca del nazismo y de la solución final.

---

[4] Este «juego» entre *walten* y *Walter* no puede dar lugar a ninguna demostración ni a ninguna certeza. Esta es, por otra parte, la paradoja de su fuerza «demostrativa»: esta fuerza depende de la disociación entre lo cognitivo y lo performativo de la que hablaba hace un momento (y también en otro lugar precisamente a partir de la firma). Pero, en relación con el secreto absoluto, este «juego» no tiene nada de lúdico o de gratuito. Pues se sabe por otro lado que Benjamin se ha interesado, especialmente en *Las afinidades electivas,* en las coincidencias aleatorias y significantes cuyo lugar, propiamente, son los nombres propios.

Y sin embargo, de una cierta manera, lo voy a hacer, y lo voy a hacer orientándome, más allá de mi interés por este texto mismo, su acontecimiento y su estructura, por lo que nos deja leer a propósito de una configuración de los pensamientos judío y alemán justo antes del ascenso del nazismo, como se suele decir, así como a propósito de los repartos y las particiones que organizan una tal configuración, y a propósito de las proximidades vertiginosas, de las inversiones radicales desde el «por» al «contra» a partir de premisas a veces comunes. Suponiendo que todos estos problemas sean verdaderamente separables, cosa que dudo. En realidad no voy a preguntarme qué ha pensado WB del nazismo y del antisemitismo, tanto más porque para eso tenemos otros medios, otros textos suyos. Tampoco voy a preguntar qué habría pensado WB de la solución final y qué juicios, qué interpretaciones habría propuesto. Buscaré otra cosa, de manera modesta y preliminar. Por enigmática y sobredeterminada que sea la matriz lógica de este texto, por móvil y convertible, por invertible que sea, tiene su propia coherencia. Esa coherencia es ella misma coherente con la que rige otros numerosos textos de B., textos anteriores y textos posteriores. Teniendo en cuenta ciertos elementos inexistentes de esta continuidad coherente, intentaré algunas hipótesis para reconstituir, no enunciados posible de B., sino los grandes rasgos del espacio problemático e interpretativo en el que habría inscrito quizás su discurso con respecto a la solución final.

Por una parte, B. habría considerado probablemente la solución final como la extrema consecuencia de una lógica del nazismo que, por recuperar los conceptos de nuestro texto, habría correspondido a:

1. La radicalización del mal, ligada a la caída en el lenguaje de la comunicación, de la representación, de la información (y desde ese punto de vista, el nazismo ha sido realmente la figura más notable de la violencia mediática y de la explotación política de las técnicas modernas del lenguaje comunicativo, del lenguaje industrial y del lenguaje de la industria, de la objetivación científica a la que está ligada la lógica del signo convencional y de la matriculación formalizante).

2. La radicalización totalitaria de una lógica del Estado (y nuestro texto es realmente una condena del Estado, incluso de la revolución que reemplaza un Estado por otro Estado, cosa que vale igualmente para otros totalitarismos, y vemos ya que asoma aquí la cuestión de la *Historikerstreit).*

3. La corrupción radical, pero también fatal de la democracia parlamentaria y representativa por una policía moderna que es inseparable de ella, que se convierte en el verdadero poder legislativo y cuyo fantasma gobierna la totalidad del espacio político. Desde ese punto de

vista, la solución final es a la vez una decisión histórico-política de Estado y una decisión de policía, de policía civil y de policía militar, sin que se pueda jamás discernir entre las dos, ni asignar verdaderas responsabilidades a cualquier decisión.

4. Una radicalización y una extensión total de lo mítico, de la violencia mítica, a la vez en su momento sacrificial fundador y en su momento más conservador. Y esa dimensión mitológica, a la vez griega y estetizante (el nazismo, como el fascismo, es mitológico, «grecoide», y si corresponde a una estetización de la política, lo es en una estética de la representación), esa dimensión mitológica responde también a una cierta violencia del derecho estatal, de su policía y de su técnica, de un derecho totalmente disociado de la justicia, como la generalidad conceptual y propicia a la estructura de masas por oposición a la consideración de la singularidad y a la unicidad. ¿Cómo, si no, explicar la forma institucional, incluso burocrática, los simulacros de legislación, el juridicismo, el respeto de las competencias y de las jerarquías, en una palabra toda la organización jurídico-estatal que ha caracterizado la ejecución tecno-industrial y científica de la «solución final»? Aquí, una cierta mitología del derecho se ha desencadenado contra una justicia de la que B. pensaba que en el fondo debía mantenerse heterogénea al derecho, tanto al derecho natural como al derecho histórico, heterogénea a la violencia de su fundación como a la de su conservación. Y el nazismo fue una revolución conservadora de ese derecho.

Pero por otra parte, y por esas mismas razones, puesto que el nazismo conduce lógicamente a la solución final, como a su propio límite, y puesto que la violencia mitológica del derecho es su verdadero sistema, sólo se puede pensar, es decir, también recordar la unicidad de la solución final, a partir de un lugar diferente, externo a ese espacio de la violencia mitológica del derecho. Para tomar la medida de este acontecimiento y de lo que lo liga al destino, habría que abandonar el orden del derecho, del mito, de la representación (de la representación jurídico-política con sus tribunales de jueces-historiadores, pero también de la representación estética). Pues lo que el nazismo, como culminación de la lógica de la violencia mitológica habría intentado hacer, es excluir al otro testigo, destruir el testigo del otro orden, de una violencia divina cuya justicia es irreductible al derecho, de una justicia heterogénea tanto al orden del derecho (aunque fuese el de los derechos del hombre) como al orden de la representación y del mito. Dicho de otro modo, no se puede pensar la unicidad de un acontecimiento como la solución final, como punta extrema de la violencia mítica y representacional, en el interior de su sistema. Hay que intentar pensarlo a partir de su otro, es decir, a partir de lo que ha intentado excluir y destruir, exterminar radicalmente, y que lo obsesionaba *(hantait)* por

dentro y por fuera. Hay que intentar pensarlo a partir de la posibilidad de la singularidad, de la singularidad de la firma y del nombre, pues lo que el orden de la representación ha intentado exterminar no son solamente vidas humanas por millones, sino también una exigencia de justicia y también los nombres: y en primer término la posibilidad de dar, de inscribir, de llamar y de recordar el nombre. No sólo porque ha habido destrucción o proyecto de destrucción del nombre y de la memoria misma del nombre, del nombre como memoria, sino porque el sistema de la violencia mítica (objetivista, representacional, comunicacional, etc.) ha llegado hasta un límite de sí mismo, manteniéndose a la vez, de forma demoníaca, en los dos lados del límite: ha mantenido a la vez el archivo de su destrucción, ha producido simulacros de razonamientos justificativos, con una terrorífica objetividad legal, burocrática, estatal, y (a la vez, pues), un sistema en el que su lógica, la lógica de la objetividad hacía posible la invalidación y en consecuencia la supresión del testimonio y de las responsabilidades, la neutralización de la singularidad de la solución final, en una palabra, ha producido la posibilidad de la perversión historiográfica que ha podido dar lugar tanto a la lógica del revisionismo (digamos del tipo Faurisson por decirlo rápidamente) como a un objetivismo positivista, compartista o relativista (como el que se liga ahora al *Historikerstreit)* según el cual la existencia de un modelo totalitario análogo y exterminaciones anteriores (el Gulag) explica la solución final, incluso la «normaliza» como un acto de guerra, una respuesta estatal clásica en tiempo de guerra contra los judíos del mundo que, en suma, como un quasi Estado, habrían declarado la guerra al Tercer Reich por la boca de Weizmann en septiembre de 1939.

Desde este punto de vista, B. habría considerado quizás vano y sin pertinencia, en todo caso sin pertinencia a la medida del acontecimiento, todo proceso jurídico del nazismo y de sus responsabilidades, todo aparato judicial, toda historiografía que siguiese siendo homogénea al espacio en el que el nazismo se ha desarrollado hasta la solución final, toda interpretación basada en conceptos filosóficos, morales, sociológicos, psicológicos o psicoanalíticos, y sobre todo en conceptos jurídicos (en particular los de la filosofía del derecho, ya sea de estilo aristotélico o del estilo de la *Aufklärung).* B. habría considerado quizás vano y sin pertinencia, en todo caso sin pertinencia a la medida del acontecimiento, toda objetivación histórica o estética de la solución final que siguiese perteneciendo, como toda objetivación, al orden de lo representable e incluso de lo determinable, del juicio determinante y decidible. Recordad lo que decíamos hace un momento: en el orden de la mala violencia del derecho, la mitología, el mal consistía en una cierta indecidibilidad, en esto de que no se pudiese distinguir entre la violencia

fundadora y la violencia conservadora, puesto que esa corrupción era dialéctica y dialécticamente inevitable, mientras que el juicio teórico y la representación eran allí determinables y determinantes. Por el contrario, desde que se abandona ese orden, la historia comienza -y la violencia de la justicia divina-, pero nosotros, los hombres, no podemos medir con la cosa juicios, es decir, también, interpretaciones decidibles. Lo cual quiere decir también que la interpretación de la solución final, como de todo lo que constituye el conjunto y la delimitación de los dos órdenes (mitológico y divino) no está a la medida del hombre. Ninguna antropología, ningún humanismo, ningún discurso del hombre sobre el hombre o incluso sobre los derechos del hombre, puede medirse ni con la ruptura entre lo mítico y lo divino, ni, en consecuencia, con esa experiencia límite que es un proyecto como la solución final que intenta pura y simplemente aniquilar lo otro de la violencia mítica, lo otro de la representación, la justicia divina y lo que puede dar testimonio de ésta, es decir, el hombre en tanto es el único ser que, no habiendo recibido su nombre de Dios, ha recibido de Dios el poder y la misión de nombrar, de dar él mismo un nombre a su semejante y de dar un nombre a las cosas. Nombrar no es representar, no es comunicar mediante signos, es decir, por medio de medios con vistas a un fin, etc. Dicho de otro modo, la línea de esta interpretación formaría parte de la terrible y abrumadora condena de la *Aufklärung* que Benjamin había formulado ya en este texto de 1918 publicado por Scholem en 1963 para el 60 aniversario de Adorno.

Esto no quiere decir que haya simplemente que renunciar a la Ilustración y al lenguaje de la comunicación y de la representación en provecho del lenguaje de expresión. En su *Diario de Moscú*, en 1926-1927, B. precisa que la polaridad entre los dos lenguajes y sus respectivos dominios no puede mantenerse ni ponerse en práctica en estado puro, sino que el «compromiso» es necesario o inevitable entre ellos. Pero eso sigue siendo un compromiso entre dos dimensiones inconmensurables y radicalmente heterogéneas. Esta es quizás una de las lecciones que podríamos sacar aquí, la fatalidad del compromiso entre órdenes heterogéneos, y eso en nombre de la justicia que ordenaría obedecer a la vez a la ley de la representación (*Aufklärung*, razón, objetivación, comparación, explicación, consideración de la multiplicidad y así de la puesta en serie de los únicos) y a la ley que trasciende la representación y sustrae lo único, toda unicidad, a su reinscripción en un orden de generalidad o de comparación.

Lo que, para terminar, encuentro más temible, incluso insoportable, en este texto, más allá incluso de las afinidades que conserva con lo peor (crítica de la *Aufklärung*, teoría de la caída y de la autenticidad originaria, polaridad entre lenguaje originario y lenguaje decaído,

crítica de la representación y de la democracia parlamentaria, etc.) es finalmente una tentación que dejaría abierta, y especialmente para los supervivientes o para las víctimas de la solución final, sus víctimas pasadas, presentes o potenciales. ¿Qué tentación? « de pensar el holocausto como una manifestación ininterpretable de la violencia divina en cuanto que esta violencia divina sería a la vez aniquiladora, expiadora y no-sangrienta, dice B., una violencia divina que destruiría el derecho en el curso, y aquí recito a Benjamin, de un «proceso no-sangriento que golpea y redime». («Como ejemplo de la violencia del tribunal divino, se pasa de la leyenda de Niobe a la banda de Koraj -*Números,* XVI, 1, 35-. Aquí alcanza esta violencia a privilegiados, levitas, y los alcanza sin anuncio previo, sin que medie amenaza; golpea y no se detiene ante la aniquilación. Pero no deja de percibirse que esta violencia es en sí misma redentora, ni oculta la profunda relación entre su carácter incruento y esa cualidad redentora»). Cuando se piensa en las cámaras de gas y en los hornos crematorios, esta alusión a una exterminación redentora porque no sangrienta hace temblar. Aterroriza la idea de una interpretación que haría del holocausto una expiación y una firma indescifrable de la justa y violenta cólera de Dios.

Es en ese punto cuando este texto, a pesar de toda su movilidad polisémica y todos sus recursos de inversión, me parece finalmente que se parece demasiado, hasta la fascinación y el vértigo, a aquello mismo contra lo que hay que actuar y pensar, contra lo que hay que hacer y hablar. Este texto, como muchos otros de Benjamin, sigue siendo demasiado heideggeriano, mesiánico-marxista o arqueo-escatológico, para mí. No sé si de esa cosa sin nombre que se llama la solución final se puede sacar algo que merezca todavía el nombre de enseñanza. Pero si hubiese una enseñanza que sacar, una enseñanza única entre las enseñanzas siempre únicas del asesinato, aunque sea singular, de todos los exterminios colectivos de la historia (pues cada asesinato individual y cada asesinato colectivo es singular, y así infinito e inconmensurable) la enseñanza que podemos sacar hoy -y si podemos, debemos-, es que debemos pensar, conocer, representarnos, formalizar, juzgar la complicidad posible entre todos estos discursos y lo peor (aquí la solución final). Esto define, a mis ojos, una tarea y una responsabilidad cuya tematización no he podido leer ni en la «destrucción» benjaminiana ni en la «Destruktion» heideggeriana. Es el pensamiento de esta diferencia entre esas destrucciones por una parte, y una afirmación deconstructiva por otra parte, lo que me ha orientado esta tarde en esta lectura. Es ese pensamiento lo que me parece dictar la memoria de la solución final.

(Trad. de Adolfo Barberá y Antonio Peñalver).

△

DOXA-11 (1992)

SOBRE LOS MODOS DE CONOCER EL DERECHO. O DE CÓMO CONSTRUIR EL OBJETO JURÍDICO.

Comencemos con un pequeño experimento. Leamos los siguientes textos de un reputado sociólogo, pero dejemos como incógnita, inicialmente, el objeto al que sus afirmaciones se refieren y que representaré como «*».

1. «Desde el punto de vista sociológico el * cumple funciones coordinadoras e integradoras. En estadios más primitivos, las funciones sociales de coordinar e integrar solían ejercerlas ciertos personajes como los sacerdotes o los reyes».

2. «Como muchas otras habilidades sociales, la determinación del * se desarrolló hasta su nivel actual a través de los siglos, en estrecha relación con el crecimiento de exigencias sociales muy concretas, entre las que, en primer término, se encuentra la necesidad humana de coordinar y sincronizar la serie de actividades entre sí».

3. «Así pues, lo que llamamos es, en primer lugar, un marco de referencia que sirve a los miembros de un cierto grupo y, en última instancia, a toda la humanidad, para erigir hitos reconocibles, dentro de una serie continua de transformaciones del respectivo grupo de referencia».

Seguramente se nos ocurrirán distintas hipótesis para despejar el interrogante acerca del objeto al que aluden estas frases. Parece, en efecto, que se ha de tratar de un objeto social, que se produce y se transforma con el cambio y la evolución de los grupos humanos, pero al que se dota en cada momento de una apariencia objetiva tal que semeja poseer una realidad permanente e inmutable. En realidad, el autor de los textos es Norbert Elias y trata en ellos de la idea del tiempo (sustitúyase el signo «*» por el término «tiempo»), precisamente en su

obra *Sobre el tiempo*[1]. Pero, ¿no se nos pudo ocurrir que se refería al derecho? ¿No se suelen presentar con la misma apariencia de objetividad, necesidad y certeza los productos jurídicos, fruto, en realidad, de una elaboración social contingente y condicionada, y construidos y explicados con el instrumental lingüístico que proporcionan no sólo la teoría jurídica, sino también las demás ciencias, conocimientos y creencias socialmente vigentes en cada momento?

Permítase un último texto de Elias, referido a su tema, pero que avanza una hipótesis general sobre los mecanismos de sustantivización objetivante que pudiéramos entender operantes también, a menudo, al hablar del derecho.

«Al reflexionar sobre el problema del tiempo, no es difícil que nos equivoque la forma sustantivada del concepto. Ya en otro lugar indiqué que hablar y pensar con sustantivos objetivantes, como suele hacerse, dificulta mucho la percepción del nexo entre eventos. Esta convención del lenguaje recuerda un poco la tendencia de los antiguos, todavía no desaparecida por completo, de personificar las abstracciones. El obrar con justicia se convirtió en la diosa justicia. Hay muchísimos ejemplos de la coacción que un lenguaje social normalizado ejerce sobre el individuo hablante para que emplee sustantivos objetivantes. Piénsese si no en frases como «el viento sopla» o «el río fluye», como si el viento fuera otra cosa que el soplar y el río distinto del fluir. ¿Hay acaso un viento que no sople y un río que no fluya?»[2]

¿No cabría entender que la misma mecánica social de objetivización de lo que no es sino un producto más de los mecanismos de la comunicación social, se esconde tras afirmaciones como la de que «el derecho obliga», como si realmente pudiera existir un derecho que no obligase?

Precisamente lo que aquí pretendo sostener es que el derecho es un producto social que se constituye en el seno de la comunicación lingüística. Según esta tesis, el derecho obtiene su objetividad esencial en sus encarnaciones lingüísticas y su correspondiente reflejo en el imaginario social. Con una fórmula un tanto paradójica, me atrevería a decir que, bajo esta óptica, el derecho es lo que se dice sobre el derecho. Y si esto es así, si el objeto derecho se constituye y se recrea permanentemente

---

[1] Elias, N., *Sobre el tiempo,* México, etc., Fondo de Cultura Económica, 1989, trad. de G. Hirata, 1989. Los textos citados se encuentran, respectivamente, en págs. 64, 136, 84.

[2] Elias, N. *op. cit.,* p. 53.

al hablar de él[3], a tal constitución contribuye todo discurso sobre el derecho que pueda tener efectos sobre la forma ulterior de entender y vivir lo jurídico en la sociedad correspondiente, bien sea porque se consolide, bien porque se modifique en algún punto la imagen del sistema jurídico socialmente vigente y operante. Y esto vale lo mismo para el discurso dogmático que para el discurso de las ciencias sociales sobre el derecho; lo mismo, como trataré de nuevo de fundamentar más adelante, para las afirmaciones que sobre el derecho se realizan desde los llamados, desde Hart, puntos de vista interno o externo. Únicamente aquel discurso que se pueda acreditar como perfectamente irrelevante en cuanto a su repercusión o sus consecuencias sobre el objeto derecho, sobre el que versa, se podrá entender como externo o carente de una dimensión de relevancia jurídica.

¿Acaso, tras el ropaje de la cientificidad, no son y no se pretenden influyentes sobre el modo de concebir y de practicar el derecho, discursos acerca de la opinión social sobre las normas, o sobre los condicionamientos clasistas de su aplicación, o sobre la admisibilidad o no en un derecho justo de desigualdades sociales jurídicamente sancionadas? Y más claramente aún ¿no está toda la operatividad de las llamadas fuentes del derecho, cualquiera que sean las que como tales funcionen en un determinado sistema jurídico, mediatizada no sólo por una serie de factores históricos y objetivos, sino también y necesariamente por su imbricación en una teoría del derecho dominante, de forma que cabe entender que ningún sistema de fuentes puede constituirse y operar sin una teoría del derecho anterior o, cuando menos, simultánea, que lo justifique frente a otros sistemas posibles?

Ciertamente no es esa una característica original ni exclusiva del derecho y de la teoría jurídica que lo crea y recrea. El mismo ejemplo de la idea y la vivencia social del tiempo, con el que comencé, lo muestra así. Y existe toda una larga lista ya de teorías sociales que se pueden invocar en apoyo de esta idea de «construcción social de la realidad», desde Wittgenstein a la sociología fenomenológica o la etnometodología, o desde Habermas y su reinterpretación del concepto de «mundo de la vida» hasta Luhmann y su idea de la recursividad de los (sub)sistemas sociales, que generarían incluso sus propias teorías como parte

[3] «La vivencia de los procesos sociales constituye una parte integrante del mismo proceso. No sucede así, por el contrario, respecto de lo que llamamos «naturaleza», es decir, del plano físico del Universo» (Elias, N., *op. cit*., p. 91). Y la analogía con el tiempo, como producto social, sigue siendo ilustradora: «Ha de afirmarse con certeza que la actividad de determinar el tiempo y el concepto del tiempo no deben considerarse de manera aislada, pues pertenecen indivisiblemente a una imagen global que los hombres poseen acerca de su mundo y de las circunstancias en que viven» (*ibid*., p. 195).

del proceso que produce en cada sistema su particular «sentido», a fin de hacer posible la constitución de sus elementos mediante sus elementos. Pero lo que creo que en buena parte está por hacer es una aplicación de esos enfoques al derecho y entre los juristas.

En efecto, atender como criterio preferente al de la incidencia del discurso sobre su propio objeto, puede ofrecer una doble virtualidad a la hora de clasificar y evaluar el conocimiento del derecho. Por un lado, rompe con una división que creo en buena parte falaz o «ideológica», en el sentido de inducida por requisitos funcionales del sistema jurídico y del sistema social en general (incluido el sistema académico) y no producida por objetivos e ineludibles requisitos epistemológicos o metodológicos. Me refiero a la división entre conocimiento dogmático, o práctico, o «interno» del derecho, por una parte, y conocimiento científico o «externo», por otra. Si todo discurso sobre el derecho puede influir sobre el modo de entenderse y operar el derecho, si todo discurso sobre el derecho, incluso el que se pretende meramente descriptivo, coadyuva a la modelación del objeto sobre el que versa o al que describe, tenemos que no sólo la ciencia «del derecho, sino también la ciencia «sobre» el derecho están comprometidas en y con la práctica del derecho, en su permanente creación y recreación social.

Con ello se rompería, al menos en parte, el esquema «ideológico» con el que se justifican tanto las divisiones epistemológicas habituales cuando se habla del estudio del derecho como la ubicación social y política de los juristas. Así, acostumbramos a establecer una gradación en la responsabilidad por los productos jurídicos (normas generales, sentencias, dictámenes, teorías) a tenor de la cual toda responsabilidad en la creación del derecho es política y radica fuera de los límites en los que los operadores jurídicos y los científicos del derecho se desenvuelven. Frente a esa responsabilidad meramente política en la configuración del derecho, los operadores jurídicos (jueces, abogados, burócratas...), trabajarían con un material que en todo o en su mayor parte les viene dado y acabado, por lo que estarían en amplia medida exentos de responsabilidad respecto de los contornos del producto con que proceden. Y, más allá, prácticamente liberados de modo pleno de una tal responsabilidad, se hallarían quienes estudian el derecho, ya sea en clave «dogmática» o «científica» ocupados en describir lo que sería una realidad plenamente preexistente a su discurso.

Pero ¿no hay algo de incoherente en el intento de presentar esta visión distanciada y objetivista de la teoría del derecho respecto de su objeto y, al mismo tiempo, continuar con la práctica habitual, tanto entre «dogmáticos» como entre «científicos» del derecho, de introducir la crítica a las normas vigentes, o a su interpretación dominante, o a la línea jurisprudencial o a la interrelación entre derecho y sociedad? ¿No

se contiene en toda crítica del derecho que no quiera ser artificio intelectual gratuito, una intencionalidad «política» y un tácito reconocimiento de que la teoría tiene alguna virtualidad conformadora sobre su propio objeto? Tal parece a veces como si la teoría del derecho, en cualquiera de sus manifestaciones, dogmáticas o científicas, se escudara en su condición de teoría para no asumir la parte de responsabilidad que le toca en la configuración de la práctica jurídica, o para presentar el producto de su crítica con la misma pátina de necesidad con que supuestamente se plantea el derecho «objetivo» criticado, si bien frente a esa necesidad o intangibilidad «jurídica» de éste, se opondría la necesidad o verdad «científica» de la crítica. Pero en los campos en que la práctica no puede constituirse y subsistir sin la teoría, la descomposición y separación total de teoría y práctica a efectos epistemológicos, no puede conducir más que al ocultamiento de los mecanismos «teóricos» que mueven la práctica, a la sustancialización u ontologización de los conceptos con que en esa práctica se opera y, en suma, al camuflaje de los resortes operativos del sistema jurídico. Y ahí puede manifestarse con toda su fuerza la paradoja: la más crítica de las teorías del derecho puede desempeñar el mismo papel de respaldo o sanción del orden jurídico constituido que la más apologética de las doctrinas sobre el mismo.

Y no se trata de que en lo que estoy diciendo privilegie el valor de la crítica por la crítica, o la necesidad de que al vigente sistema jurídico-político se le oponga cualquier alternativa, elaborada o puramente quimérica, en nombre de la crítica. No hay que descartar a priori que vivamos en el mejor de los mundos jurídicos posibles. Pero si se puede aspirar a que, tanto para el mantenimiento como para el cuestionamiento de sus estructuras, la teoría sea consciente de su verdadero papel. Al menos el conocimiento y su teoría habrán avanzado si dejan de ser meros resortes funcionales e inconscientes de aquellas estructuras y se plantean en términos conscientes su componente político y de co-responsabilidad. Por ejemplo, se podrá seguir hablando de fuentes del derecho en el mismo sentido en que se hace, pero con la conciencia de que sólo a efectos analíticos o de un cierto lenguaje convencional cabe mantener divisiones tales, pues si el derecho es lo que se dice sobre el derecho, todo lo que se diga sobre los mecanismos de su creación estará creando esos mecanismos y, a la vez, condicionado por ellos. La doctrina que habla de las fuentes del derecho (y también cualquier afirmación vulgar o cualquier expresión legal o jurisprudencial al respecto) tiene que verse como fuente del derecho, o, por mejor decir, metafuente, fuente de las fuentes del derecho.

Lo importante del derecho es que funcione. El derecho llega a existir por una necesidad funcional del sistema social, no como producto

de la reflexión intelectual. Pero, en el momento en que los individuos tratan de gobernar aquel elemento organizador, valiéndose de la reflexión sobre el mismo, se plantea el derecho en términos de «validez»: deja de ser mecánica social irreflexiva o espontánea y pasa a ser producto de una teoría en cuanto a su conformación y funcionamiento, manteniéndose su función[4]; es decir, será derecho lo que opere como derecho bajo las condiciones de validez impuestas por el discurso teórico- práctico[5].

Si, como suele afirmarse, el derecho moderno tiene como uno de sus caracteres estructurales el de regular sus propios procedimientos de creación y legitimación[6] (una vez que se ha desvinculado suficientemente de su implicación en otros constructos sociales más amplios, como el mito, la tradición religiosa o moral, etc.), ocurriría que el discurso constitutivo de la realidad derecho pasa a ser un discurso exclusivo sobre el derecho[7]. En ese instante, el derecho se crea y recrea remitiéndose al propio derecho, que ha llegado a erigirse como sistema con ciertas notas o atributos que no son fruto de ningún azar o ley natural no mediatizada por el lenguaje, sino de teorías cristalizadas pero en permanente evolución, evolución que es la misma de los propios sistemas jurídicos. ¿Acaso puede entenderse la idea de un Estado, con su derecho, sin el concepto «teórico» de soberanía, y la evolución hacia nuevas formas de internacionalización del derecho sin los cambios en aquel concepto? ¿Y pueden pensarse los derechos fundamentales positivados sin todo el sustrato teórico en torno a derechos naturales o derechos humanos? Y las más aireadas de las teorías del derecho serían aquellas que mejor sirven de teorías «para» el derecho, para recrear o respaldar sus estructuras. Piénsese, por ejemplo, en la peripecia doctrinal de la Teoría pura kelseniana o, concretando más el ejemplo, en la

---

[4] Compárese esto con lo que respecto del discurso moral en general y su ineludible componente teórico en la etapa moral posconvencional, se sostiene en Habermas, J., *Gerechtiakeit und Solidarität*, en Edelstein, W., Nunner-Winkler, G., *Zur Bestimmung der Moral,* Frankfurt M., Suhrkamp, 1986, p. 294.

[5] Desde aquí pueden entenderse las caracterizaciones del derecho como la de Uwe Wesel: «si se quiere saber qué es el derecho, contémplese a los juristas: el derecho es lo que se desarrolla en las cabezas de los juristas. La pregunta acerca del derecho se responde de la mejor manera si se descubre cómo trabajan, dónde lo hacen y cómo se representa todo ello en sus cabezas» (Wesel, U., *Juristische Weltkunde,* Frankfurt M., Suhrkamp, 1984, p. 7).

[6] Por ejemplo, véase Blanke, Th., *Recht. System und Moral -Vorüberleaungen zu einer ökologischen Verfassungslehre*, en *Recht-Justiz-Kritik Festschrift für Richard Schmid,* Baden-Baden, Nomos, 1985, pp. 413 ss.

[7] Cfr. Habermas, J., Teoría de la acción comunicativa, vol. II, Madrid, Taurus, 1987, trad. de M. Jiménez Redondo, p. 265-266.

relación entre la doctrina de Kelsen sobre el derecho y el desarrollo, como elemento fundamental de los actuales sistemas jurídicos, del mecanismo de control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas.

Había dicho que este enfoque del derecho tiene dos virtualidades a la hora de abordar el tema de la epistemología jurídica, y que la primera de ellas consistía en la relativización de la diferencia entre teoría y praxis en el derecho. La segunda consistiría en ofrecer un nuevo baremo a la hora de calificar o clasificar esos conocimientos. Si decimos que la verdad de un discurso jurídico cualquiera es, más que su correspondencia con un estado de cosas presente, su éxito o influjo futuro, por cuanto que todo discurso sobre el derecho que no se pretenda irrelevante, tácita o expresamente cumple un papel en relación con la propia práctica del derecho que describe, las distintas teorías de lo jurídico se podrán catalogar precisamente desde esta óptica de su mayor o menor relevancia pragmática. Y primariamente no se trata de clasificarlas, por ejemplo, como conservadoras o progresistas, o como funcionales o críticas, según que su punto de mira se sitúe en el mantenimiento o transformación del orden jurídico vigente. Se trata más bien de medir su capacidad de incidencia sobre la realidad jurídica y el grado de su conciencia acerca de esa su imbricación con su objeto.

Así, las teorías del derecho se dibujarán como relevantes o irrelevantes. No todas las teorías irrelevantes en relación con el derecho carecen de justificación. Irrelevante para el derecho puede ser una teoría histórica que estudie, por ejemplo, el derecho de los antiguos egipcios sin que de ella se siga o se pretenda extraer consecuencia ninguna para derechos actuales, pero con ello no se pierde la justificación histórica o científica de tal estudio. Pero quien lleva a cabo cualquier género de teoría de lo jurídico que tenga que ver de algún modo con el derecho operante en una sociedad, ya sea sistematizando sus conceptos, mostrando sus antecedentes históricos, analizando la implantación social de sus normas, etc., etc., está incidiendo sobre ese mismo derecho, está su teoría siendo relevante para el mismo, salvo, claro está, en los casos extremos en que como teoría jurídica se presenta algún género de enloquecida especulación, logomaquias sin contacto con realidad ninguna y para las que tampoco cabe esperar el más mínimo eco[8]. Pero, no siendo ese el caso, la etiqueta de mera teoría y de cientificidad sin contaminación práctica puede entenderse como ropaje ideológico o como desconocimiento

[8] Pero hasta eso puede ser funcional por pasiva: quienes así elucubran y cultivan la ficción no cuestionan ni varían de ningún modo la realidad. Que sigan (¿sigamos?), pues, cobrando.

de la constitución última del objeto cuyo análisis objetivo supuestamente se pretende.

Tenemos, así, que bajo esa perspectiva de la relevancia para la vivencia práctica del derecho en las sociedades, la cuestión, por ejemplo, de la presencia de unas u otras materias en los planes de estudio de derecho es susceptible de un análisis más fructífero que el que resulta de la mera divagación que sólo se pretende teórica. Si el derecho es lo que se dice sobre el derecho, quien controla qué, dónde y bajo qué etiqueta puede decirse acerca del derecho está controlando el único ser posible del derecho, su ser social.

Trataré de pormenorizar un tanto las tesis generales que acabo de exponer. Si hablamos de conocimiento jurídico, creo que se pueden diferenciar tres tipos básicos de conocimiento del derecho.

Cl. Implicación vivencial ordinaria. Llamo así a la percepción general que de lo jurídico tienen los miembros de una sociedad, como orden que se les impone y en que están insertos. Es ese conocimiento o percepción de la normatividad social y, dentro de ella, de ciertas normas e instituciones que se imponen con una especial fuerza compulsoria. Sería el conocimiento básico y común del derecho, necesario para que este pueda desplegar su función ordenadora de los conflictos sociales. Sea cual sea el tipo de ordenamiento jurídico de que se trate y su relación estructural con otros órdenes normativos vigentes en esa sociedad, el derecho necesita para su funcionamiento de un nivel básico de conocimiento y aceptación de sus reglas, mecanismos e instituciones, cualquiera que sea el resorte que mueva a esa aceptación. En este nivel básico, el derecho se percibe como una vivencia en la que ineludiblemente se está inserto o implicado, en cuanto miembro de un grupo. La vinculatoriedad de ese derecho no necesita asumirse a partir de una operación intelectual que fundamente su justicia, su racionalidad o su justificación última en la garantía de la libertad. El derecho, en este nivel, se vive y se «reconoce» como vinculante por cuanto que se percibe como ineludible. Es el modo normal y habitual en que para el conjunto de la sociedad opera el derecho. Pretender que su vigencia se ampara de hecho en el reconocimiento de su justicia parece un signo de idealismo, de «idealismo heroico»[9] quizá, loable, pero, desgraciadamente, desenfocado.

---

[9] Así califica Offe la doctrina habermasiana acerca de la base racional de la comunicación (Offe, C., *Bindung, Fessel. Bremse. DieUnubersichtlichkeitvon Selbstbeschränkungsformeln.* En *Zwischenbetrachtungen im Prozess der Aufkläruna,* ed. de A. Honneth, etc. Frankfurt M., Suhrkamp, 1989, p. 757).

Es posible, por supuesto, que se dé un cierto desfase entre el derecho que se vive en la práctica y el derecho institucionalizado como tal, que haya alguna distancia entre el derecho en la vida y el derecho en los libros, entre el derecho vivo y el derecho estatal, si de sociedades estatales hablamos; pero lo que importa es ver, en la pugna entre discursos que propugnan concepciones o realidades alternativas de lo jurídico, cuál triunfa y se impone efectivamente en la práctica social. Y en esta práctica, en la sociedad tanto de los operadores jurídicos como del común de los que se sienten sometidos al derecho, no se dará la esquizofrenia de sostener que vincula y se aplica un derecho que no es, sin embargo, el verdadero derecho en esa sociedad vigente. Sólo se tendrá por derecho en cada sociedad lo que se diga y funcione como tal, y allí, por ejemplo, donde el derecho natural se predique con éxito y repercusión práctica, será el derecho natural (es decir, lo que se entienda como tal) parte de lo que funcione y se reconozca como jurídico[10].

C2. Implicación operativa o práctica. Es el tipo de conocimiento de lo jurídico que aparece en los «aplicadores» del derecho u operadores jurídicos organizados, es decir, en quienes «pronuncian» el derecho con efectos prácticos inmediatos de mayor o menor alcance (jueces, abogados, legisladores, notarios, burócratas...). Aquí se da un primer camuflaje de la dimensión creativa del discurso jurídico, como antes se aludió, pues estas figuras operan casi siempre bajo la apariencia de que «pronuncian» un derecho que está escrito o fijado en otra parte. Incluso en el caso del legislador, se desdibuja la dimensión de creación libre o arbitraria de sus productos bajo su reconducción a la soberanía popular y el mandato social, o bajo la ficción epistemológica de la racionalidad del legislador[11], de un legislador que sería más portavoz de la razón que de sí mismo.

C3. Conocimiento teórico del derecho. Aquí se trataría de aquellos conocimientos del derecho que supuestamente no irían dirigidos a pronunciar el derecho, sino a pronunciarse sobre el derecho, preferentemente en clave analítica y descriptiva. En este apartado entiendo incluidas las doctrinas dogmáticas o de ciencia del derecho, en sentido

---

[10] Sirva como ejemplo de un enfoque en buena medida similar la siguiente cita de M. Perry: «To say that in American political culture the constitutional text is axiomatically authoritative in constitutional adjudication is to say that, in American politicallegal culture, the proposition 'the constitutional text is authoritative in constitutional adjudication' is not in question» (Perry, M. J. *Morality, Politics and Law: A Bicentennial Essay,* Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 286).

[11] Cfr. Ost, F., van de Kerchove, M., *Jalons pour une théorie critique du droit,* Bruselas, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 97 ss.

restringido, y las teorías y estudios del derecho en términos de ciencia social, como la sociología jurídica. Del porqué de esta común inserción he dado cuanta ya al sostener que todas ellas son corresponsables, aunque tal vez de modo diverso y en distinto grado, de la conformación última que el derecho asuma en la práctica.

Pues bien, la tesis que se sostiene sería que, en tanto entendemos el derecho primaria y originariamente como discurso, como discurso jurídico, como discurso sobre el derecho, C2 y C3 formarían parte de un mismo discurso constitutivo de lo jurídico y destinado a influir sobre C1. El derecho sería obra de quienes en C2 y C3 lo dicen, del hablar sobre él en esos niveles. Y de los discursos en pugna triunfaría aquel que consiguiera hacerse efectivo en C1, momento a partir del cual los operadores jurídicos no podrán ya perder de vista que el «derecho vivo», bajo la forma que sea, es aquel que es socialmente acatado y reconocido, por mucho que pueda ese reconocimiento resultar inducido desde los discursos operantes dentro del sistema jurídico mismo. Esto último, el reconocimiento consensual, como derecho, de lo operado dentro de ciertos mecanismos institucionales constituidos por el propio sistema jurídico, sería lo que viene a sostener Luhmann como específico del modo de imbricación social del derecho moderno, esto es, su «legitimación por el procedimiento» o anticipación del consenso social respecto de las decisiones que tengan lugar dentro de la mecánica procedimental e institucional del sistema jurídico diferenciado.

Lo que se viene a mantener aquí, en suma, es la unidad de fondo entre C1, C2 y C3, si bien con la salvedad de que el discurso en Cl jugaría un doble papel, al tiempo condicionante y subordinado. Condicionante, porque ineludiblemente todo discurso jurídico que no cristalice en práctica y vivencia social efectiva carecerá de relevancia y perderá precisamente esa condición de «juridicidad» o repercusión sobre el derecho. Y subordinado, porque desde el momento en que el derecho se va decantando, frente al sistema social como sistema diferenciado y autónomo, controlando por sí mismo tanto las claves de su propia legitimación formal como las remisiones al cuerpo social para su legitimación material, el discurso jurídico se especializa y autonomiza, con lo que los impulsos y posiciones provenientes del conjunto social le llegan tamizados por su propio sistema de filtros y controles y, en sentido inverso, sus construcciones intelectuales y sus creaciones llegan directamente a la sociedad bajo forma de derecho vinculante, ya sea como normas, como racionalización de esas normas (presentación como sistema, principios, valores...) o como descripción de una mecánica que parte de asumir ciertas prácticas y ciertas construcciones intelectuales como dadas en su condición de jurídicas y como criticables quizá, pero no cuestionables en su ser derecho.

Así pues, si nos preguntamos cómo es posible el conocimiento jurídico, tendríamos que en C1 la vivencia, la implicación vivencial, la incardinación biográfica en estructuras de normatividad jurídica prima sobre cualquier teorización. Más bien que conocimiento del derecho (en tanto que suspensión teórica de su fuerza vinculante y examen desde el punto de vista de sus condiciones pragmáticas de posibilidad o de alternativas posibles a lo que aquí y ahora se vive como derecho) es posible sólo «reconocimiento» del derecho, asunción de su fuerza inexcusable e incuestionable. Pero en C2 y C3 no cabe una separación como campos epistemológicamente diversos. Cabe, como máximo, entender que existe una división de papeles a la hora de constituir lo jurídico.

No hay un derecho producto exclusivo de C2, y menos aún de C1, preexistente a C3, a la teoría que lo explica o lo describe. En C2 hay ya un componente teórico esencial, es praxis con teoría presupuesta, y es la teoría, el discurso sobre el derecho, lo que constituye el propio objeto jurídico, principalmente en sus estructuras (configuración del ordenamiento como sistema, principios, valores, conceptos...), pero también en sus contenidos. Son los mismos juristas que «pronuncian» o describen el derecho los que lo crean. Bien sabido es a estas alturas que ni la jurisprudencia ni la dogmática tienen una función exclusiva o prioritariamente exegética, que los parlamentos legitiman políticamente (y es una realidad a la que por mucho que se relativice, no podemos renunciar) lo que juristas conforman en burocracias ministeriales o comisiones codificadoras integradas por los propios juristas dogmáticos o, excepcionalmente, por científicos del derecho, tal como desde hace pocas décadas viene mostrando la joven teoría de la legislación.

El derecho de que se habla lo establece la propia teoría al localizarlo, al crear un estado de opinión que se extiende al propio grupo social y que hace que el origen y caracteres de lo que se piensa y se sanciona como jurídico se sitúe en uno u otro plano de la realidad, vinculado a uno u otro género de realidades. Lo que se viene contemplando habitualmente como teoría y práctica del derecho son partes de una misma realidad conformadora de lo jurídico, si bien con orientación funcional diferente y, en ocasiones, distinto grado de generalidad en sus formulaciones. Una primera consecuencia de esto sería cuestionar la posibilidad misma de una auténtica «teoría» del derecho. Lo único puramente teórico que cabría sería una metateoría del derecho que analizase precisamente el modo como la teoría jurídica es parte de su mismo objeto, contribuye a la configuración del derecho mismo. Y aun de dicha metateoría podríamos cuestionarnos si realmente es ajena, en tanto que desvelación quizá de

mecanismos sociales de conformación del sistema jurídico, a cualquier influencia sobre la configuración posterior de dicho sistema. ¿Qué ulteriores consecuencias cabe derivar de las tesis expuestas?

En primer lugar, se podría avanzar una hipótesis que rompe con otro de los dualismos imperantes en la doctrina jurídica. Me refiero al dualismo que separa en el derecho entre objeto de legitimación, por un lado, esto es, una determinada configuración del sistema jurídico o los productos de éste, y discurso legitimador, por otro. Frente a ello, cabría suponer que dicha separación entre la legitimación y lo legitimado es parte del discurso legitimante que posibilita el funcionamiento del sistema jurídico. Se apunta, pues, una lectura intrasistemática de los discursos legitimatorios[12]. Pensemos, por ejemplo, en las construcciones doctrinales sobre los fundamentos del orden constitucional, sobre la justificación racional de los derechos fundamentales en cuanto derechos humanos, sobre el Estado de Derecho, sobre la justificación del castigo jurídico, etc. No existirían o no funcionarían de la misma forma las realidades de referencia de esos discursos sin el sostén de los discursos mismos.

Y, con carácter más general, se puede avanzar la hipótesis de que la autonomía del sistema jurídico, característica del derecho moderno, no se mantendría tampoco sin su continua recreación y justificación en discursos que, pretendiéndose meramente teóricos o descriptivos, la dotan de un fundamento o ropaje racional que permite mantener su operatividad. Permítaseme aludir sucintamente a tres recientísimas doctrinas referidas al derecho y que permiten ser interpretadas bajo esta óptica.

a) Luhmann exacerba la autonomía del sistema jurídico[13]. El aumento de complejidad social, es decir, de eventos que acontecen y que

---

[12] El hecho es que el discurso platónico que inaugura la ciencia no es científico, y eso aunque intente legitimarla. El saber científico no puede saber y hacer saber lo que es el verdadero saber sin recurrir al otro saber, el relato, que para él es el no-saber, a falta del cual está obligado a presuponer por sí mismo y cae así en lo que condena, la petición de principio, el prejuicio» (Lyotard, J.F., *La condición postmoderna,* Madrid, Cátedra, 1984, p. 59). «La estabilidad de los órdenes legítimos depende entre otras cosas del factum de que se reconozcan sus pretensiones normativas. Y como quiera que esta validez social guarda una relación interna con las razones y, en términos generales, con el potencial de fundamentación que los sistemas de interpretación, las imágenes del mundo y las tradiciones culturales entrañan, resulta que la elaboración y, sistematización de las imágenes del mundo, que los intelectuales impulsan, tiene consecuencias empíricas» (Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa* I, Madrid, Taurus, 1987, trad. de M. Jiménez Redondo, p. 256). Véase también Luhmann, N., *Theorie der politischen Opposition,* en «Zeitschrift für Politik» 36/1989, p. 16.

[13] Vid. García Amado, J. A., *Introduction a l'oueuvre de Niklas Luhmann,* en «Droit et Societé» 11-12/1989, pp. 15-52.

requieren respuesta del sistema social, habría conducido a que del sistema social global o sociedad se hayan decantado, en el tránsito a nuestra época, subsistemas sociales que se especializan en el tratamiento de parcelas de esa complejidad, con lo que ya no tendrá el conjunto de la sociedad que ocuparse de cada problema, sino que será el sistema científico, por ejemplo, el que se apropie el tratamiento de las cuestiones que requieran ser enjuiciadas en términos de verdad o falsedad, o el sistema jurídico el que de modo exclusivo se reserve el otorgamiento de las notas de legalidad o ilegalidad. Pero esos sistemas se habrían constituido como sistemas cerrados, en cuanto que generan dentro de sí un sentido que los especifica y da a sus claves un alcance que sólo es tal bajo la óptica del propio sistema, de modo que desde el punto de vista de los demás sistemas no es sino parte de un «medio» (Umwelt) que en sí mismo no puede comprenderse por ningún sistema, y del que sólo se extrae por cada uno información en cuanto traducida a su código particular. Así, el sistema jurídico carece de las claves para entender de la verdad o falsedad de los enunciados, y sólo puede ocuparse de la legalidad o ilegalidad de los actos. Cada uno de esos (sub)sistemas se hace autónomo en tanto que opera recursivamente sobre sí mismo: constituye sus propios elementos mediante sus propios elementos. Así, las teorías que en el sistema científico se reputen verdaderas sólo se podrán seguir de otras teorías tenidas también por verdaderas y a tenor de los criterios de verdad que el propios sistema fija; y la legalidad de las normas con que se enjuician en derecho los actos sólo se afirma a partir de los criterios de legalidad que el sistema jurídico fija mediante otras normas. Y el propio Luhmann señala cómo esos sistemas generan teorías de sí mismos como parte de su propia recursividad[14], como uno de los resortes de fijación del sentido interno que a cada sistema especifica y permite la autonomía funcional de cada uno. Luhmann menciona al respecto, en lo que al sistema jurídico se refiere, la dogmática y la teoría del derecho.

Pero la obra de Luhmann deja abierto uno de sus interrogantes a la hora de ubicarse a sí misma en relación con su objeto, en este caso el derecho. Y en la medida en que pueda pretenderse, cuestión discutible, que es realmente sociología del derecho, queda en pie el tema de la incidencia entre tal disciplina, en su vertiente luhmanniana, y su objeto. Luhmann recabará para si la pertenencia al sistema científico o a un subsistema del sistema de la ciencia; o a un nuevo ámbito del conocimiento[15]. Pero todo ello y la afirmación de la autonomía de los sistemas

---

[14] Luhmann, N., *Soziologische Aufkläruna* 4, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, p. 143.

[15] La «cibernética de segundo orden» (Luhmann, N., *Neuere Entwicklunaen in der Systemtheorie,* en «Merkur» 42/1988, p. 297). Y hasta hace uso Luhmann de la

sociales, como el político o el jurídico, se compagina mal con las tomas de postura «valorativas» de Luhmann[16], con sus posturas de defensa de los órdenes vigentes[17], de la racionalidad o la justicia, por ejemplo, de un derecho moderno que nada tendría que ver en cuanto a su funcionamiento con la moral o con las claves operantes en otros sistemas, incluido el sistema científico.

Pero lo que aquí interesa recalcar es cómo Luhmann acentúa la autonomía del sistema jurídico y saca de ello incluso recetas prácticas relativas al modo más conveniente de operar en consonancia con dicha autonomía; por ejemplo, huyendo de la «programación teleológica» de las normas jurídicas[18], o evitando toda admisibilidad jurídica de cualquier género de desobediencia a las normas o de oposición efectiva al orden jurídico vigente, que no pase por la dinámica electoral bajo el esquema binario gobierno/oposición que preside el sistema político[19]. De este modo, el discurso de Luhmann sobre el derecho puede ser leído como un caso más de discurso que participa en la configuración del objeto que supuestamente se limita a describir. Por poner un ejemplo alejado de sus parámetros teóricos, pero con idéntico esquema de relación entre teoría y praxis, también la doctrina jusnaturalista parte de describir la presunta realidad última de lo jurídico para, en un segundo paso, aconsejar ulteriormente sobre la manera de hacer compatibles aquellos caracteres del objeto en su pureza con las concretas configuraciones del mismo en la práctica.

---

distinción entre punto de vista interno y externo sobre el derecho, puntualizando que la diferencia clave estaría en que desde este último es posible describir como autorreferencial al sistema observado, el jurídico, que es observado desde ese otro sistema ajeno a él (Luhmann, N., *The Sociological observation of the Theory and Practice* of *Law,* I en «European Yearbook in the Sociology of Law» 1/1988, p. 27).

[16] Sobre esa aparente contradicción entre el supuesto punto de vista externo adoptado por Luhmann y posición evaluativa frente a los sistemas que describe, Calhoun, C., *Social Theory und the Law: Systems Theory. Normative Justification, and Postmodernism,* en «Northwestern University Law Review» 83/1989, p. 458.

[17] Vid., por ejemplo, Luhmann, N., *Grundrechte als Institution,* Berlín, Duncker & Humblot, 1965, p. 181; *Sozioloqische Aufklarung I,* Opladen, Westdeutscher Verlag, 4ª ed., 1974, p. 108; *Gesellschaftsstrukur und Semantik II,* Frankfurt M., Suhrkamp, 1981, p. 42; *Oekologische Kommunikation,* Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, p. 207.

[18] Cfr. Luhmann, N., *Zweckbeqriff und Systemrationalitat,* Frankfurt M., Suhrkamp, 2ª ed., 1987, pp. 101 ss, 257 ss; *Sistema jurídico y dogmática jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, trad. de I. de Otto, pp. 61 ss.

[19] Vid. Luhmann, N., *Widerstandsrecht und politische Gewalt,* en «Zeitschrift fur Rechtssoziologie» 5/1984, pp. 36-45. Sobre el tratamiento de Luhmann a la desobediencia vid. García Amado, J.A., «Dos visiones de la desobediencia. Ética discursiva contra teoría de sistemas», en *Obliqaloriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1991, pp. 205 ss, esp. 234 ss.

b) Un segundo ejemplo, emparentado con el de Luhmann, podemos verlo en las aún más recientes doctrinas acerca del llamado «derecho reflexivo» que tienen su máximo paladín en Gunther Teubner. Para Teubner, el jurista, quien pretende regular la sociedad mediante el instrumental jurídico, tiene que partir de la realidad incontestable de que la sociedad se halla dividida en sistemas funcionales autónomos, cada uno de los cuales funciona a tenor de sus claves y constituye sus elementos mediante sus elementos, regulando sus propias operaciones. Es decir, se trata de sistemas autopoiéticos, en terminología que Teubner toma del último Luhmann. El jurídico es, pues, un sistema autónomo, pero no se puede perder de vista, ni siquiera desde el propio sistema jurídico, que los otros sistemas, sobre los que supuestamente la regulación jurídica ha de incidir, también son autónomos. El peligro que de ello se desprende es triple, planteándose así el ya famoso «trilema regulativo» de que habla Teubner. Toda práctica legislativa pondría en relación tres sistemas distintos y autónomos: el jurídico, el político y aquel que en cada caso se pretende regular. Un derecho que trate de incidir, mediante su regulación, sobre la dinámica interna de otros sistemas (como el económico, el científico, etc.) puede conducir o al predominio del sistema político en detrimento de la autonomía funcional de los otros sistemas implicados, dando lugar a desajustes con el sistema regulado y a la consiguiente falta de efectos sobre éste, tal como ocurriría siempre que la legislación trasluce sólo la llamada función simbólica del derecho; o al predominio del sistema jurídico, igualmente pernicioso por dar lugar a una «sobre legalización» de la sociedad, con efectos desintegradores de la autonomía de los sistemas regulados; o, como tercera posibilidad del trilema, a la supremacía de los propios sistemas sociales que se pretendía regular, lo que conllevaría una «sobresocialización» del derecho y efectos de descomposición de sus propias estructuras, como sucedería cuando su perspectiva propia se ve asaltada por las claves económicas o políticas, etc.»[20].

Sentada esa autonomía, tanto del jurídico como de los demás sistemas, lo que Teubner propone es un modelo de derecho que, a fin de evitar cualquiera de esos efectos negativos expresados en el trilema, se oriente al cumplimiento de su función de regulación social mediante una práctica normativa que no trate de incidir de modo directo en el funcionamiento interno de ninguno de los sistemas, sino que establezca y asegure únicamente las condiciones contextuales que permiten y

[20] Cfr. Teubner, G., *Das Requlatorische Trilemma. Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle,* en «Quaderni Fiorentini per;a Storia del pensiero giurídico» 13/1994, pp. 128 ss; *After L. aal Instrumentalism? Strategic Models of Post- Regulatory Law*, en «International Journal of the Sociology of Law» 12/1984, pp. 311 ss.

facilitan la operatividad autónoma de cada uno. El único objeto posible de la normación jurídica sería la propia autonomía de los sistemas, que sería así una «autonomía regulada». Se trataría de establecer mecanismos procedimentales para la autorregulación de los sistemas, de manera que éstos puedan maximizar su racionalidad interna mediante los adecuados procedimientos de formación de consenso y decisión colectiva. De ahí que el contenido de esas regulaciones jurídicas consista fundamentalmente en normas organizativas, de procedimiento y de reparto de roles directivos y derechos de participación[21].

Tal parece, si se me permite la analogía, que el derecho debiera contemplar a cada uno de los restantes sistemas como una especie de sociedad anónima cuya organización se regula pero cuya autonomía decisoria se respeta por encima de todo. Al derecho estatal le estaría desaconsejada (como consecuencia del conocimiento de la autonomía con que cada sistema ha de funcionar y que se ha de respetar si se quiere evitar su crisis) cualquier intervención directa sobre sistemas como el económico. Sólo sería admisible una regulación indirecta, consistente en el «condicionamiento de las condiciones circunstanciales sobre las que se basan los respectivos procesos reflexivos»[22], en la «dirección por medio de mecanismos descentralizados de autodirección, respecto de los que el derecho estatal únicamente regula las condiciones de su marco»[23].

Pensemos en el bien conocido papel que en el proceso teórico que conduce a la afirmación de la autonomía de los sistemas jurídicos modernos juega la filosofía kantiana y en el componente de kantismo que se mantiene en alguna de las elaboraciones teóricas prototípicas de tal idea, como la de Kelsen. Y comparemos con las tesis de Kant, aunque sea de modo trivial y apresurado, algunas de estas ideas que se vienen exponiendo. ¿No recuerda a Kant la idea luhmanniana de que cada sistema sólo puede contemplar la realidad exterior a él, su medio circundante, con arreglo a sus propias claves identificadoras, a tenor de su especifico código, de manera que ninguno puede ver la realidad en sí y al margen de una óptica sistémica determinada, y de manera también que no existe ningún sistema privilegiado, ni siquiera el político, que posea de la sociedad una visión o comprensión de

---

[21] Cfr. Teubner, G.,*Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, en «ARSP» 68/1982, pp. 28, 49-50, 55; *Das Regulatorische Trilemma,* cit., p. 123.

[22] Teubner, G., *Aspetti. limiti. alternative della legificazione*, en «Sociología del Diritto» 12/1985, p, 29.

[23] Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1989, p.85.

conjunto y perfectamente objetiva[24], libre de determinaciones de la perspectiva por los requisitos funcionales del sistema desde el que se observa? Y ese derecho reflexivo de que habla Teubner tal parece un reflejo de aquella función que Kant asignara al derecho como garante de la libertad de cada sujeto, del libre despliegue de sus potencialidades autónomas como sujeto moral, si bien es cierto que en el caso de Teubner (y en el de Luhmann) el sujeto cartesiano, individual, en que pensaba Kant, parece haber sido reemplazado por el sistema autopoético, de manera que el derecho en última instancia se justificaría como garante de la libertad de los sistemas sociales funcionalmente diferenciados para desplegar sus potencialidades de funcionamiento. Se estaría reemplazando así, en la justificación y configuración del derecho, el paradigma del sujeto individual autónomo por el del sistema autónomo, pero manteniendo en lo demás el esquema clásico, de forma que también podríamos parafrasear a Rousseau y decir que se trata de hallar un derecho o un orden social en el que cada sistema al obedecer al derecho no se obedezca más que a sí mismo[25], de forma que ningún sistema extraeconómico interfiera en la economía, ninguno ajeno a la dinámica electoral de gobierno y oposición en la política, etc.

Teubner insiste en lo desenfocado de las lecturas políticas y economicistas de sus tesis, alegando que no es la suya prioritariamente una toma de postura en el debate jurídico-político, sino una propuesta de funcionamiento para el derecho, consiguiente a la toma de conciencia de que, antes de regular la sociedad, el derecho ha de partir del conocimiento objetivo del modo de funcionar esa sociedad, modo que el propio derecho ha de asumir y no puede por sí mismo modificar[26]. Pero, pese a esa insistencia, es difícil sustraerse a la tentación de ver en esta doctrina algo más que una descripción objetiva y distanciada de la realidad funcional del derecho, de ver en ella también una toma de postura en la lucha entre discursos opuestos, tendentes a configurar de uno u otro modo la realidad jurídica[27]. Teubner, con su particular versión

---

[24]Luhmann, N., *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat,* Munich/Viena, Olzog, 1981, p. 121.

[25] Una analogía similar con las doctrinas rousseaunianas acerca del contrato social como mecanismo de compatibilización de la libertad individual con el gobierno de la colectividad, insistiendo en la sustitución del sujeto individual por el sistema autorregulado, se puede ver también en: Blanke, Th., *Verrechtlichunq von Wirtschaft. Arbeit und Sozialer Solidarität,* en « Kritische Justiz» 21/1988, p. 200.

[26] Teubner, G., *Recht als autopoietisches System,* cit., pp. 85-86.

[27] El mismo Teubner parece participar de este enfoque, pues reconoce que las expresiones «derecho formal», «derecho material», «derecho reflexivo», etc. no aluden a teorías científicas, sino que son, como expresamente dice, «modelos estratégicos

de la autonomía del sistema jurídico, estaría proponiendo también un determinado derecho, estaría coadyuvando, con mayor o menor éxito, a ese mecanismo discursivo de creación de la realidad jurídica. Y el triunfo práctico de sus tesis significaría, sin duda, un modo particular de legislar, de entender la función del Estado y, sobre todo, de dar prioridad en la dirección social a la dinámica interna de sistemas como el económico. Al fin y al cabo, la sospecha de neoliberalismo o economicismo en estas posturas se manifiesta con particular claridad en su insistencia en la necesidad de frenar las pretensiones dirigistas de la política y el derecho, desconociendo, o no poniendo suficientemente de relieve, que idénticas pretensiones, y seguramente más eficaces, caben en otros sistemas, como el económico. Tal parece como si bastara con neutralizar la política y su arsenal jurídico, para asegurar una sociedad armónica, de sistemas angélicos, y regida, como no, por la «mano invisible»[28].

Como tercer ejemplo, de interpretación de teorías que se pretenden del derecho como teorías que, sin embargo, de algún modo se comprometen con o en el derecho tal como existe y se practica, podemos citar las llamadas teorías de la argumentación jurídica, fundamentalmente en su versión alemana, que tienen su mejor expresión en la *Theorie der juristischen Argumentation* de Robert Alexy y su principal mentor filosófico en Habermas.

El mismo Habermas dedica en los últimos tiempos una atención creciente a la problemática teórica del derecho. Para Habermas, del discurso práctico, que versa sobre pretensiones de corrección normativa, forman parte tanto el discurso moral como el jurídico. En ambos opera el supremo principio de la ética discursiva, que no es otro que una cierta versión del principio de universalización. Se entiende que la fuente primaria que posibilita el orden social, la existencia de sociedad, es el lenguaje, la comunicación lingüística, y que ésta, a su vez, implica

---

dederecho», que asumen teorías sociológicas del derecho y las transforman en «construcciones jurídicas de la realidad social» (Teubner, G., *Das Regulatorische Trilemma,* cit., pp. 111-112). Más aún, en palabras del mismo autor, «tales conceptos del derecho son modelos jurídicos internos al derecho-en-la-sociedad, cuya función principal consiste en utilizar la identidad del derecho a fin de desarrollar criterios para su transformación (*ibid*., p. 112). Tales modelos estarían más allá de las teorías científicas falsables, y «sólo la praxis jurídica misma puede decidir sobre el éxito de tales modelos concurrentes» *(ibid.,* pp. 115- 116).

[28] Para un examen más amplio de las tesis de Teubner, y también de Willke, así como su comparación con la doctrina de Luhmann, cfr. García Amado, J. A., *Sociología sistémica y política legislativa*, en «Anuario de Filosofía del Derecho» 5/1988 (nueva época), pp. 243-270.

necesariamente en su práctica ciertos presupuestos pragmáticos o condiciones trascendentales o cuasi trascendentales de posibilidad, consistentes fundamentalmente en que todo hablante presupone, por el hecho mismo de comunicarse con otro, que a su acción comunicativa le es inmanente el «telos» del acuerdo, que el sentido último del acto de habla es la consecución de un entendimiento o consenso que sea fruto únicamente de la libre ponderación de los argumentos en litigio. Así, al lenguaje le subyace como presupuesto la posibilidad de un acuerdo racional, y se actuará tanto más en consonancia con esos presupuestos que tácitamente se asumen al comunicarse, y se incurrirá tanto menos en contradicción pragmática con los mismos, cuanto más se posibilite el despliegue efectivo de esa comunicación y acuerdo racionales y libres de toda coacción, cuanto más se aproximen las comunidades reales en que la comunicación transcurre, a la comunidad ideal de comunicación en que se proyecta la imagen de una plena realización de los presupuestos racionales del habla. Pues bien, Habermas piensa que el discurso jurídico participa de los caracteres generales del discurso práctico o normativo, y que para la racionalidad de sus normas y valoraciones opera el mismo principio de la ética discursiva, expresado en este caso en la idea de que toda norma válida ha de satisfacer la condición de que puedan todos los afectados libremente aceptar las consecuencias y los efectos secundarios que del cumplimiento general se deriven para la satisfacción de los intereses de cada uno.

Pero existiría una peculiaridad de lo jurídico, consistente en el funcionamiento de un doble principio de validez. Junto a la validez racional o justicia de las normas opera en los derechos modernos un modo de validez que les es propio: la validez como legalidad, la validez positiva del derecho. Con ello se desplaza la cuestión del fundamento racional y la acción del discurso práctico en relación con el derecho. Así como en el campo moral cuestionar una valoración supone discutir acerca de la norma en que se basa y analizar esa norma desde el punto de vista de su racionalidad, es decir, de su aptitud para alcanzar un consenso general, en el derecho, cuestionarse sobre el valor normativo de un acto jurídico no es en primer lugar examinar la racionalidad o justicia de la norma respectiva, sino su mera legalidad, su concordancia con el ordenamiento jurídico positivo del que forma parte. Y sólo cuando se discute ese mismo ordenamiento, lo que es tanto como decir, sólo cuando se cuestionan los fundamentos o pilares del ordenamiento jurídico, se penetra en el ámbito del discurso práctico. Por tanto, de las normas o actos en derecho moderno se predicaría su legalidad, pues su justicia o injusticia dependerán de los caracteres del ordenamiento y se medirán a la luz de éstos y no discutiendo directamente la justicia de la

norma en particular. Y un ordenamiento es justo y racional, para Habermas, precisamente en la medida en que institucionaliza los postulados de la ética discursiva, es decir en la medida en que provee procedimientos de creación normativa que hacen que las normas que en él se produzcan como legales se puedan entender también como racionales, como justas, en cuanto expresión de un acuerdo libre y, por tanto, de un interés general.

Tenemos así que en Habermas se sanciona la autonomía del derecho respecto de los otros órdenes sociales y se posibilita el distinguir entre lo que es la validez interna o legalidad de las normas y su validez racional o justicia[29], que lo será la del ordenamientos respectivo, por mucho que, precisamente por esto último, insista Habermas en lo erróneo de la separación tajante, propia del positivismo, entre derecho y moral[30]. Pero, además, Habermas ve en los caracteres del derecho moderno la mejor realización de los postulados de la ética discursiva, justifica sus notas estructurales como expresión de la victoria de esos postulados, precisamente en el campo jurídico, en la edad moderna[31]. A esto se añadiría el que, como mecanismo discursivo, el jurídico posee sobre el moral la ventaja de proporcionar soluciones para problemas tales como el de la delimitación temporal y procedimental de la discusión, evitando su prolongación infinita sin decisión y, además, institucionaliza

[29] Se ha tratado de compatibilizar por esta vía la perspectiva sistémica o funcional con la habermasiana, la racionalidad instrumental con la racionalidad discursiva, identificándolas respectivamente con el punto de vista interno y externo sobre el derecho. De este modo, las dos teorías legitimatorias del derecho moderno, aparentemente opuestas en sus enfoques y presupuestos, se harían simultáneamente utilizables por la teoría que refleja y refuerza ese derecho (Véase Gunther, K., *The Idea* of *Impartiality and the Functional Determinacy of the Law,* en «Northwesetrn University Law Review» 83/1989, pp. 169 ss; Aamio, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification,* Dordrecht, etc., Reidel, 1987, pp. 231 ss). Hasta qué punto puede ser esta una mixtura difícilmente compatible con los planteamientos originarios de Habermas o Luhmann puede verse, por ejemplo en Habermas, J., Teoría de la acción comunicativa II, cit., p. 213-216.

[30] Habermas, J., *Wie ist Legitimitat durch Legalität möglich?,* en «Kritische Justiz 1987, p. 3

[31] Se ha llegado a decir que la sustancia moral inscrita en los fundamentos constitucionales de las sociedades occidentales constituyen el verdadero impulso de la filosofía de Habermas, lo cual hace de ésta la versión optimista de la Escuela de Frankfurt, como «teoría de la emancipación abstracta», frente a la dirección pesimista de la misma Escuela, representada por la «Dialéctica de la Ilustración» y que se expresaría como «teoría de la pura dominación» (Dubiel, H., *Herrschaft oder Emanzipation? Der Streit um die Erbschaft der Kritischen Theorie,* en A. Honneth, etc. (ed.), *Zwischenbetrachtungen im Prozess der Aufklarung,* Frankfurt M., Suhrkamp, 1989, p. 508).

instancias decisorias neutrales respecto de los contendientes en cada argumentación, con lo que se hace más factible la finalización del intercambio dialógico en una decisión imparcial y no mediatizada por la acción deformadora de intereses egoístas[32].

Y lo que las llamadas teorías de la argumentación jurídica vienen a añadir es la insistencia en que la racionalidad de las decisiones jurídicas dependientes de valoraciones dependerá de la dinámica procedimental de la que se sigan[33], de modo que si son fruto de un proceso de discusión libre entre sujetos situados ante la discusión en situación paritaria y con iguales derechos ante el discurso, podrán ser tenidas por racionales y no como fruto arbitrario de correlaciones de fuerzas o intereses sesgados.

Son estas sin duda propuestas de las más atrayentes dentro de la actual filosofía del derecho, y la mejor traducción al derecho de la llamada «rehabilitación de la razón práctica», de manera que la problemática principal de que se ocupa, por ejemplo, la metodología jurídica puede ser reinterpretada desde aquí. Pero ello no impide que estas doctrinas puedan, a su vez, relativizarse un tanto y que se contemple el porqué de su aparición o su éxito, y su relevancia para el triunfo de uno u otro modelo de derecho, de una u otra ideología sustentadora del edificio jurídico en sus conformaciones actuales. Y podemos, por de pronto, pensar que toda doctrina que procure mostrar que el derecho o la práctica jurídica son o pueden ser de algún modo racionales (y máxime si se explica que pueden reflejar el acuerdo social de forma que los principios valorativos en que los sistemas jurídicos se apoyan no sean recursos retóricos o ideológicos conceptos vacíos, sino máximas con una virtualidad real) contribuye mucho mejor al sostenimiento o respaldo de tales ordenamientos que la desnuda afirmación de su irracionalidad o de su dependencia de la fuerza, de la manipulación o de designios sistémicos. En ese sentido, como dicen Hase y Ladeur, «el tipo de discurso retórico al que el discurso jurídico pertenece, no tiene primariamente como objeto la «comunicación» racional de conocimientos racionales, sino que tiene un interés vital práctico: la reproducción activa de las relaciones sociales como racionales»[34].

Y, puesto que en el concepto de racionalidad parece estar la clave de tales elaboraciones teóricas sobre el derecho, podríamos recordar la

---

[32] Habermas, *Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?*, cit., p. 13.

[33] Vid. Eder, K., *Prozedurale Rationalitat,* en Zeitschrift für Rechtssoziologie» 7/1986, pp. 1 ss, esp. 20 ss.

[34] Hase, F., Ladeur, K-H., *Verfassungsgerichisbarkeit und politisches System. Studien zum Rechtsstaatsproblem in Deutschland,* Frankfurt M./New York, Campus. 1980, p. 271.

opinión de Santayana de que «la idea de racionalidad es en sí misma arbitraria, dependiente de las necesidades de una organización finita o de algún otro ideal. Sólo el aseguramiento último de la tranquilidad del pensamiento, que el filósofo persigue, suscita su necesidad (...) Lo que realmente exige racionalidad, lo que la hace un bien y algo indispensable y le confiere su autoridad, no es su propia naturaleza, sino nuestra necesidad de ella tanto en la acción económica como doméstica, así como en el placer de la comprensión»[35]. Y en esta misma línea, podemos igualmente respaldar la hipótesis de una lectura de las teorías de la argumentación como implicadas en la implantación o defensa del funcionamiento de un determinado tipo de derecho si aplicamos los mismos esquemas que MacIntyre nos muestra al hablar de la moderna tradición liberal sobre el tema de la justicia: como adaptación al sustrato ideológico de una sociedad desideologizada, aparentando que la cuestión de la racionalidad y el orden racional de las preferencias puede tener respuesta[36]. Así, y siguiendo con la inspiración en el autor que acabo de mencionar, cabe reinterpretar la función que en el derecho y su teoría actuales cumple la idea de ponderación, de tanta implantación entre los juristas actuales y entre los cultivadores de la teoría de la argumentación. La concepción de que la base de la moral y el razonamiento práctico (y jurídico) son preferencias personales que pueden ponderarse, estaría en consonancia con los mecanismos de mercado de la política liberal individualista[37].

La siguiente consecuencia de las tesis expuestas sobre la naturaleza discursiva del derecho y sobre las fuentes también discursivas de su producción, hace referencia a la separación habitual entre punto de vista interno y externo sobre el derecho. Concretamente, lo que conlleva el compromiso de la teoría del derecho en la propia creación y recreación de la realidad así denominada es la duda acerca de la posibilidad de un verdadero punto de vista externo al derecho al hablar sobre el derecho. El criterio aquí puede ser el ya mencionado de la relevancia del discurso sobre su objeto y, en tal sentido, sólo sería realmente externo al derecho, en cuanto que no lo influiría en modo alguno, el estudio puramente histórico sin consecuencias para la comprensión del derecho presente, o el puramente especulativo, que por su misma vacuidad no sea apto ni siquiera como instrumento

---

[35] Citado por Dunné, J. van, *The Role of Personal Values in Legal Reasoning,* en «Rechtstheorie», Beiheft 10 *(Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart),* 1986, p. 18.

[36] MacIntyre, A., *Whose Justice? Wich Rationality?,* Londres, Duckworth, 1988. Vid. especialmente pp. 343-344, 384, 398-399.

[37] Vid. *Ibid*, pp. 337 ss.

de legitimación de ningún tipo de normas o prácticas jurídicas. Cambiará, desde luego, el grado de implicación del discurso sobre el derecho con la práctica jurídica o con la concreta configuración normativa del ordenamiento, según el grado de distanciamiento del análisis respecto de las normas y las prácticas jurídicas y según su nivel de abstracción. Pero realmente, bajo esta óptica, serían escasas las construcciones teóricas externas a lo jurídico, en cuanto carentes totalmente de repercusión sobre ello. Es difícil asignar, con esta mira, una ubicación en el punto de vista externo a las posturas generales de Kelsen o Ehrlich, por ejemplo, o a los términos de su polémica[38]. Y la misma distinción originaría de Hart entre punto de vista interno y externo puede ser leída más como discurso del derecho o en el derecho que como discurso sobre el derecho, en el sentido de exterior a él. El instrumental analítico mismo sería aquí corresponsable de la configuración de lo analizado, y se haría posible así una cierta lectura «ideológica» de la tesis de Hart, como ya apuntara Tarello hace un par de décadas[39].

Permítaseme al respecto una comparación quizá demasiado simplista, pero creo que ilustrativa. Quien estudia el folklore de un pueblo puede ser alguien que no cultiva o practica ese folklore, que, por ejemplo, no interpreta o baila, o ni siquiera «vive» sus ritmos. Pero su aportación, si es conocida en ese pueblo y no es absolutamente desenfocada o carente de toda relación con la realidad, influirá sin duda en ese mismo folklore, bien haciéndolo variar de algún modo (por ejemplo para adecuarse mejor a sus orígenes históricos, o a su práctica antigua, o para introducir nuevas variaciones adecuadas a nuevos instrumentos o lugares, etc., etc.) o bien legitimando y fundamentando los caracteres de su cultivo actual. Podrá quizá el antropólogo reivindicar su exterioridad respecto del folklore o el derecho de una cultura primitiva, pero difícilmente estará en la misma situación quien estudia hoy la danza tradicional vasca o quien averigua el componente clasista o no de la administración de justicia. Es difícil que el teórico pueda situarse en esa condición de outsider que MacCormick ejemplifica con los liliputienses que contemplan el

---

[38] Sobre el modo cómo las polémicas sobre el papel del derecho en la sociedad pueden envolver la polémica en torno a distintas maneras de concebir la producción del derecho, y el derecho mismo, véase Commaille, J., *Science et action. Ouelques réflexions sur les relations recherche-practiciens du droit,* en «Oñati Proccedings» 1/1989 (Legal Culture and everyday life), Ed. A. J. Arnaud, Oñati, Oñati JISL, 1989, p. 73.

[39] Tarello, G., *La sociologia nella giurisprudenza*, en «Sociologia del Diritto» 1/1974, pp. 41-44.

reloj de Gulliver[40]. Entre otras cosas, porque los liliputienses no pueden hablar de «reloj», en tanto que Gulliver proviene de una civilización que ha creado el instrumental conceptual, lingüístico, para hablar no sólo de relojes, sino incluso para entender de uno u otro modo el tiempo (aquí podríamos remitirnos a la obra de Norbert Elias que cité al principio). El punto de vista de los liliputienses es externo, pero no en si mismo, sino únicamente desde nuestro punto de vista interno, por la sencilla razón que nosotros (es decir, los miembros de la civilización de la que Gulliver proviene) podemos hablar de reloj, y ellos no, pues sólo el uso lingüístico le da al reloj su condición de tal.

Y si nos referimos al juego de ajedrez como ejemplo, tal como lo mencionan Hart o MacCormick, tendríamos que sólo contemplará los movimientos de dicho juego como simple hábito sin carga normativa ninguna, quien no llame a eso ajedrez, pues para no estar implicado en y con estructuras normativas no basta hacer abstracción analítica de ellas[41], sino que se precisa ser realmente ajeno a ellas. Más allá de ahí, la división entre ambos puntos de vista o la opción por el trabajo sobre el derecho desde la perspectiva externa, puede entenderse como uno de los modos de actuación interna en el derecho, como uno de los resortes de creación y recreación de lo que en la sociedad se conciba y se aplique como derecho[42]. Y todo lo anterior afectará también al modo de concebir

---

[40] MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, oxford, Clarendon, 1978, pp. 275 ss. El caso es similar al ejemplo de los habitantes de otro planeta idénticos a nosotros pero que nunca habían visto un árbol, ejemplo con el que Putnam ilustra los problemas de la idea de referencia (Putnam, H., *Razón, verdad e historia*, Madrid, Tecnos, 1988 (trad. J. M. Estaban), pp. 17 ss.

[41] El punto de vista «externo moderado» que defienden Ost y van de Kerchove se caracterizaría precisamente porque bajo él el observador deja en suspenso su propia adhesión a la obligatoriedad de las normas que examina, pero sin perder de vista esa función normativa que las mismas tienen para los sujetos que se les someten (Ost, F., van de Kerchove, M., op. cit., pp. 75 ss). Por su parte, el punto de vista «hermenéutico moderado» a que se refiere Vittorio Villa *(Legal Science and Hermeneutic point of view,* en Peczenik, A., Lindahl, L. (eds.), *Theory of Legal Science,* Dordrecht, Reidel, 1984, pp. 514 ss) consiste en que el científico vea los fenómenos jurídicos como constituidos por los propios miembros de la comunidad jurídica de que se trate, en una permanente labor de «dación» de sentido y de constitución y recreación de «objetos» que no son naturales, sino «culturales» (normas, instituciones, prácticas...). Por contra, mi tesis sería que, con ser cierto lo anterior, ha de radicalizarse yendo más allá: el propio teórico del derecho ha de renunciar a la pretensión de externalidad para su posición, pues sus producciones intelectuales inciden sobre el objeto derecho, condicionan su sentido y su modo de operar.

[42] Arnaud ha resaltado del modo más contundente lo que de mistificación puede contenerse en el empleo de la distinción interno/externo al hablar del derecho, mostrando, por un lado, con la imagen ilustrativa de la banda de Moebius, la intercambiabilidad

la sociología del derecho y su ubicación epistemológica. Bajo este enfoque tendríamos, recogiendo la famosa distinción, que gran parte de los que se presenta como sociología del derecho sería sociología en el derecho. Para ello, naturalmente, hemos cambiado en buena medida el criterio habitual de referencia. Lo determinante aquí no sería la intención o la ubicación dentro de un esquema meramente analítico[43], sino la función de las teorías e investigaciones, su grado de imbricación con su mismo objeto. Y el sociólogo del derecho, mejor que vivir atrapado en esa dualidad interior/exterior, podría partir de la autopercepción de la sociología del derecho como parte exterior del interior del discurso jurídico, si se me disculpa el trabalenguas. Y ello conllevaría, además, una importante consecuencia epistemológica y metodológica: la sociología del derecho tendría que autoanalizarse como parte de su análisis de lo jurídico. Y estaría justificada así una sociología jurídica que tuviera como una de sus dimensiones el estudio no sólo de los condicionamientos sociales del derecho, sino incluso de los condicionamientos «jurídicos» de la propia teoría social que se fija en el derecho, en cuanto teoría copartícipe en la producción de su objeto. Parte de la sociología del derecho sería, pues, la sociología de las teorías del derecho, incluidas las sociológicas.

---

y mutua convertibilidad de ambas perspectivas y, por otro, lo que suponed e toma de partido tanto por una determinada opción epistemológica respecto del componente científico en el estudio del derecho, como por una determinada idea (en la línea de Kelsen o Hart) de la autonomía del derecho respecto de las demás disciplinas o ciencias sociales (Arnaud, A-J., *La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit: élements d'une demystification,* en «Droit et Societé» 2/1986, pp. 139-141).

[43] Como dice Ferrari, «cuando distinguimos entre sociología del derecho y jurisprudencia -ciencia del derecho, en realidad no expresamos más que un propósito o un deseo, o una utopía necesaria: la jurisprudencia no «es» prescriptiva, más bien «debe» tratar de serlo. La sociología no «es» descriptiva, más bien «debe» tratar de serlo. Puesto que entre las dos disciplinas no se aprecia una diferencia, debemos tratar de inventarla, de construirla artificialmente» (Ferrari, V., *Argomenti per una giurisprudenza selvaggia,* en «Sociología del Diritto» 13/1986, p. 33).

△

DOXA-11 (1992)

DERECHOS HUMANOS, INDIVIDUALISMO Y ESCEPTICISMO

El lenguaje de los derechos es el lenguaje que predomina en el discurso moral internacional. Los derechos son, por ejemplo, la lengua franca moral de la ONU. ¿Qué quiere decir que todos los seres humanos tienen determinados derechos, como los enumerados en la Declaración Universal de Derechos Humanos?

En este contexto, decir que un individuo tiene un derecho supone afirmar que tiene la pretensión legítima de que tal derecho se le asegure, normalmente ven, primera instancia, por su propio Estado. Sin embargo, si algo se proclama como derecho humano, implica que la comunidad internacional tiene interés en que tal derecho sea respetado. Sin embargo en la práctica esto no ha ido por lo general más allá de una presión moral, sin duda en virtud de la norma internacional que reconoce la soberanía de cada Estado en sus asuntos internos. (La resistencia del Secretario General de las Naciones Unidas a autorizar la intervención en Irak para proteger a la población kurda, constituye un ejemplo actual de este aspecto).

He sugerido que adscribir un derecho a alguien supone afirmar que esa persona tiene la pretensión legítima de que se le asegure tal derecho. Pero la mera declaración de un derecho no explica su *fuente*. ¿Cómo podemos pues *justificar* existencia de derechos humanos universales? Esta es la cuestión que me gustaría tratar aquí.

Estoy pensando en esos derechos que figuran virtualmente en cualquier elenco de derechos humanos: libertad de expresión y de religión; un gobierno sometido al principio de legalidad y a la aplicación imparcial de la ley, que no deje lugar a prácticas tales como la tortura o los escuadrones de la muerte; y el derecho a una Constitución que garantice la soberanía popular en una organización política libre.

Desde una perspectiva estrictamente política tal vez podría argüirse que no interesa llevar el problema de la fundamentación demasiado lejos. Si muchos gobiernos de diversa índole están de acuerdo en suscribir una lista como la de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿no deberíamos estar ya contentos y dejar potencialmente de lado las arduas cuestiones de su justificación? A mi entender esta propuesta no es satisfactoria por dos razones. Una es que en la práctica, aunque hay muchos gobiernos que firman oficialmente los convenios que recogen los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dichos gobiernos violan luego rutinariamente los derechos de sus propios ciudadanos. Esto indica que asumir de boquilla los derechos humanos mediante la firma de algún documento internacional no tiene de por sí gran trascendencia. Dejando aparte consideraciones de orden práctico, la segunda razón es que verdaderamente nos gustaría contar con alguna justificación genérica para los derechos humanos que superara el escrutinio crítico. Si nos conformamos con que los gobiernos suscriban oficialmente los derechos humanos, lo que hacemos es reconocer que los bases de los derechos humanos son puramente convencionales. Esto no nos proporciona ninguna razón para oponernos a la adopción por el mismo gobierno de cualquier otro tipo de convenio en el futuro. Me parece que cualquier teoría satisfactoria de los derechos humanos deberá implicar que los Estados *deben* respetarlos, con independencia de que sean o no objeto de un convenio internacional.

No obstante la situación actual de los derechos humanos es un tanto irónica. Por un lado vemos que se exige su reconocimiento y puesta en práctica en países como China y Rusia que carecen de una tradición institucional liberal. Por otro, en las democracia liberales, durante los últimos años los filósofos políticos han ido abandonando cada vez más los esfuerzos para apoyar tales demandas, y de hecho han sugerido que cualquier alusión a presuntos principios abstractos es inútil y errónea. Comunitaristas como Michael Walzer y pragmatistas como Richard Rorty han llegado desde diferentes ópticas a conclusiones de orden práctico muy similares a las de conservadores en la línea de Burke como Michael Oakeshott: en vez de apelar a principios abstractos debemos apelar al espíritu de las instituciones consolidadas en nuestra propia sociedad.

Los estudiantes de Pekín o los manifestantes de Moscú recibirían malas noticias si fuera verdad que el único argumento válido fuera el recurso a las prácticas propias de cada sociedad. Las peticiones de reforma podrían zanjarse taxativamente con la respuesta siguiente: «El reconocimiento de los derechos humanos no es la práctica habitual aquí y nunca lo ha sido». Afortunadamente esta teoría relativista es falsa. La tortura, los escuadrones de la muerte o el genocidio nunca pueden

justificarse diciendo «así es como hacemos aquí las cosas». Si esto es así, por la misma razón su *ausencia* no puede ya justificarse afirmando «así es como hacemos las cosas por aquí». No me es posible examinar todas las corrientes que han tratado de justificar el carácter universal de los derechos humanos en el espacio de una conferencia. Por tanto, me limitaré a destacar las que me parecen más persuasivas. En primer lugar expondré una de las críticas más consistentes a esta línea de argumentación y luego mostraré como creo que puede hacerse frente a ella.

En 1989, publiqué un libro titulado *Theories of Justice,* donde defendí la noción de justicia como imparcialidad. No es mi intención volver a trazar todo el proceso que me llevó a extraer tal conclusión. (Tan sólo advertirles que la edición de bolsillo de *Theories of Justice* saldrá el próximo mes). Trataré de exponer con brevedad la idea básica que se esconde tras la justicia como imparcialidad para decir luego algo más sobre la conexión entre la justicia como imparcialidad y los derechos humanos.

Tomamos como punto de partida la proposición de que las diferentes personas tienen diferentes concepciones acerca de lo que es el bien. Un ejemplo secular nos viene dado por la ética ecológica que concede valor a la integridad de los ecosistemas, una ética sobre el bienestar de los animales que atribuye valor a los estados conscientes de todos los seres que sienten, y la conocida ética utilitarista que asigna valor a la felicidad humana, al placer o a la satisfacción de sus deseos. También hay una amplia variedad de doctrinas religiosas que entrañan una serie de implicaciones conflictivas sobre la forma en que los seres humanos deberían vivir. Además, aunque los egoístas puros escasean, también escasea la gente que da menos importancia a sus propios intereses o a los de su familia que a los intereses de los demás. Como David Hume advirtió, esto basta para generar conflicto. De manera que, incluso si dos personas comparten una misma concepción del bien, esto no conduce necesariamente a un acuerdo en la práctica si valoran el bien de forma diferente según de quien se trate.

Frente a este conflicto, propongo que la gente ceda en sus concepciones sobre el bien y busque una base justa para vivir junto a otros que tienen una concepción diferente. ¿Cómo determinamos esa base justa para una vida en común? La idea que subyace tras la justicia como imparcialidad es que podemos encontrarla preguntando qué principios podrían integrar las bases para un acuerdo bajo unas condiciones hipotéticas para instar a las partes a que alcancen un acuerdo sólo en términos de justicia.

Desde luego, el ejemplo más conocido de una teoría que refleje esta idea es la elaborada por Jonh Rawls en su libro *A Theory of Justice* (1971). Según la versión de Rawls (que él denomina «justicia como equidad»), la elección de los principios se realiza tras un velo de ignorancia que impide a la partes conocer determinados aspectos de sí mismas que de otra forma les llevarían a adoptar una solución injusta. Entre las cosas que desconocen se encuentran sus talentos naturales y su posición social, pero también su noción del bien. Al estar sometidas a esta restricción de información, las partes han de perfilar su concepción de lo bueno cuanto sea posible. No obstante la importancia de restricción estriba en que no pueden perseguir su propia concepción del bien por que no saben cuál es. De manera que están obligados a buscar los principios que aceptarían en la vida real cualquiera que fuera su noción del bien cuando se levantara el velo de ignorancia.

Esta no es la única forma de construir una situación hipotética de elección y en mi libro *Theories of Justice* considero que no es la mejor. Pero tratar aquí de formulaciones alternativas de justicia como imparcialidad me alejaría mucho del propósito de esta intervención. Procederé pues a examinar la relación existente entre la justicia como imparcialidad y los derechos humanos universales.

Como es bien sabido, Rawls sostiene que de su modelo resultarían unos derechos liberales standard, parecidos a los que mencioné al principio. De esta forma, si tuviéramos que elegir principios ignorando nuestra concepción de lo bueno, parece lógico que no quisiéramos situar ninguna concepción particular del bien en un lugar singularmente privilegiado, puesto que ello podría suponer que luego nos encontrásemos en desventaja. No sería razonable desperdiciar la ocasión de que nuestra concepción del bien acabe por coincidir con la que ha alcanzado una posición privilegiada. Según Rawls todo ello en relación con la situación de igualdad de las partes en la posición original conduciría a un resultado liberal, lo que significa que nadie tiene motivos para no aceptar por lo menos una cantidad igual de derechos civiles o políticos.

Si en algo coinciden los filósofos políticos es en afirmar que la derivación de los principios de justicia desde la posición original está lejos de ser incontrovertible. Creo que es posible señalar sus defectos y que puede formularse una posición original que produzca unas consecuencias más amplias que las de Rawls. Voy a suponer, sin más argumentación, que los derechos humanos pueden justificarse sobre la base de una teoría de la justicia como imparcialidad.

A partir de ahora, me gustaría recordar una objeción a la justicia como imparcialidad que ha sido ya señalada por otros. En primer lugar, comentaré el perfil que adopta en el reciente libro de Alasdair MacIntyre *Whose Justice? Wich Rationality?* Según esta objeción, la justicia como imparcialidad es un fraude pues no puede satisfacer sus ansias de estar más allá de toda polémica. Lejos de mediar entre concepciones antagónicas del bien, cuenta con una concepción del bien propia.

Afirma MacIntyre: «el proyecto de una sociedad moderna, liberal e individualista consiste en proporcionar un marco político, jurídico y económico donde sobre la base de un mismo elenco de principios racionalmente fundados, aquellos que sostienen concepciones del bien diferentes e incompatibles puedan convivir pacíficamente en una misma sociedad, disfrutar del mismo status político e intervenir en las mismas relaciones económicas» (pp. 335-336).

MacIntyre procede a señalar las consecuencias que a su juicio se derivan de los principios de una justicia liberal individualista, en los siguientes términos:

«Cada individuo debe tener la misma libertad para proponer y vivir de acuerdo con cualquier concepción del bien que le guste... a no ser que tal concepción del bien suponga una reorganización de la vida del resto de la comunidad según sus términos. Cualquier concepción del bien humano según la cual, por ejemplo, el gobierno tuviera el deber de educar moralmente a los miembros de la comunidad para que adecuaran su vida a tal concepción del bien, podría admitirse hasta cierto punto como una teoría privada para individuos o grupos, pero cualquier intento serio de incorporarla a la vida pública estaría proscrito» (p. 336)

A partir de aquí MacIntyre extrae una conclusión que me gustaría destacar:

«este requisito (en la búsqueda de una concepción del bien) supone no sólo que el individualismo liberal tiene realmente una concepción propia y amplia del bien, que trata de imponer en los ámbitos político, jurídico, social, cultural y allí donde pueda, sino también que al hacerlo su tolerancia hacia concepciones opuestas del bien en la arena pública está seriamente limitada» (p. 336)

Resumiendo, MacIntyre escribe:

«Por tanto, aunque el liberalismo en principio rechaza las pretensiones de cualquier teoría acerca del bien con pretensiones de hegemonía, de hecho es una teoría de este tipo. Además, el liberalismo no ofrece argumentos convincentes en favor de su concepción del bien excepto cuando recurre a premisas que en su conjunto presuponen dicha teoría. Los puntos de partida de los teóricos liberales nunca son neutrales

respecto a las concepciones del bien humano; son siempre puntos de partida liberales» (p. 345).

¿En qué consiste exactamente esta concepción del bien? La primera respuesta que él mismo sugiere es que la concepción individualista del bien humano concede un alto valor a la autonomía de la persona. Según esta idea, la autodeterminación tiene una importancia primordial en la vida del hombre: la gente debería poder decidir cómo vivir y qué pensar, poder manifestar sus creencias libremente y actuar según su propio plan de vida, estar sometida a normas que reconocieran sus derechos a expresarse y actuar garantizando a los demás su capacidad para hacer lo mismo.

Como concepción del bien, obviamente se distingue de la mayoría (aunque no de todas, como veremos enseguida) porque no presupone ninguna visión sustantiva sobre lo que la gente debería creer ni sobre los fines que debería perseguir. Podemos llamarla concepción del bien de segundo orden. Sin embargo, esto no supone que no sea una teoría peculiar del bien. Esto es así desde el momento en que el valor de la autonomía puede ser rechazado. Así, como ha observado William Galston «los fundamentalistas religiosos» podrían negarse a «admitir la capacidad para elaborar y revisar una concepción del bien como bien absoluto, sin interferir en un orden más elevado de intereses de los seres humanos. Podrían declarar que la mejor vida humana requiere la capacidad de recibir un bien externo (la verdad divina) más que formar su propia concepción del bien por sí misma, y aferrarse a esa verdad una vez revelada sin comprobarla». («Pluralism and Social Unity», *Ethics* 99 (1989) 711-26, p. 714).

Es casi seguro que el sistema liberal de derechos se genera a partir de la concepción del bien como autonomía. Pero parece igualmente cierto que MacIntyre tendría razón, si esta fuera la base donde tuviera que apoyarse la justificación de los derechos liberales. Porque, tal como él afirma, habría ya una concepción del bien que se preferiría sobre las demás, incumpliéndose así las exigencias propias de la justicia como imparcialidad. Se trata pues de saber si hay alguna forma de reinstaurar la justicia como imparcialidad y derivar de ella una serie de derechos humanos similares a los que antes mencioné. Demostraré que podemos. Pero antes, me gustaría volver sobre una visión alternativa de la concepción individualista del bien típicamente liberal.

Pero antes, permítanme añadir que ni siquiera los entusiastas más fanáticos del valor de la autonomía hacen de él el único valor. Críticos poco amables han retratado al liberal ideal como un individuo que pasa todo el tiempo reconsiderando sus creencias y reformulando su concepción del bien sin dejarle casi tiempo libre para vivir. Está claro que esto

no es lo que buscan los partidarios de la autonomía. Más bien, lo que valoran es vivir de acuerdo con una serie de creencias que han superado el escrutinio, y una concepción del bien que se ha elegido o adoptado después de considerar todas las alternativas. Con todo, se podría decir que esta perspectiva valora la satisfacción de deseos, pero no la satisfacción de cualquier deseo sino sólo la de aquellos que tienen el pedigree adecuado. El origen autónomo de los deseos infunde valor a su satisfacción, por así decirlo.

Sería natural objetar que, si querernos evitar la propuesta de concepciones del bien controvertidas, deberíamos dejar de insistir en que los deseos deben tener el pedigree adecuado que se concretaría en una concepción del bien como autonomía. En cambio, deberíamos adoptar como criterio que cualquier satisfacción de deseos es igualmente buena con independencia de su origen. No obstante, esta sigue siendo una concepción de lo bueno, precisamente la que MacIntyre identifica con el individualismo liberal. Así, cuando afirma (en el fragmento antes citado) que «el individualismo liberal tiene realmente su propia concepción amplia del bien» y que «su tolerancia hacia concepciones opuestas del bien en la arena pública está seriamente limitada», continúa diciendo que esas concepciones antagónicas pueden admitirse en la arena pública sólo bajo la forma de expresiones de preferencias (véase p. 336).

Como ocurre con la autonomía, esta visión de la concepción liberal individualista del bien constituye una concepción de segundo orden. No dice lo que es bueno de hecho, pero afirma que es bueno que la gente tenga éxito en su búsqueda del bien tal como ella misma lo conciba. Esta nota del individualismo liberal a la MacIntyre explica (lo que me parece que no explica MacIntyre) como puede afirmar a la vez que el individualismo tiene una concepción propia del bien y que «el liberal se compromete a que no haya ningún bien predominante» (p. 337). Esta paradoja se resuelve si asumimos que el individualismo liberal no tiene una concepción del bien de primer orden sino que transforma todas las concepciones del bien de primer orden en preferencias y sostiene que el bien consiste en la satisfacción de preferencias.

Queda claro que se trata de una teoría coherente sobre el bien. Realmente es una variante de la teoría utilitarista, la variación estriba en que aquí el bien consiste en la satisfacción de deseos más que en la de, digamos, placer. Hay que reconocer que las conclusiones liberales no se extraen de premisas utilitaristas de forma tan automática como en el caso de la concepción del bien como autonomía. Sin embargo, si presentamos una ordenación de preferencias donde tener la posibilidad de hacer lo que uno quiera sea más importante que tener la posibilidad de impedir al resto que haga lo que quiera, las implicaciones liberales se vuelven muy plausibles. Supongamos que hasta cierto punto

MacIntyre tiene razón al pensar que el utilitarismo conduce a la aprobación de las instituciones liberales. Pero, ¿acaso pueden sostenerse tales instituciones sin *que* se invoque una noción específica del bien? ¿Podemos hacerlo aun sin concebir el bien como autonomía o satisfacción de deseos y luego derivar prescripciones liberales tales como las que figuran en las listas standard de derechos humanos?

Me gustaría añadir que hay un argumento a favor de las conclusiones liberales que no apela a una teoría específica del bien sino a una epistemología específica, especialmente a una que ve con escepticismo la posibilidad de establecer la superioridad de cualquier concepción del bien con la certeza suficiente como para justificar que se le de una posición privilegiada. El argumento es el siguiente: dado que no hay esperanza de alcanzar un acuerdo racional sobre ninguna concepción del bien, debemos buscar un acuerdo cuyas bases no presupongan ninguna concepción particular del bien, y la justicia como imparcialidad nos ofrece la mejor base disponible.

No descubro nada nuevo al sugerir que hay una conexión íntima entre liberalismo (entendido aquí como una doctrina política tolerante, etc.) y escepticismo. Al contrario, creo que siempre ha sido así y que siempre se ha admitido. La opinión liberal al respecto procede de una concepción de racionalidad que atendió a los avances de la ciencia desde el siglo XVII y de una determinada respuesta a las guerras de religión durante el mismo periodo. Cualquiera que se interese por las raíces históricas de las tradiciones, deberá admitir que MacIntyre resulta asombrosamente miope en su tratamiento del liberalismo. Cualquiera que no supiera nada sobre el asunto y lo conociera a través de MacIntyre saldría con la impresión de que el liberalismo fue simplemente arrojado a la existencia por algo llamado la ilustración». En la medida en que puede decirse que tuvo alguna fuerza motriz, ello constituye lo que MacIntyre llama «el proyecto de la ilustración»: el deseo de deducir la moral de la pura noción de racionalidad, en lugar de tal o cual concepción de la racionalidad históricamente condicionada.

Hay dos cosas equivocadas en esta historia. En primer lugar, está claro y siempre lo ha estado que el liberalismo tiene su propia concepción de la racionalidad, que difiere, por ejemplo, de la de Aristóteles o Aquino. El ascenso del liberalismo coincidió con el progreso de las ciencias físicas en su forma moderna, y no es casual que Newton llegara a ser virtualmente el patrón de los liberales. La justicia como imparcialidad, que debe entenderse como una reelaboración contemporánea de algunas ideas liberales tradicionales, está también ligada a una concepción característica de la racionalidad moderna, IV., pero hay muy buenas razones para sumarse a esta concepción, basada en el éxito efectivo de la ciencia en la predicción y el control de la naturaleza.

Por ejemplo, el método que empleó Santo Tomás de Aquino, que es el filósofo favorito de MacIntyre, para encontrar la respuesta a una determinada cuestión consistía en recopilar lo que las autoridades (especialmente Aristóteles) habían dicho sobre el particular, situarlas en un esquema preestablecido, y luego decidir a la luz de la razón qué respuesta elegir. Parece que nunca se le ocurrió que la mejor forma de encontrar la respuesta a muchas preguntas consiste en buscar por uno mismo, o en tratar de alcanzar la máxima satisfacción de uno mismo en lugar de apelar a los que creemos que así hicieron. Está claro que se trata de una concepción de la racionalidad distinta a la que era común entre los que recibieron la influencia de los métodos propios de la ciencia post-galileana. A mi entender se trata además de una concepción indudablemente inferior.

El segundo error en el retrato que hace MacIntyre de los orígenes del liberalismo es que ignora por completo que sus raíces se encuentran en los conflictos religiosos que acompañaron y siguieron a la Reforma. La defensa de la libertad religiosa resultó de la intransigencia de los conflictos entre católicos y protestantes. Resultó evidente para ambos lados que no se resolverían tratando de convertir a los miembros del otro lado apelando a argumentos racionales, sino estableciendo la armonía religiosa. Incluso penas civiles, políticas, económicas, y en casos extremos físicas, legalmente establecidas se revelaron incapaces de producir un cambio de creencias auténtico y duradero. Ni las expulsiones masivas, ni los genocidios gozaron de ninguna eficacia para restaurar la ortodoxia en una sociedad donde las diferencias religiosas habían ido arraigando. La libertad religiosa (que al principio se extendió sólo a los cristianos o a los que creían en un dios descrito de alguna manera) se reclamó como una respuesta práctica humana a esta situación.

Por supuesto, no debemos admitir que la experiencia europea durante los siglos XVI y XVII sea representativa. Los intereses en juego durante el conflicto que rodeó la Reforma y la Contrarreforma, estaban al fin y al cabo en gran medida relacionados con aspectos de organización social y especialmente con la situación de la autoridad religiosa. Que tales disputas fueran inmunes a la persuasión racional no demuestra necesariamente que otras cuestiones más profundas relacionadas con las creencias religiosas no puedan resolverse de esta forma. Si ampliamos el alcance de nuestro análisis encontraremos realmente gran cantidad de conversiones religiosas voluntarias en la historia. No obstante sería complejo establecer algún modelo que indicara la dirección hacia donde tienden tales conversiones.

Puestos a determinar un modelo, se me ocurre que hay uno donde la gente cambia de religión por dos tipos de motivos que son ajenos a la falsedad o verdad intrínseca ya de la religión que dejan o de la religión que adoptan. Uno consiste en el deseo de progreso social individual, de ventajas económicas o de emancipación política. Un ejemplo es la conversión de muchos judíos al cristianismo en Alemania y en Austria durante los siglos XVIII y XIX. Otro ejemplo más trivial está representado por el fenómeno americano de «intercambiar» denominaciones (v.gr. de baptista a presbiteriano o episcopaliano) paralelo a las aspiraciones de ascender de status. La otra razón para convertirse, que es básicamente la misma pero que puede servir a gran escala, es el deseo de asociarse con una cultura más sofisticada o de alguna manera más poderosa, y tomar la religión como una forma relativamente sencilla de hacerlo mucho más fácil por ejemplo, que dominar su literatura o su ciencia. Tanto el islam en épocas tardías como la cristiandad en épocas más recientes, se han beneficiado de esta tendencia propia de gente relativamente «atrasada».

Debo reconocer que todo esto es muy superficial. Sin embargo, la fuerza arrolladora de las pruebas a favor del escepticismo resulta aplastante. Es difícil no impresionarse al advertir que tanta gente haya dedicado tanto esfuerzo durante tantos siglos a un asunto de la mayor trascendencia con tan poco éxito en el modo de asegurar una convicción racional entre los que no estaban inicialmente predispuestos a favor de sus conclusiones.

Supongo que, si la defensa del escepticismo puede funcionar respecto de las concepciones del bien basadas en la religión, también servirá *a fortiori* para otras concepciones. Por poner un ejemplo personal, me siento fuertemente atraído por una ética ecocéntrica y apoyaría que se sacrificara la satisfacción de una cantidad considerable de deseos humanos (especialmente si el sacrificio estuviera equitativamente distribuido) en la búsqueda de una concepción ecológica del bien. Creo que pueden aportarse argumentos mostrando lo más claramente posible las consecuencias que se derivan de seguirla o no y apelando a un tipo de sentimiento que al fin y al cabo sería, creo yo, de la misma naturaleza que el que fundamenta muchas religiones. Pero sigo sin ver cómo sus pretensiones pueden presentarse de tal forma que demuestren que no sería razonable adoptar un punto de vista distinto, y estimo que cualquier otra concepción del bien está igualmente sujeta al mismo inconveniente.

Me gustaría terminar mi exposición hablando de los últimos escritos de John Rawls. He dicho antes que la versión rawlsiana de la justicia como imparcialidad es con mucho la más conocida. Y verdaderamente, desde *A Theory of Justice* hasta sus escritos más recientes, Rawls ha

afirmado que «el liberalismo es una doctrina política que reconoce que hay muchas concepciones del bien conflictivas e inconmensurables, siendo cada una de ellas compatible con la plena racionalidad de la persona humana», a partir de esto ha sacado la conclusión que la prioridad de lo justo (right) sobre lo bueno (good) «es característica del liberalismo como doctrina política» en el sentido que «una estructura básica justa y las instituciones de su entorno establecen el marco dentro del cual pueden darse las concepciones (del bien) admisibles» (John Rawls, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985) pp. 223-51, cit. p. 248). De aquí se desprende a mi entender como consecuencia lógica, que estamos equivocados si nuestra concepción del bien (una doctrina religiosa por ejemplo) lleva consigo la idea de que es lo suficientemente segura como para justificar que se imponga a quienes la rechazan. Entendida de esta forma, la justicia como imparcialidad puede sostenerse como la teoría idónea para tratar con concepciones antagónicas del bien, cualquiera que sea su forma.

Sin embargo en el artículo que he citado, que data de 1985, Rawls declaraba que el fundamento de la justicia como imparcialidad no consistía en que fuera la forma correcta para tratar la diversidad. Antes bien, era la que aportaba las mejores posibilidades de alcanzar un acuerdo bajo las condiciones de las sociedades democráticas liberales contemporáneas. Obviamente la dificultad estriba en que el deseo generalizado de llegar a un acuerdo no proporciona una razón para alcanzarlo sobre unos determinados términos. MacIntyre podría haber indicado que si (como él noes exhorta) todos aceptaran el tomismo entonces (tautológicamente) el acuerdo se habría alcanzado. Si se persuade a la gente de que el acuerdo se alcanzará en los términos que ofrece la justicia como imparcialidad, tenemos que darles alguna buena razón para pensar que esos son los términos correctos. Y vuelvo a afirmar que el escepticismo, tal y como lo he definido, es el único buen argumento disponible.

Parece que el mismo Rawls reconoce el problema, y le da su propia respuesta, pero ésta parece muy poco prometedora. Según él, las pretensiones de la justicia como imparcialidad dependen de que forme en parte de una «consenso por superposición» (overlappping consensus). «Suponemos que esas ideas (vgr. la «justicia como imparcialidad» de Rawls) son susceptibles de ser ratificadas por cada una de las doctrinas morales globales y antagónicas que influyen en una sociedad democrática razonablemente justa» (p. 246). Rawls señala tres doctrinas globales que podrían respaldar la concepción de la justicia como imparcialidad tal como él la entiende: una visión religiosa que incorpore el principio de la tolerancia, una «concepción liberal de la moral que

sea global como la de Kant y Mill» y por último una concepción de la «justicia como imparcialidad que no resulte de una doctrina más amplia sino que sea por sí misma suficiente para expresar valores que normalmente pesan más que cualesquiera otros valores que se le enfrenten, al menos bajo condiciones razonablemente favorables» (p. 250). (Presumiblemente la tercera debe entenderse como una teoría axiológica pluralista donde la equidad deberá transigir con otros valores sustantivos).

Pueden hacerse dos objeciones a esta idea. La primera es que, como fórmula para «vender» la justicia como imparcialidad (así es como la presenta Rawls), resulta bastante ineficaz, incluso en las sociedades democráticas liberales contemporáneas. Por supuesto, hay un número de doctrinas religiosas que incluyen la tolerancia como parte de su concepción del bien, y seguramente unas cuantas han llegado a atenuarse tanto como para incorporar toda la gama de la justicia como imparcialidad. Pero muchas no. Si la justicia como imparcialidad ha de apelar a las creencias genuinas de la gente en tales sociedades, no haremos grandes progresos con tomistas a la MacIntyre, la mayoría del los baptistas del sur en USA, muchos musulmanes en Europa del Este y demás. Una teoría de la justicia que se complica y muere cuando se la enfrenta con huesos duros de roer como estos, no es de mucha utilidad como propuesta práctica desde el momento en que deja de funcionar cuando más se la necesita.

La segunda, y más importante, objeción es que el proyecto que representa la justicia como imparcialidad se trivializa necesariamente por esta forma de entenderlo. Se supone que la idea global de la justicia como imparcialidad consistía en que ofrecía el modo de arbitrar concepciones antagónicas del bien incluyendo, por supuesto, las concepciones no liberales del bien. Según la interpretación de Rawls, sólo resuelve los casos donde las concepciones del bien ya incluyen la justicia como imparcialidad como parte de un «consenso por superposición» (overlapping consensus).

Rawls nos dice «ese consenso por superposición (sobre la justicia como imparcialidad) resulta mucho más estable que otro fundado sobre criterios que manifiesten escepticismo e indiferencia hacia valores religiosos, filosóficos o morales, o que contemplen la aceptación de principios de justicia meramente como un *modus vivendi* prudente según del equilibrio de fuerzas sociales existente» (p. 250). El segundo punto se acepta con facilidad toda vez que la estabilidad de los principios de justicia basada en *un modus viviendi* depende de la conversación del equilibrio de fuerzas que lo sustentan. Respecto al primero, parece que Rawls distorsiona y rechaza el único fundamento de la justicia como imparcialidad que tiene alguna fuerza independiente. Concluye

erróneamente que la nota más relevante del escepticismo es «su indiferencia hacia valores religiosos, filosóficos y morales» en lugar de las dudas sobre la certeza con la que alguno de ellos podría mantenerse justificadamente. Y entonces condena el escepticismo por ser una garantía de estabilidad más débil que el consenso por superposición. Por supuesto que lo es: si se da un consenso por superposición, entonces por definición la gente ya ha aceptado la teoría de la justicia como imparcialidad. Decir que permanece estable bajo tales condiciones es decir poco más que si la gente cree en algo entonces ya estará dispuesta a aceptar una teoría que le diga la misma cosa. El quid del escepticismo, tal como yo lo entiendo, es que proporciona una base para defender la teoría de la justicia como imparcialidad apropiada para la situación de la gente cuyas concepciones del bien no la contienen.

(Traducción de Mercedes Carreras)

△

DOXA-11 (1992)

EL DERECHO RECUPERADO

El artículo «¿La muerte del derecho?»[2], concebido en 1985 y presentado en Cornell University el año siguiente se refería a los movimientos intelectuales que emergieron en el mundo académico del derecho durante la década precedente. Un aspecto del desafío que entonces enfrenté era el de encontrar un elemento común en estos dos movimientos, uno tan aparentemente distinto al otro, uno que proclama que «el derecho es eficiencia» y el otro que «el derecho es política», uno perteneciente a la derecha, el otro a la izquierda; uno que acepta el rol tradicional de los académicos, el otro más radical y contestatario en su desafío. Sin embargo, la embestida principal del trabajo, tal vez implícita en el título, era negativa, dado que surgía que lo que había en común entre el análisis económico del derecho y la escuela crítica del derecho era una actitud hostil hacia la concepción del derecho aceptada confiadamente por la práctica profesional en los años 60. Rechazaban lo que yo estaba preparado a defender, una visión según la cual el derecho es una expresión de valores públicos.

Aquí les ofrezco una actualización de esa idea, una relación acerca de lo que ocurre en el mundo académico en la actualidad y, asombrosamente, mi ánimo es más optimista. Los peligros de los que hablaba

---

[1] Profesor Alexander M. Bickel de Derecho Público de la Universidad de Yale. Este ensayo se basa en una presentación ante la Jurisprudence Section of the American Association of Law Schools, en Nueva Orleans, el 8 de enero de 1989. El tema del encuentro fue mi artículo «¿La Muerte del Derecho?» Agradezco al profesor Gary Minda, quien presidió el panel y a los participantes, profesores Clare Dalton, Duncan Kennedy, Frank Michelman y George Priest. También agradezco a dos de mis estudiantes, Lawrence Douglas y Robert Schapiro. Este ensayo fue publicado por primera vez en Cornell Law Review, volumen 74, número 2, enero de 1989.

[2] 72 Cornell Law Review 1 (1986). Trad. Cast. en el nº 10 (1991) de Doxa, a cargo de Gabriel Bouzat.

antes parecen menos amenazantes. En parte, esto se debe al hecho de que el análisis económico del derecho, y especialmente esa rama del movimiento que reclama como tarea para el derecho la de perfeccionar o imitar al mercado, parece haber llegado a su cima. Nada del entusiasmo y compromiso generado por los primeros trabajos de Richard Posner existe hoy en día. Hay poco interés en la hipótesis de la eficiencia, y su invocación se enfrenta con un sentimiento de incredulidad cada vez mayor. No hay duda de que la influencia de la economía en el análisis del derecho persistirá, algunos presupuestos siguen alimentando esta empresa con extrema sofisticación; los estudiosos dedicados a este trabajo de tipo interdisciplinario están bien guarnecidos en los cuerpos académicos; y cierto número de defensores de la hipótesis de la eficiencia, incluido el mismo Posner, han sido elevados a los tribunales. Pero en general, el hechizo parece haberse deshecho. Más que intentar redefinir la función o el objeto del derecho de un modo global, mi corazonada es que el método económico será utilizado, como previó Bruce Ackerman[3], de un modo más tecnocrático y modesto. Será utilizado, por ejemplo, para indicar la decisión apropiada en casos en los que el contenido manifiesto del derecho es el de proteger o perfeccionar el mercado (leyes antimonopólicas) o, de un modo más positivo, para explicar el comportamiento de actores, quienes de hecho operan en mercados bien organizados (la industria del seguro).

Mi punto de vista acerca de la escuela crítica del derecho es, de algún modo, diverso. Este movimiento no ha llegado a la cúspide y sigue teniendo influencia en el mundo académico. Por lo que yo sé, ha habido pocos reclutas entre los profesores, pero el interés de los estudiantes en el movimiento se mantiene con fuerza e intensidad. Esto es particularmente cierto en Yale, donde las prácticas peculiares para admitir nuevos profesores hacen sentir a los alumnos que se los deja de lado de algo delicioso y perverso. Pero creo que los estudiantes de todas partes sienten una afinidad especial hacia la escuela crítica del derecho. En los anos 60, la Corte Warren habló del idealismo de los jóvenes y produjo una generación de abogados determinados a ver lo mejor que hay en las leyes, pero veinte años de Burger y Rehnquist nos legaron un cuerpo doctrinario incapaz de inspirar a alguien y que en cambio nos invita, utilizando la fórmula de Ricoeur[4], a la hermenéutica de la sospecha. La escuela crítica del derecho es presa de este sentimiento de desencanto, siempre lo ha sido, pero ahora me doy cuenta de que la

[3] Ver Ackerman, Law, Economics and the Problem of Legal Culture, 1986 Duke Law Journal 929.
[4] Ver Paul Ricouer, Freud and Philosophy, An Essay on Interpretation 26-30 (1970).

sospecha puede tomar muchas formas, no todas ellas negativas. En mi trabajo anterior permití a Duncan Kennedy y Roberto Unger hablar en nombre del movimiento, pero en tanto el movimiento ha crecido y madurado, sus opiniones han cambiado y, más aún, su hegemonía ha terminado. Ahora, diez años más tarde, la escuela crítica del derecho se ha convertido en un movimiento más pluralista y multifacético, y en trabajos tales como los de Peter Gabel y Frank Michelman no veo una amenaza sino un importante aporte al derecho.

«El derecho es política». Siempre he tomado este slogan como la llave a la escuela crítica del derecho, y en él basé mi hostilidad al movimiento pero, como señaló Frank Michelman en una reciente conferencia auspiciada por Cornell University[5], puedo haber malinterpretado lo que quiere significar. Dado que creí que al proclamar que «el derecho es política», los sostenedores de la escuela crítica del derecho tenían en mente una forma más bien básica de política, política como comportamiento de mercado, como nada más que la expresión de intereses y preferencias. De hecho, ellos, o al menos algunos académicos de la escuela crítica del derecho, pueden haber tratado de abrazar la posibilidad de una visión más noble e idealista de la política, una más cercana a una expresión de valores públicos o de principios o de derechos, antes que preferencias privadas. Esta concepción de la política está asociada con la tradición republicana clásica que está siendo redescubierta y revivida por un conjunto de académicos del derecho. Frank Michelman está al frente de este grupo de académicos, si bien se ha planteado la tarea de intentar fusionar el pensamiento de la escuela crítica del derecho con el republicanismo cívico[6].

Desde luego, mi concepto previo acerca del tipo de política que vislumbran los académicos de la escuela crítica del derecho no está basado en el perverso deseo de reservar para el derecho una actividad totalmente idealista. Más bien surge de la lectura del trabajo de Duncan Kennedy «La contradicción fundamental, el cual, tal como lo entendí, coloca dentro de toda estructura normativa dos impulsos o fuerzas conflictivas -el amor de unos y el temor de otros- que pujan en direcciones opuestas y por lo tanto convierten todo valor, derecho o

---

[5] Michelman, F., Bring the Law to Life: A Plea for Disenchantment, 74 Cornell Law Review 256 (1989).

[6] Ver Michelman, The Supreme Court, 1985 Term -Foreword: Traces of Self Government, 100 Harvard Law Review 4 (1986). También contribuyó con un ensayo al simposio sobre el nuevo republicanismo del Yale Law Journal, ver Michelman Law's Republic, 97 Yale Law Journal 1493 (1988).

principio en indeterminado e inútil como guía para actuar o juzgar[7]. La «contradicción fundamental» deconstruye toda estructura normativa, sea legal o política, y no deja nada en su base excepto intereses y preferencias. Puede ser cuestionado si estaba en lo cierto al asignar un lugar tan importante a la idea de Kennedy pero, a modo de defensa, permítanme decir que el mismo Michelman, en su anterior trabajo, publicado en Nomos[8], enfatizaba la noción de «contradicción fundamental» y aparentemente con los mismos motivos que yo tenía, es decir, proveer un fundamento teórico para la versión fuerte de la tesis de la indeterminación (que niega en cualquier caso la posibilidad de una respuesta correcta).

Llegado a este punto, la posición de la escuela crítica del derecho respecto a estas tesis es, para expresarlo contemplativamente, oscura Duncan Kennedy renunció a la «contradicción fundamental»[9] y más recientemente a la tesis misma de la indeterminación fuerte[10]. Frank Michelman sostiene (en conversaciones) que aún cree en la «contradicción fundamental» y por lo tanto todavía suscribe a la tesis de la indeterminación fuerte, pero de ser así, es difícil comprender como puede seguir proponiendo una noción idealista, o como él dice, de buena fe en la política. Si un juicio indeterminado, digamos respecto a que es lo que está bien o lo que es justo, es posible en el terreno de la política, es difícil comprender por qué tales juicios no son aplicables al derecho ¿Si la buena fe en política es posible, por qué no lo es respecto al derecho?

En su disertación en Cornell University, Michelman parece estar más atraído por el pragmatismo de Richard Rorty que por la «contradicción fundamental» de Duncan Kennedy. Michelman caracteriza su punto de vista acerca de una política idealista como una política pragmática[11]. Pero este giro hacia la postura de Rorty es insuficiente

---

[7] Ver Kennedy, Duncan, The Structure of Blackstone's Commentaries, 28 Buffalo Law Review 205, 211-13 (1979).

[8] Michelman, Justifications (and justifiability) of Law in a Contradictory World, en 28 Nomos: Justification 71 (J Pennock & J. Chapman, eds 1986).

[9] Gabel & Kennedy, Roll Over Beethoven, 36 Stanford Law Review 1, 15-18 (1984).

[10] Kennedy, en una consideración fenomenológica de la aplicación del derecho por los jueces, trata a los principios no como metafísicamente inestables, sino como impedimentos psicológicos para tomar decisiones acertadas y reconoce que en ciertas situaciones los jueces pueden experimentar el derecho como algo determinado, como una «objetividad percibida». Kenndy, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology 36 Journal of Legal Education 518,560-562 (1986). Kennedy, en su respuesta a Warren Lehman durante el encuentro de la Jurisprudence Section of the American Association of Law Schools en enero de 1989 disolvió su compromiso con la tesis de la indeterminación fuerte de modo terminante.

[11] Michelman, supra nota 5, páginas 257-8.

para proveer a la tesis de la indeterminación con un fuerte apoyo teórico. Como señala Stanley Fish[12], lo que niega el pragmatismo de Rorty no es la posibilidad de un juicio determinado, sino la existencia de un fundamento trascendente para juicios éticos. Como sostienen los pragmáticos, no hay nada «allí afuera», no hay una propuesta con la cual todos podamos fácilmente acordar sin cuestionar la determinación del derecho o sin desafiar de cualquier otra forma su integridad. La invocación a Rorty no salva la tesis de la indeterminación de los zigs zags de Kennedy, pero sugiere que la tesis es de segundo orden, un instrumento para apoyar la idea más importante y superior, o sea, que «el derecho es política».

El segundo error en mi ensayo previo fue el de suponer que el verbo «es» en el slogan «el derecho es política» tenía por objeto establecer una identidad entre las dos esferas en tanto que, como señaló Michelman en su conferencia en Cornell y como sugirió recientemente en un estudio Peter Gabel[13], el slogan podría, de hecho, ser tomado en cuenta con más modestia, sin sostener una reducción radical de una esfera a la otra, sino para debilitar la continuidad de ambas y para recordarnos lo indispensable de la política en el derecho. Desde luego, no es necesario pertenecer al movimiento de la escuela crítica del derecho para comprender la continuidad entre las dos esferas, o para recordarnos a los abogados la importancia de la política; un republicanismo llano del tipo propuesto por Michael Waltzer es suficiente[14]. Pero percibo en el periplo intelectual de Frank Michelman, en el cual una fascinación inicial con la escuela crítica del derecho maduró en un compromiso con el republicanismo cívico, algo más que un truco biográfico. Mas allá de lo que podamos decir acerca de la escuela crítica del derecho, debemos reconocer que durante la década pasada ha sido la fuerza prominente en el ambiente académico subrayando la importancia de lo político.

Continúo creyendo que el derecho es una forma particular de actividad humana, una actividad que, como Ronald Dworkin y otros han sostenido de unos años a esta parte, difiere de la política y aún de

---

[12] Fish, Interpretation and the Pluralist Vision, 60 Texas Law Review 495 (1982).

[13] Peter Gabel, The defeat of Michael Dukakis and the Transformative Possibilities of Legal Culture (ensayo presentado en el seminario de teoría legal, Yale Law School, 15 de diciembre de 1988 -versión abreviada en 4 Tikkun 13, 1989).

[14] Walzer, desde la vereda opuesta, lo presentó de la siguiente forma: «La política es soberana, pero no es auto-suficiente» Walzer. Flight From Philosophy, New York Review of Books, 2 de febrero de 1989, en 42, 43 (releyendo a B. Barber, The Conquest of Politics: Liberal Philosophy in Democratic Times, 1988) Walzer es una de aquellas personas que en estos tiempos parece tener una actitud conciliatoria. Comparen su anterior crítica del derecho en Democracy and Philosophy, 9 Political Theory 379 (1981).

una política altamente idealizada de manera importante. Los actores políticos pueden y con frecuencia hacen planteos de justicia, pero esto no ocurre necesariamente. Afirmar que cierta acción o política es buena, o es en beneficio de la comunidad, será suficiente para el campo de la política. A veces es suficiente con que un político le dé a la gente lo que quiere, simplemente porque es lo que la gente quiere. Los jueces, por otro lado, no tienen otra autoridad, salvo la de decidir lo que es justo, y obtienen el derecho a hacerlo de las normas procesales que rodean su cargo y limitan el ejercicio de su poder. Sin embargo, insistir en estas diferencias entre el derecho y la política no implica negar que existen importantes conexiones entre ambos.

Peter Gabel ha sugerido una de estas conexiones. Visitó New Haven en diciembre de 1988 con una actitud conciliatoria, esperanzado en poder construir un nuevo movimiento progresista dentro del derecho. Utilizando la derrota de Dukakis en la elección de noviembre de 1988 para iniciar su argumentación, Gabel insistió en que las invocaciones a derechos nunca pueden ser efectivas o atractivas a menos que estén fundadas en una perspectiva social más amplia, como lo estaban durante la era de los derechos civiles, esa época de oro del derecho norteamericano[15]. Estoy de acuerdo con este punto de vista y con la aspiración subyacente, si bien deseo expresar la idea de forma algo diferente. Yo diría que la aplicación del derecho por parte de los jueces depende de una comprensión social que contempla la existencia de valores públicos, dado que sin dicha comprensión no tendría sentido la institución. La aplicación del derecho por parte de los jueces no es más que una institución social para interpretar y hacer efectivos valores públicos. Acepto además que la comprensión social a la que hacía referencia Gabel no es propiedad particular de los abogados, sino que su ámbito de pertenencia es el cuerpo político y, entonces, puede considerársela apropiadamente como «política». Ciertamente, el derecho tiene un papel importante que cumplir en generar esa comprensión social. Brown v. Board of Education[16], por ejemplo, presuponía y también profundizaba el compromiso hacía la igualdad racial que estigmatizaba a la sociedad norteamericana en los primeros anos de la década de 1960, y asimismo convirtió en legítimo un ejercicio fuerte del poder judicial[17]. Pero no hay razones para dar excesiva

[15] Ver P. Gabel, supra, nota 13.

[16] 347 U S 483 (1954). Brown v. Board of Education (Estado de Kansas) fue una decisión histórica de la Corte Suprema, por la cual se dejó de lado la doctrina de «separados pero iguales» («separate but equal») en materia educativa. Estableció un standard que apuntaba a la integración de los negros y blancos en las escuelas.

[17] Ver Fiss, supra, nota 2 página 15.

importancia a este punto. El poder judicial no es la única institución con este especial poder generativo, y en todo caso, ningún tribunal, aún presidido por Earl Warren, puede tener éxito en generar esta comprensión social por sí mismo.

En un nivel más abstracto, el derecho está vinculado a la política mediante ciertos aspectos técnicos del procedimiento de aplicación del derecho que requieren que la judicatura -como una condición de su legitimidad- escuche a todas las partes agraviadas y que entonces justifique públicamente su decisión. La organización y la actividad política son a veces necesarias para formular y presentar cargos ante la judicatura, para hacer conscientes a las víctimas de su disfortuna, para contar con la posibilidad de modificarla y para enfrentar las respuestas insatisfactorias que a veces dan las judicaturas a los agraviados, como en el caso Plessy v. Fergusson[18] o Bowers v. Hardwick[19]. A veces la actividad política se desarrolla en forma exaltada y desordenada y esta también es una lección de la época de los derechos civiles. Los jueces de los tribunales debían escuchar a la gente en los mostradores de los bares de Greenville, en las calles de Birmingham y en los caminos de Selma a Montgomery, y sus respuestas surgieron acordes a este contexto. Los jueces sabían que debían reexaminar las posiciones que habían sostenido y debían estar seguros de que sus respuestas fueran acordes a los agravios.

Finalmente, el énfasis en la política que propone la escuela crítica del derecho puede ser un sano correctivo a la tendencia natural de muchos académicos del derecho (entre los que me incluyo) a centrar su atención en la conducta de los tribunales y de ignorar las diversas formas -nombramientos, estatutos, enmiendas constitucionales- mediante las cuales el proceso político crea el campo en el cual los tribunales operan. La batalla en la Comisión de Acuerdos del Senado sobre la nominación de Bork, para tomar un ejemplo obvio, fue uno de los eventos más decisivos para moldear la estructura general dentro de la cual deben actuar los tribunales en los próximos años -no simplemente porque la consecuencia fue negarle un lugar a Robert Bork en la Corte Suprema- sino porque la decisión de la Comisión y del Senado

[18] 163 U.S. 537 (1896). El fallo Plessy v. Fergusson estableció la doctrina, posteriormente rechazada, de «separados pero iguales», como producto de las enmiendas posteriores a la Guerra Civil.

[19] 487 U.S. 186 (1986). El fallo Bowers v. Hardwick estableció que la legislación anti sodomía del estado de Georgia es constitucional y que no viola el derecho a la privacidad.

se basó en cuestiones que tienen importantes implicaciones para el derecho a la privacidad, la Primera Enmienda, los casos relevantes de derechos civiles, y en ese sentido, todo el legado de la Corte Warren[20]. Sólo Dios sabe si ese hecho puede considerarse «legal» o «político».

La escuela crítica del derecho considerada bajo esta perspectiva, es decir, como aceptando una faz más idealista de la política y reconociendo la continuidad de lo político y de lo legal sin reducir todo el derecho a la política, parece menos amenazante. En el proceso de elaboración y de maduración a manos de personas como Michelman y Gabel, la escuela crítica del derecho ha perdido bastante de su nivel de seducción radical, pero al mismo tiempo aparece como menos destructiva. Hay diferencias que merecen ser discutidas (siempre las hay), pero es difícil ver aquí al movimiento que pone en peligro al derecho o algo que se le parezca. Por el contrario, considerando donde se encuentra el derecho constitucional norteamericano en la actualidad, y a donde aparentemente se dirige, el énfasis en la política y sus posibilidades idealistas puede ser precisamente lo que necesitamos.

Este cambio en la escuela crítica del derecho, o mi comprensión del mismo, ha sido acompañado por otro desarrollo de ideas -el surgimiento del feminismo- que le ha infundido una nueva vida al derecho y regeneró sus posibilidades idealistas. A mediados de los años 80, en el momento de mi disertación previa, el feminismo era apenas considerado en el mundo académico, pero en los últimos tres o cuatro años ha emergido como un movimiento intelectual separado y brillante en el mundo del derecho, capturando el interés de la izquierda y atrayendo para sí mucha de la energía y atención de la que en un momento gozó la escuela crítica del derecho. El feminismo ha absorbido de la escuela crítica del derecho una de sus importantes fuentes de poder, y en cierto modo no podemos predicar lo mismo de la escuela crítica del derecho, aun de aquellas facciones que proponen una doctrina más moderada; el feminismo ha combinado la hermenéutica de la sospecha con un mayor compromiso hacia una visión afirmativa del derecho.

Una parte del proyecto feminista, tal como lo entiendo, es radicalmente crítico. Intenta demostrar que las reglas del derecho aparentemente «neutrales» o «imparciales», tales como la doctrina del consentimiento en la violación, no son ni «neutrales» ni imparciales» en lo más

---

[20] Ver «Nomination of Robert H. Bork to he Associale Justice of the Supreme Court of the United States, 1987: Hearing Before the Senate Comm on the Judiciary, 100th Congress, 1st. Sess (1987); Morris, The Grammar of Advice and Consent: A Senate Confirmation of Supreme Court Nominees, 38 Drake Law Review (a ser publicado en mayo de 1989).

mínimo, sino más bien expresiones de los intereses o percepciones de aquellos que, por siglos, han estado a cargo de nuestro sistema legal, es decir, los hombres. El derecho ha servido como un instrumento de subordinación. Al intentar desmitificar el derecho, el feminismo y la escuela crítica del derecho se superponen (si bien algunos autores de la escuela crítica del derecho, en particular Morton Horowitz y Mark Tushnet tienden a definir, en un estilo marxista, a la clase dominante más en términos económicos que de género). De hecho, creo que fueron las preocupaciones de las feministas las que dieron a la escuela crítica del derecho buena parte de su atractivo y cariz organizacional, especialmente a fines de la década del 70 y principio de la década del 80, cuando las feministas no habían logrado aun una voz independiente dentro del mundo académico del derecho. El feminismo era el programa implícito de la escuela crítica del derecho. Comentando esta especulación, Robin West señaló recientemente (también durante una conversación en New Haven) que estaba sorprendido por la satisfacción feminista del último ejercicio de «desmalezamiento»[21] de Mark Kelman: está basado en su totalidad en las ideas de MacKinnon.

Si bien la escuela crítica del derecho y el feminismo parecen superponerse en el hecho que ambas corrientes suscriben a un programa de desmitificación, el feminismo difiere de la escuela crítica del derecho en dos aspectos importantes. En primer lugar, tiene una expresión afirmativa en su ejercicio: el fin de la crítica no es la crítica, como lo es para las expresiones más virulentas de la escuela crítica del derecho, sino más bien el logro de una verdadera y sustancial igualdad para las mujeres. Este compromiso igualitario no sólo aporta un elemento para un ejercicio de deconstrucción, también le pone un límite. Dado cierto hecho demográfico en cuanto a la constitución del foro de abogados, puede haber motivos para sospechar del derecho, pero finalmente, sólo aquellas leyes o doctrinas que plausibiemente pueden considerarse como responsables de desigualdades son atacadas por contener discriminaciones ocultas. Por lo tanto, mientras las leyes antidiscriminatorias son fácilmente aceptadas por la corriente deconstructiva de la escuela crítica del derecho -como las leyes contractuales y de propiedad- el feminismo admite otras distinciones.

En segundo lugar, el compromiso feminista con la igualdad no se limita al derecho, sino que abarca todas las instituciones sociales, incluyendo algunas sumamente conocidas, como la familia, el mercado y varias prácticas íntimas e industrias públicas (prostitución y pornografía) que tratan a la mujer como un objeto sexual. El feminismo ataca

[21] M. Kelman, A Guide to Critical Legal Studies (1987).

la subordinación de la mujer en todas sus formas. Más aún, en este proyecto reformista, el feminismo contempla un importante rol para el derecho. Algunos buscan utilizarlo para asegurar igualdad en el proceso de alocación; otros, tratando de cosechar los logros del movimiento de los derechos cívicos, insisten en una igualdad estructural[22]. En cualquiera de estos casos, el reclamo feminista no es un reclamo de intereses, sino de justicia. Las feministas creen en los derechos y el derecho -un derecho limpio e incorrupto- de un modo y en un grado tal que no es igual al de los que abogan por la escuela crítica del derecho. El fallo Roe v. Wade[23] es defendido por considerarselo correcto y justo y no meramente como una cuestión de intereses.

Por cierto, hay varios temas en la literatura feminista que pueden indicar un punto de vista opuesto. Uno de estos es la denuncia sobre la objetividad en los artículos Signs[24] de Catherine MacKinnon. Sin embargo, no tomo en considereración esta afirmación como un reclamo teórico -según el cual la objetividad en el derecho no es posible- dado que tal afirmación debería considerarse objetiva y por ende contradictoria. Además socavaría su crítica respecto a la jerarquía de los géneros, dado que la misma se basa en un tipo de idea objetiva respecto a la justicia o la igualdad. Por lo tanto, me parece que la obra de MacKinnon no debería interpretarse como un reclamo teórico acerca de la posibilidad de objetividad, sino como una cuestión histórica más limitada, o sea, que dadas las condiciones sociológicas bajo las cuales las leyes han sido hechas e interpretadas -la casi absoluta exclusión de las mujeres de este proceso- convierten a la pretendida objetividad del derecho en un falso pretexto o una mascarada de los intereses de aquellos que hicieron las leyes (los hombres)[25]. Si bien la duda de base histórica acerca de la objetividad del derecho no es un problema menor, no deja de admitir la posibilidad del derecho. Para algunos, el derecho puede ser sólo eso, una posibilidad teórica, una quimera filosófica, a pesar de que en varias victorias judiciales, tales como Roe v. Wade, y

---

[22] Discutí esta distinción en Coda, 38 University of Toronto Law Journal 229, 231-35 (1988).

[23] 410 U.S. 113 (1973) El fallo Roe v. Wade reconoció el derecho de una mujer a decidir acerca del aborto, basándose en la idea que la Constitución garantiza el derecho a la privacidad.

[24] Mackinnon, Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence, 8 Signs 635 (1983); Mackinnon, Feminism, Marxism, Method and the State: an Agenda for Theory, 7 Signs 515 (1982). Ver, además, Toward a Feminist Theory of the State, Harvard University Press, (1989) de la misma autora.

[25] Ver C. Mackinnon, Feminism Unmodified 55 (1987); ver también Feminist Discourse, Moral Values and the Law -A Conversation-, 34 Buffalo Law Review 11, 87 n. 34 (1985).

en las apreciaciones jurídicas de Catherine MacKinnon, otros encuentran la posibilidad teórica convertida en concreta realidad. Catherine MacKinnon, sensible a la diferencia entre la política y el derecho y decidida a descubrir el potencial liberador oculto en el derecho a través de la práctica jurídica que ha desarrollado, es ahora una fuente de inspiración para toda una generación de estudiantes de derecho. Ella les ha mostrado lo que pueden hacer con el derecho, no sólo por el poder que representa, sino además como una forma especialmente disciplinada del poder.

Muchas feministas, incluida MacKinnon, han enfatizado la importancia del «despertar de conciencias»[26], pero no encuentro una inconsistencia entre esta noción y la posibilidad del derecho y sus compromisos objetivos. El «despertar de conciencias» definido como el encuentro de mujeres (y sólo mujeres) para compartir y reflexionar acerca de sus experiencias personales no es otra cosa que una técnica epistemológica. Es una forma de llegar a conocer la verdad, o de descubrir las discriminaciones ocultas y situaciones de opresión en diversas prácticas personales o instituciones sociales, incluido el derecho. En cierto punto, Mackinnon describe el «despertar de conciencias» como «el» método feminista[27], pero soy escéptico tanto respecto a su eficacia como en cuanto a su importancia para el proyecto feminista, o aún a su eficacia. No se ha presentado ningún argumento persuasivo para explicar por qué es el único método para descubrir la verdad, o siguiera alguno particularmente promisorio, dado el cariz fuertemente constructivista de los temas de Mackinnon y otras feministas, que tienden a considerar todo, incluso nuestra conciencia, como construido por poderosas fuerzas sociales. No veo como el mero hecho de compartir experiencias puede liberar una conciencia tan fuertemente determinada por lo social.

Finalmente, están los trabajos de Carol Gilligan[28]. Gilligan no entra (y presumibiemente no lo hará) en el debate acerca de la objetividad, pero sin embargo introduce en la deliberación moral una perspectiva -la ética del cuidado afectivo- que debe ser contrastada con la perspectiva que enfatiza la justicia o los derechos como han sido tradicionalmente entendidos. La obra de Gilligan ha tenido una enorme influencia en el mundo académico y en el movimiento feminista, y algunos la consideran como un repudio a las aspiraciones objetivistas

---

[26] Mackinnon, Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory, supra, nota 24, páginas 519-520, 543-44.

[27] Id. págs. 519-520.

[28] C. Gilligan, In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development (1982).

del derecho: la búsqueda de la justicia. Carrie Menkel-Meadow[29], por ejemplo, ha utilizado la obra de Gilligan como una base para criticar la aplicación judicial del derecho, al menos en su expresión básica. De un modo semejante al programa de Kennedy de aplicación judicial del derecho particularizada[30], Menkel-Meadow argumenta a favor de mecanismos alternativos para solucionar disputas, que no tienen por objeto la justicia sino la solución de diferencias. Esto me sorprende como una incorrecta lectura de la obra de Gilligan.

Gilligan se propuso recuperar una perspectiva perdida, algo que había sido ignorado o dejado de lado por la filosofía moral contemporánea (Rawls) y por la psicología desarrollista (Kohlberg). Una vez recuperada, la ética del cuidado afectivo no debe tomarse como un ideal competitivo que busca desplazar al derecho o su compromiso con la justicia, sino como un ideal suplementario que enriquece y nutre al derecho. En su momento más utópico -cuando relata la historia de los dos niños, uno que desea jugar a los piratas, otro que desea jugar a los vecinos y que encuentran un nuevo juego, un tercer camino, que hace felices a ambos[31]- Gilligan vislumbra una nueva práctica o arreglo institucional que sintetice las perspectivas del cuidado afectivo y de la justicia. No creo que esta interpretación de su trabajo signifique un repudio al derecho o a su compromiso con la justicia, sino una expresión de deseo a partir de la cual el compromiso de la justicia con el derecho puede ser mejorado o perfeccionado.

Visto desde esta perspectiva, el surgimiento del feminismo me impresiona como un movimiento enteramente saludable. El feminismo retorna la posta del movimiento por los derechos civiles, inyectando nueva vida y energía a la noción del derecho como ideal público, el tipo de vida y energía de que gozó en los años sesenta pero no más allá de ese momento. Me percato, sin embargo, de que dado el poder político de las mujeres, que se manifestó dramáticamente en el debate sobre la nominación del Juez Bork, no debe ponerse mucho énfasis en el derecho. El derecho es importante, sin duda indispensable, pero tal vez no tan importante como fue el movimiento para asegurar el derecho de los negros (o como lo es actualmente para el movimiento para asegurar

---

[29] Ver, por ejemplo, Menkel-Meadow, Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process, 1 Berkeley Women's Law Journal 39 (1985).

[30] Ver Kennedy, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, supra, nota 10; Kennedy, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Maryland Law Review 563, 646-49 (1982).

[31] Ver, por ejemplo, Feminist Discourse, Moral Values and the Law -A Conversation-, supra nota 25 página 45.

los derechos de los homosexuales o las lesbianas). En este contexto, entonces, cuando el movimiento femenino es el movimiento del día, puede no haber razones para negar la hermenéutica de la sospecha del derecho, y todas las razones posibles en el mundo para enfatizar la importancia de la política, en particular la que considera a los demás en su variante idealizada.

«El derecho es política», como técnica para alcanzar esos fines es, tal vez, demasiado para mi gusto, pero encuentro que es menos preocupante en un contexto dominado por las mujeres, antes que por el movimiento de los derechos civiles. La apreciación de la posición única de las mujeres y de su poder también me permite comprender por qué aquellos que de hecho suscriben la idea de que «el derecho es política» están particularmente ansiosos por establecer relaciones de colaboración con las feministas. No es casual que cuando Frank Michelman toma en consideración la tarea de explicar cómo sería el rol de una judicatura activa en su república -dejo de lado la cuestión de si es «derecho» o «política»- se apoya fuertemente en la obra de algunas de las principales figuras del movimiento feminista, incluidas Drucilla Cornell, Sylvia Law, Bell Hooks, y sobre todo, Martha Minow, y entonces estructura el rol de la judicatura en términos de potenciar la perspectiva de aquellos que de otro modo serían ignorados. «Los jueces», explica Michelman, «tal vez gozan de una ventaja por su situación sobre el común de la gente para escuchar las voces de aquellos que están en los márgenes»[32]. En este giro argumental, Michelman refleja un tema que domina los trabajos actuales del feminismo y por lo tanto sugiere que no sólo intenta combinar la escuela crítica del derecho con el republicanismo cívico, sino que además agrega un tercer ángulo a su inusual motivación: el feminismo.

Al decir esto, no pretendo sugerir que la escuela crítica del derecho se ha convertido en una rama del feminismo (si bien todo es posible). Tampoco quiero menospreciar en modo alguno el proyecto de Michelman. De su anterior trabajo acerca de la protección de los pobre[33] hasta el presente no hay otro académico cuya obra me haya impactado de tal modo o haya sido para mí de tanta inspiración. Lo que quiero decir es que hoy, contrariamente a los que temí años atrás, puedo concebir la posibilidad de nuevas formas de colaboración entre los académicos de la escuela crítica del derecho, las feministas y aquellos románticos que aún tienen su vista fija en las luchas de los derechos civiles de los años

---

[32] Michelman, Law's Republic, supra nota 6, 1537.

[33] Ver Michelman, The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment, 83 Harvard Law Review & (1969).

sesenta y que ven al derecho como la expresión de valores públicos. Hoy puedo imaginar nuevas formas de coexistencia pacífica y productiva que, por extraño que parezca, dado lo ocurrido en las elecciones de 1988, pueden desplazar al sueño de Peter Gabel de un renacimiento progresista un paso más cerca de la realidad.

(Traducción de Roberto de Michele)

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, LÓGICA Y DECISIÓN JUDICIAL

I. Introducción

1) Es conocido que, en la antigüedad, una de las razones del desarrollo de la lógica era la necesidad de controlar la validez de los diferentes argumentos y alegatos ante los tribunales. Sin embargo, los intentos de construir un discurso racional en el ámbito del derecho no se limitaron a las argumentaciones de los juristas, sino que también se extendieron al mismo discurso normativo, y, en este sentido, es habitual referirse a una lógica de normas o lógica deóntica. A pesar de estos vínculos, es frecuente encontrar opiniones escépticas acerca de la posibilidad y, eventualmente, de la utilidad de la aplicación de la lógica a la reconstrucción de problemas normativos[1]. Estas opiniones escépticas, algunas veces, proponen una noción de «lógica» alternativa a la lógica clásica y pretenden, como señala Raz:[2]

«...que el pensamiento o razonamiento jurídico están sujetos a una lógica jurídica especial. Esto algunas veces significaría que el razonamiento jurídico no está sujeto a leyes lógicas. Pero, de modo más frecuente, indica una creencia de que hay reglas adicionales de lógica que se aplican solamente al razonamiento jurídico».

2) Si se acepta que la lógica ofrece un criterio importante para evaluar la racionalidad de un discurso, entonces, es de gran importancia el análisis del papel que desempeña el razonamiento deductivo en el conocimiento y justificación del derecho. En este trabajo discutiremos

---

[1] Vernengo, Roberto, «Derecho y Lógica: un Balance Provisorio», en *Anuario de Filosofía del Derecho,* Madrid, 1987. También, «Racionalidad Jurídica y Lógicas Normativas», en *Análisis Filosófico*, vol. X, Nº 2, 1990

[2] Raz, Joseph, «The Inner Logic of Law», en *Rechistheorie,* Beiheft 10, Berlín. 1986, pag. 101.

dos tesis relativas al papel de la lógica en la justificación de las decisiones jurídicas y, para acotar nuestro análisis, consideraremos solamente a las decisiones judiciales.

a) *Tesis de la Inseparabilidad.* Esta tesis sostiene que una teoría del razonamiento jurídico justificatorio tiene que admitir una conexión necesaria entre derecho y moral. A diferencia de las tesis clásicas del derecho natural, la vinculación entre ambos sistemas normativos no implica la adecuación moral del derecho positivo; sino que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificatorio es una norma o principio moral y, por consiguiente, la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales. Entonces, la pretensión de justificar decisiones normativas con independencia de la moral constituye una falacia; un error lógico (y no meramente axiológico) y, por tanto, esta pretensión de independencia sería -*lato sensu*- una actitud irracional.

Esta tesis será analizada en la sección II.

b) *Tesis de la Insuficiencia.* Tradicionalmente, el modelo explicativo de las decisiones judiciales es una generalización del esquema deductivo válido *modus ponens:* una decisión judicial se justifica a partir de una norma, la descripción de los hechos de un caso y determinadas reglas de inferencia. En un sentido amplio, este modelo clásico pretende ser una reconstrucción adecuada de procesos argumentativos y decisorios de los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, ha sido objeto de numerosas críticas; por ejemplo: distinción arbitraria entre la identificación de las normas y la identificación de los hechos, insuficiente atención a la justificación de los argumentos fácticos, racionalización (en lugar de descripción y explicación) de las decisiones normativas, etc. Pero, tal vez una de las críticas más importantes, es que el modelo clásico no se puede utilizar en los denominados «casos difíciles». Esto nos conduciría al siguiente dilema: por una parte, el modelo es inadecuado porque proporciona una explicación incompleta ya que no es aplicable a los casos difíciles; o bien, por otra parte, es inadecuado porque conlleva una tendencia reduccionista y no distingue entre casos fáciles y casos difíciles.

Apoyada en estas consideraciones, la tesis de la insuficiencia sostiene que la justificación de las decisiones judiciales no puede reconstruirse adecuadamente conforme al razonamiento deductivo y, por consiguiente, es necesario una teoría que explicite las condiciones de validez de los argumentos que no pueden ser controlados por la lógica deductiva.

Esta tesis será analizada en la sección III.

II. Decisión y Justificación

1) Parece existir consenso en que la justificación de una decisión normativa exige el desarrollo de un razonamiento práctico. Esta exigencia conduce a complejos problemas respecto de la naturaleza de las normas y la relación de éstas con las razones para la acción. Una conocida clasificación de las razones en una inferencia práctica es la siguiente:[3]

a) razones completas: son el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido;

b) razones operativas: son las premisas «prácticas», i. e. normas, constitutivas de razones completas;

c) razones auxiliares: son los juicios de hecho que indican medios para satisfacer razones operativas.

Generalmente, se admite que si la conclusión de una inferencia práctica es una norma, entonces, las razones operativas son necesariamente normas. Pero, ¿las normas jurídicas pueden ser razones operativas de una inferencia válida? Al respecto, Carlos Nino señala:[4]

«... [H]e objetado, sin embargo, esta idea de que las normas jurídicas, entendidas como juicios deónticos, puedan ser razones autónomas para justificar decisiones. Los argumentos que expuse allí se pueden sintetizar de este modo: si los juicios en cuestión son aceptados como premisas del razonamiento práctico en virtud de su contenido, ellos son indistinguibles de juicios morales... En cambio, si los juicios son aceptados en virtud de su origen, como este origen es un hecho que en sí mismo no determina la aceptación de la norma, debe haber un principio normativo subyacente que hace relevante tal origen para aquella aceptación...»

Esta caracterización impone la siguiente conclusión: si la justificación de una decisión involucra razones morales, entonces, la exigencia de *justificación jurídica* de una decisión judicial -o, al menos, una justificación independiente de normas o principios morales- es imposible de satisfacer. Por consiguiente, toda justificación es justificación moral y toda obligación jurídica sería una especie de obligación moral[5].

---

[3] Raz, Joseph, «Introducción», en *Razonamiento Práctico,* Raz, J.(ed), Fondo de Cultura, México, 1986, pág 15 y ss, pág 28, 29 y ss. Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms,* 21 edición, Hulchinson, Londres, 1990, pág. 22 y ss; pág. 33, 34, 35. Nino, Carlos, *La Validez del Derecho,* Astrea, Buenos Aires, 1985, pág 131. De Páramo, Juan Ramón, «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional» en *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 22, pág. 98. Bayón, Juan Carlos, *La Normatividad del derecho. Deberes Jurídicos y Razones para la Acción,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 86

[4] Nino, Carlos, *El Constructivismo ético,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 30

[5] Nino, Carlos, *El Constructivismo Ético*, ob cit, pág. 115

2) Conforme a estas afirmaciones, y a los efectos de mostrar la vinculación lógica entre normas (principios) morales y las decisiones de los jueces, es frecuente reconstruir el razonamiento judicial de acuerdo al esquema *modus ponens.* En este sentido, y siguiendo a Nino, Juan Ramón de Páramo expone el siguiente argumento justificatorio:[6]

Argumento (AJ):

«1) Se debe obedecer a X, siempre que X sea un legislador elegido mediante un procedimiento democrático.

2) El legislador X ha sido elegido democráticamente.

3) X ha dictado una norma jurídica que dice «si p, entonces debe ser q».

4) Si p, entonces debe ser q.

5) p

6) q.»

Es evidente que la conclusión 6) no se sigue de las premisas y tiene que ser sustituida por:

6') debe ser q.

Pero, conforme a las definiciones introducidas anteriormente, una razón completa es un conjunto de premisas *no superfluas* de un razonamiento práctico. Una premisa es superflua cuando no es necesaria ni suficiente para derivar la conclusión del argumento, i.e. 6'. En el esquema analizado, 6' se infiere de 4 y 5, es decir: las premisas 4 y 5 son necesarias y conjuntamente suficientes para la derivación de 6'. Por tanto, las restantes premisas son superfluas en esta inferencia. Esto significa que la justificación normativa de 6' es la norma jurídica 4. La reticencia a admitir esta conclusión se fundamenta, al menos, en tres argumentos:

(i) Si la premisa mayor (razón operativa) es aceptada en virtud de su contenido, entonces, funciona en el razonamiento práctico como una norma moral.

Pero, el hecho de que las normas jurídicas funcionen de manera similar a las normas morales en el razonamiento de los sujetos no prueba que no existan diferencias entre ambos tipos de normas. De igual modo, el que las normas desempeñen el mismo papel que las *decisiones* en el razonamiento de los sujetos que las siguen[7], no implica que no existan diferencias entre ambas. Si se admite que un enunciado funciona como norma moral porque la aceptación del mismo obedece a razones morales,

---

[6] De Páramo, Juan R., ob. cit., pág. 99 y 100.

[7] Raz, Joseph, «Las Razones de las Acciones, decisiones y Normas» en *Razonamiento Práctico,* ob. cit., pág. 262.

cabe señalar que no por ello el enunciado se convierte en una norma moral. El carácter del enunciado no debe confundirse con el carácter de las razones en las que se apoya su aceptación

(ii) El segundo argumento puede presentarse del siguiente modo. Si se acepta que el fundamento de una decisión judicial sólo puede ser una norma jurídica entendida como un juicio normativo, entonces es necesario establecer que este juicio normativo justificatorio es, al fin y al cabo, una norma jurídica[8].

Al respecto consideremos el siguiente comentario de Byrce:[9]

«En un municipio un ciudadano es requerido a pagar un impuesto de pavimentación. Pregunta por qué debe pagarlo y es remitido a la resolución del Ayuntamiento imponiéndolo. Entonces pregunta qué autoridad tiene el Ayuntamiento para establecer el impuesto y es remitido a los artículos de la ley del Parlamento de donde el Ayuntamiento deriva su competencia. Si él lleva más allá su curiosidad y pregunta qué derecho tiene el Parlamento para conferir esta competencia, el recaudador de impuestos sólo podrá contestar que todos saben que en Inglaterra el Parlamento hace el derecho y que, en derecho, ninguna otra autoridad puede anular o ni siquiera interferir ninguna expresión de la voluntad del Parlamento. El Parlamento es supremo por encima de todas las demás autoridades o, en otras palabra, el Parlamento es soberano».

Los argumentos de esta cita pueden ser expresados de modo similar a las premisas del razonamiento (AJ) expuesto por J. R. De Páramo (véase *ut supra*). El primer párrafo responde a una cuestión que puede representarse análogamente a las premisas 4), 5) y 6'):

4) Si z es un residente en el ayuntamiento A entonces debe pagar el impuesto I.

5) z es un residente en el Ayuntamiento A.

6) z debe pagar el impuesto I.

Desde el punto de vista de la lógica este es un argumento completo. En el caso que se acepte una lógica de normas, este es un claro supuesto de aplicación de *modus ponens.* Es posible, sin embargo, preguntarse si la obligación expresada por **6**) es una obligación jurídica; entonces

---

[8] «Una vez que aceptamos que el fundamento de una proposición justificatoria particular en un típico razonamiento práctico jurídico sólo puede ser una norma jurídica entendida como un juicio normativo, es razonable plantearse la pregunta acerca de cómo sabemos que ese juicio normativo en el que el juez se basa para fundamentar su decisión es, al fin y al cabo, una norma jurídica». Nino, Carlos, «Sobre los derechos morales», en Doxa, nº 7, pág. 318.

[9] La cita la tomamos de Raz, Joseph, *The Concept of Legal System,* Clarendon Press, Oxford, 1980, Pg. 99.

debemos mostrar que **4**) es una norma jurídica. Para ello, como la cita de Bryce sugiere, no hace falta ningún razonamiento práctico, sino solamente un razonamiento teórico apoyado en las siguientes definiciones:

Una norma N es jurídica:

Df_a: Si N es una norma soberana (las normas promulgadas por el Parlamento inglés en el caso de Bryce) entonces N es jurídica;

Df_b: Si una norma jurídica N autoriza a un órgano O a dictar una norma N' y O dicta N', entonces N es una norma jurídica.

Ahora puede argumentarse así:

1) Existe una norma del parlamento inglés (soberana) que autoriza a los ayuntamientos a dictar normas sobre impuestos municipales.

2) El ayuntamiento A ha dictado la norma (contenida en **4**) sobre impuestos.

3) La norma contenida en 4') es jurídica.

La norma a la que se refiere el enunciado **1**) es jurídica en virtud de DF_a. La verdad del enunciado **2**) depende de determinados hechos empíricos. La verdad de **3**) no se deduce de las premisas **1**) y **2**) solamente, sino de estas premisas más la definición de norma jurídica ofrecida. Dado que según DF_b, una norma es jurídica si ha sido dictada por una autoridad competente, entonces la norma contenida en **4**) es jurídica. Si se quiere puede presentarse cómo sería el argumento completo:

a) Si existe una norma del Parlamento inglés entonces esta norma es jurídica.

b) Existe una norma N del parlamento inglés que autoriza a los Ayuntamientos a dictar normas sobre impuestos municipales.

c) La norma N es jurídica.

d) Si una norma jurídica N autoriza a un Ayuntamiento a dictar normas sobre impuestos municipales y un Ayuntamiento dicta una norma N' sobre un impuesto municipal I, entonces N' es jurídica.

e) El Ayuntamiento A ha dictado la norma: 'Obligatorio pagar el impuesto municipal I'.

f) La norma 'Obligatorio pagar el impuesto municipal I' es jurídica.

Obviamente, es posible preguntarse: ¿por qué debo obedecer las normas jurídicas?, o en el caso del juez ¿por qué deben mis sentencias justificarse en normas jurídicas? Esta es una cuestión distinta y no puede contestarse más que apelando a alguna cuestión extrajurídica. Pero no puede sostenerse que el razonamiento justificatorio del juez deba, por razones lógicas, utilizar una premisa moral. Un razonamiento como el anterior es suficiente para que el juez justifique su decisión en el derecho.

Es importante advertir que los enunciados descriptivos como 'Es obligatoria la conducta p', siempre hacen referencia a la existencia de algún código de normas. En realidad, son enunciados que presuponen un contexto normativo determinado. El contexto nos indica a qué código se refiere y de esta forma podemos saber el valor de verdad del enunciado. Es posible que un código A prescriba la conducta p y otro código B no la prescriba; entonces, en el contexto de A, el enunciado es verdadero y en el contexto de B es falso. En realidad, los sentidos de las proferencias del enunciado son distintos. En el primer caso, deberíamos decir: 'De acuerdo a A, la conducta p es obligatoria'; y en el segundo caso: 'De acuerdo a B, la conducta p no es obligatoria'.

En este sentido, uno de los posibles razonamientos de un juez acaba cuando muestra que de acuerdo al derecho (un código de normas), está obligado a dictar la sentencia S, y dicta S. Si S se deduce de una norma jurídica y de la descripción de los hechos relevantes, entonces S está justificada en el derecho.

Sin embargo, el juez puede preguntarse por qué debe obedecer las normas jurídicas. Esta pregunta ya no está referida a una cuestión de obligatoriedad jurídica, sino de obligatoriedad de acuerdo a algún otro tipo de código normativo. Algunos parecen creer que esta pregunta está referida siempre a la obligatoriedad moral[10]. También esto es dudoso; puede ser referida a la obligatoriedad religiosa (algunos códigos religiosos obligan a obedecer a las autoridades políticas) o a otros tipos de códigos normativos. En algún momento el juez tiene que *usar* alguna norma y tomar una decisión; y no sólo mencionar normas y hacerse preguntas por su obligatoriedad[11].

Es cierto, sin embargo, que identificar una norma como jurídica presupone el uso de un criterio que sirva para tal identificación. H.L.A. Hart, como es sabido, sostiene que un sistema jurídico existe cuando los órganos de aplicación de un grupo social usan el mismo criterio para identificar las normas jurídicas de ese grupo. A ese criterio, Hart lo denomina *regla de reconocimiento*. Podemos preguntarnos ahora, ¿por qué un juez debe usar, para identificar el derecho, la regla de reconocimiento? Si la pregunta es de carácter conceptual, la respuesta es analítica: porque si no, no identificará una norma jurídica. Si la pregunta es de carácter normativo, ¿por qué debe identificar una norma jurídica?, la respuesta ya depende de otras consideraciones. Si presuponemos, como parece presuponer Ruiz Manero[12],

---

[10] Nino, Carlos, *El Constructivismo ético*, ob cit, pág. 114 y 115.

[11] Bulygin, Eugenio, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en Doxa, 9,1991, Pg 274.

[12] Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y Normas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 174 y ss.

que cualquier respuesta que se dé a esta pregunta debe terminar en una razón *última*, y también que analíticamente (esto es, por definición) las razones últimas son razones morales[13], entonces es cierto que la aceptación de la regla de reconocimiento presupone razones morales. Pero, ¿por qué debo dar razones últimas de mi aceptación de la regla de reconocimiento?, y ¿por qué debo aceptar como últimas las razones morales?[14]

Por otra parte, es imaginable (conceptualmente) una sociedad en donde todos los órganos de aplicación y todas las autoridades piensen que sus reglas jurídicas son inmorales, pero las impongan por razones inicuas (por conservar la dominación, por ejemplo) y en donde los ciudadanos acepten las normas por convicción (la dominación es perversamente eficaz) o por miedo (la dominación es eficazmente perversa). Decir que como esas razones son las últimas razones, entonces son razones morales parece un criterio muy poco intuitivo para identificar normas morales.

(iii) Sin embargo, los motivos para rechazar a las normas jurídicas como razones operativas podrían ser que:[15]

«... el defender la idea que sostiene la tesis de que caben tantas justificaciones como sistemas normativos existan, vacía tanto el contenido de la moral que hace que nuestro razonamiento práctico no sólo no sirva para dirimir conflictos prácticos, sino que no sirva para nada, que produce su desintegración por la perdida de su función.»

La tesis de la fragmentación del discurso práctico, según la cual existen tantas justificaciones como sistemas normativos haya, puede interpretarse al menos en dos sentidos diferentes. En primer lugar, puede entenderse normativamente, es decir, como una tesis que recomienda la existencia de múltiples perspectivas de justificación. Consecuentemente, la oposición a esta postura consistirá, también, en una tesis normativa: no debe fragmentarse el discurso práctico. Para este último punto de vista, la unidad del razonamiento práctico constituye una condición necesaria para que el mismo pueda cumplir con su función de resolución de conflictos prácticos. Sin embargo, esta afirmación presupone un concepto diferente de razonamiento práctico. El concepto considerado previamente no hace referencia a un procedimiento

[13] Nino, Carlos, *La Validez del Derecho,* ob cit, pág. 133.

[14] Bulygin, Eugenio, «Regla de Reconocimiento: norma de obligación o criterio conceptual. Respuesta a Ruiz Manero», en *Doxa,* Nº 19, pág. 315 y 316.

[15] De Páramo, Juan, «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», ob cit, pág. 100.

para resolver conflictos, independientemente de su unidad o fraccionamiento. En cambio, el concepto de razonamiento que alude al cotejo o comparación de razones sí puede entenderse como un modo de resolución de conflictos prácticos. En este sentido, el razonamiento práctico es un método para elegir *una,* de entre dos o más razones en conflicto, i.e. la razón más adecuada, conveniente, etc.[16]

Esta precisión es indispensable para advertir que mientras hablemos de razonamiento práctico en sentido clásico, su función no queda en absoluto afectada por la existencia de una pluralidad de marcos normativos a partir de los cuales se puede ofrecer una justificación. Consecuentemente, deberá ser otra razón, diferente a la perdida de función, el fundamento de una tesis normativa contraria a la fragmentación del razonamiento práctico.

Una posición diferente y con presupuestos más fuertes, es la que sugiere una interpretación descriptiva de la tesis en cuestión, i.e. el razonamiento práctico *es* unitario y sostener su fragmentación es incurrir en error. Con mayor precisión puede decirse, según Nino[17], que este error consiste:

«en una profunda incomprensión acerca de las reglas formales a que está sometido nuestro razonamiento práctico en general... que incluye una regla de prioridad que impide su desintegración; esa regla es que los principios morales son el último tribunal de apelación para justificar una acción que cae bajo su dominio; es decir, que las razones de índole moral excluyen cualquier otro tipo de razones en las situaciones en las que son aplicables».

Analizar esta interpretación requiere destacar, nuevamente, la existencia de un significado distinto de la noción «razonamiento práctico» y su función de «justificación». En un sentido estrictamente lógico, la justificación puede entenderse como una relación de deducción existente entre las premisas y la conclusión de un argumento, sea éste práctico o teórico. Como una extensión de este concepto, «justificar» puede entenderse como la acción de explicitar las premisas de las que un contenido (conclusión) se deduce. La justificación en sentido lógico es ajena a la corrección material del argumento. En otras palabras, así como en un razonamiento teórico la validez del mismo no supone la verdad de las premisas, en un razonamiento práctico, la validez del argumento no supone la corrección o bondad de aquellas. Pero, la interpretación que discutimos, fundamentada del modo

---

[16] Navarro, Pablo y Redondo, Cristina,. «Normas Jurídicas y Razonamiento Práctico», en *Doxa,* nº 10.

[17] Nino, Carlos, *La Validez del Derecho,* ob cit, pág. 64 y 65.

mencionado anteriormente, *supone* que hay razones mejores que otras y sólo las mejores razones justifican. Esto es lo que comúnmente se distingue con expresiones como justificaciones *prima facie* y justificaciones concluyentes, admitiendo que sólo estas últimas constituyen una verdadera justificación. Para entender las implicaciones de esta tesis es útil destacar dos suposiciones sobre las que se asienta.

En primer lugar, supone un concepto más comprensivo y no descriptivo de justificación. Esta noción valorativa requiere no sólo la existencia de una relación lógica adecuada (justificación en sentido lógico) sino también la presencia de premisas calificadas, i.e. correctas[18].

En segundo lugar, esta tesis supone la existencia de una respuesta única a la pregunta acerca de las razones adecuadas; esto es así porque para que haya unidad es imprescindible que no existan dos razones igualmente correctas (concluyentes) que justifiquen acciones diferentes. Esta posición tiene que negar, en última instancia, un pluralismo valorativo porque de lo contrario deja abierta la posibilidad de dos marcos justificatorios igualmente plausibles y con ello reaparece el fraccionamiento del razonamiento práctico que se pretende impugnar, aun cuando esto ocurra dentro del ámbito de la moral ideal.

En resumen, conforme a esta posición, el razonamiento práctico justificatorio no es solamente un razonamiento lógico, sino que requiere además la corrección material del mismo, i.e. la bondad de las premisas. Adicionalmente, es necesario que para cada situación de justificación sólo haya una que lo sea.

Es interesante señalar que una tesis de este tipo debe afrontar un problema particularmente grave a la hora de identificar cuál, de entre todas las alternativas, es *la* premisa correcta. Las diferentes respuestas ofrecidas a este problema epistémico y la inexistencia de un método infalible de búsqueda parecen demostrar que aun admitiendo los presupuestos de esta tesis estamos irremediablemente limitados a esbozar diferentes marcos normativos que, por ser considerados los más plausibles, se proponen como puntos de partida de la justificación. Esto significa que la fragmentación es inevitable, dadas nuestras limitaciones epistémicas[19].

---

[18] Para una distinción entre ambos sentidos de justificación, véase: Jääskinen, Nilo, «External Justification of Propositions in Legal Science» en *Man, Law and Modern Forms of Life,* Bulygin E. *et al* (eds), Rediel, Dordrecht, 1985.

[19] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Verdad Deóntica y Valores» en *Análisis Lógico y Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 602 y ss.

En conclusión:

a) suponiendo el sentido lógico de justificación, es incuestionable que existen tantas justificaciones como premisas podamos encontrar en relación de deducción lógica con la conclusión;

b) suponiendo el sentido valorativo de justificación, también debemos admitir que hay tantas justificaciones como premisas lógica y moralmente adecuadas podamos señalar en relación con el contenido de la conclusión en cuestión;

c) suponiendo la tesis moral de la única respuesta correcta, aún tenemos que reconocer el fraccionamiento epistémico de nuestro razonamiento práctico.

Por último cabe destacar que dentro de una teoría positivista no ideológica del derecho, al hablar de normas jurídicas como premisas de justificación no se toma este concepto en sentido valorativo, i.e. no se pretende que las premisas sean moralmente adecuadas, y menos aún que sean las únicas moralmente adecuadas. Ello no es necesario para el sentido lógico de justificación utilizado por esta teoría. Para satisfacer esta noción es suficiente contar con un criterio que permita identificar las normas jurídicas y, a partir de allí, una vez determinada la norma aplicable y la descripción de los hechos subsumibles en ella, se puede inferir una conclusión que estará justificada *en relación* a estas premisas.

III. Decisión y Argumentación Jurídica.

1) La expresión «decisión judicial» es ambigua[20]. Por una parte, se refiere al *acto de decidir* y, por otra parte, al *contenido de la decisión*. El contenido de una decisión está jurídicamente justificado si y sólo si se deriva lógicamente de una norma jurídica N y la descripción de ciertos hechos. El acto de decidir está jurídicamente justificado si y sólo si está autorizado en un sistema jurídico Sj.

Otra distinción bien conocida es la que se hace entre la justificación de la conclusión de una inferencia (I), y la justificación de las premisas de la inferencia.(I). Siguiendo una terminología ampliamente aceptada, denominaremos a ambos tipos de justificación «justificación interna» y «justificación externa» respectivamente.

Es frecuente reconstruir la justificación interna del contenido de una decisión conforme al argumento deductivo *modus ponens*. Esto plantea, al menos, dos importantes problemas, que serán discutidos en lo que resta de este trabajo:

---

[20] Caracciolo, Ricardo, «Justificación normativa y pertenencia» en Análisis Filosófico, VIII, nº 1, 1988, pág. 41 y ss.

(i) la caracterización de la validez lógica de una inferencia normativa;

(ii) la justificación de la elección de las premisas de un argumento.

2) En cualquier inferencia, ya sea teórica o práctica, es necesario distinguir cuidadosamente entre la elección de un conjunto de premisas P y la derivación de la conclusión a partir del conjunto P. La falta de una adecuada distinción entre estos aspectos de la justificación de una decisión puede provocar importantes confusiones. Es verdad que frecuentemente surgen dificultades relativas a la selección de las premisas de un argumento; pero esto no tiene ninguna incidencia en la validez de una inferencia: *antes* de la elección de las premisas, no es posible establecer ninguna inferencia y *después* de establecer las premisas sólo resta analizar la validez lógica de la inferencia. Las dificultades, epistemológicas y psicológicas, relativas a la elección de las premisas no afectan en manera alguna al razonamiento deductivo en general y a la validez del esquema inferencial *modus ponens* en particular[21].

Una diferencia importante entre justificación interna y externa es la siguiente: la elección de las premisas de una inferencia (I) es el resultado de un proceso de deliberación y argumentación que se desarrolla conforme a criterios diferentes a los proporcionados por la lógica deductiva. Por el contrario, la justificación de la conclusión de una inferencia (I) depende de la validez lógica de (I).

Al respecto, en una valiosa contribución al estudio de la argumentación jurídica, Atienza señala:[22]

«... justificar una decisión en un caso difícil, significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas.»

O, también:[23]

«La justificación interna es tan sólo cuestión de lógica deductiva, pero en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto».

Un caso puede ser un «caso difícil», al menos, por:[24]

a) *Problemas normativos:* existen dudas sobre de qué manera hay que entender los términos de una determinada formulación normativa;

---

[21] De Páramo, Juan, «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», ob cit., Pgs 92-93, 94, 96.

[22] Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pg 25.

[23] Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho,* ob cit., pág. 46.

[24] Atienza, Manuel, «Para una Teoría de la Argumentación Jurídica», en *Doxa,* nº 8, pág. 53 MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory,* Clarendon Press, Oxford, 1978, pág. 65 y ss. Aarnio, Aulis, *Lo Racional como Razonable,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pg 23-25.

o existen dudas sobre qué norma hay que aplicar a un caso x; o existen dudas respecto de la inclusión de un objeto (hecho) x en la clase definida por los supuestos previstos en una norma; b) *Problemas fácticos:* existen dudas acerca de si un hecho x ha tenido lugar.

Si dejamos aparte a los problemas fácticos, la cuestión se centra en el papel que desempeña la lógica en la solución de problemas de ambigüedad, vaguedad y pluralidad normativa. Antes de responder a este punto es importante remarcar algunos papeles que la lógica *no desempeña:*

(i) En caso de ambigüedad, la lógica no nos proporciona un criterio para identificar a la mejor (la más justa, la más correcta) de las interpretaciones posibles de un texto legal;

(ii) en caso de vaguedad, la lógica no nos proporciona un criterio de decisión respecto del alcance (extensión) de un concepto;

(iii) en caso de pluralidad normativa, la lógica no nos proporciona un criterio para decidir acerca de la norma aplicable.

La lógica sólo proporciona un criterio para controlar la validez de una inferencia. Por consiguiente, es compatible con la justificación externa tanto de casos fáciles como de casos difíciles. Por ejemplo, respecto a la justificación de las premisas de un argumento, Atienza afirma acertadamente que:[25]

«... cuando se justifica una determinada decisión *d*, hay que ofrecer razones particulares A, B, C, en favor de la misma, pero tales razones particulares no son suficientes; se necesita ademas un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias A, B, C, debe tomarse la decisión X.

El enunciado normativo general podría ser, por ejemplo, siguiendo a Aarnio:[26]

«En la decisión de un caso difícil se debe tratar de alcanzar una solución tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación».

O, también podría ser, siguiendo a MacCormick, que el enunciado normativo general exija tener en cuenta, para la justificación de segundo orden, la consistencia, coherencia y consecuencias de la decisión[27]. O,

---

[25] Atienza. Manuel. *Las Razones del Derecho*, ob cit. pág. 141.

[26] Aarnio, Aulis. «Da tesis de la respuesta correcta y, el principio regulativo del razonamiento práctico» en *Doxa*, N8. pág. 37.

[27] MacCormick. Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory,,* ob cit, Capítulo V. Por ejemplo, en «The artificial reason and judament of law», *Recthstheorie,* Beiheft 2. Berlín, 1981, pág. 109, 110. afirma: «Each side has to show that it seeks not some act of particular grace, but instead seeks what is right in the circunstances. But what is right in the circunstances is right for any such circunstances».

quizás como sugiere Dworkin al caracterizar al positivismo jurídico, que los jueces deben actuar como lo haría el mismo legislador si hubiera previsto el caso[28].

Después de la *elección* de una premisa normativa general (PNG), es necesario analizar cuál de las distintas alternativas disponibles satisface a PNG, por ejemplo: cuál de las distintas interpretaciones de una formulación normativa satisface a PNG. Obviamente, la posibilidad de controlar esta decisión de un caso mediante las reglas del razonamiento deductivo surge *a posteriori* de la elección de las premisas: la lógica no señala qué premisas debemos escoger. Pero esto ocurre tanto en casos fáciles como en casos difíciles[29]. Por consiguiente, no hay razones para pensar que la justificación de las premisas en un caso difícil no puede ser controlada conforme a la lógica deductiva. Más aún, si es verdad que[30] «la lógica que -como la gramática- es una disciplina prescriptiva: no dice cómo los hombres piensan o razonan de hecho, sino cómo deberían hacerlo»; entonces también es verdad que prescindir de la lógica en el control de la validez de las inferencias que establecen las premisas en un caso difícil, es comportarse como no deberíamos hacerlo. Obviamente, la lógica no asegura que diferentes sujetos utilicen los mismos enunciados generales para justificar las premisas de un argumento en un caso difícil. Pero, tampoco asegura que utilicen las mismas premisas en un caso fácil. En ambos casos (fáciles y difíciles) es necesario *decidir* acerca de las premisas a utilizar en la justificación. Y, como señala MacCormick, «decidir no es deducir»[31].

Es claro que si se admiten estas consideraciones, los argumentos deductivos se presentarán habitualmente en forma entimemática[32]. Pero, en este punto, la lógica también constituye una herramienta útil: si el argumento es entimemático, existe una premisa de ese argumento que no ha sido formulada y con la ayuda de la lógica podemos explicitarla, para someterla -si fuera necesario- a la discusión y al análisis crítico. En este sentido, al hacer explícita la premisa presupuesta no se añade ninguna premisa nueva al argumento, sino que se pone de manifiesto uno de los fundamentos de la conclusión.

---

[28] Dworkin, Ronald, *Los derechos en erio,* Ariel, Barcelona, 1984, pág. 147.

[29] Caracciolo, Ricardo, «Racionalidad Objetiva y Racionalidad Subjetiva», en *Doxa*, nº 4, pág. 151.

[30] Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho*, ob cit, pág. 34.

[31] La cita la tomamos de Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Los Limites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico», ob cit, Pg. 303.

[32] Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho,* ob cit, pág. 41 y 42.

3) Hay un punto importante que destacan correctamente quienes se ocupan de la justificación de las decisiones normativas: la premisa mayor de la inferencia no puede ser una proposición. Si la conclusión del argumento es una norma dictada por el órgano competente, entonces tiene que existir una norma que justifique el contenido de la decisión. Pero esto nos enfrenta a un problema diferente: si las normas no poseen valores veritativos, no pueden ser premisas ni conclusiones de una inferencia válida. Una argumentación es lógicamente válida cuando es imposible que sus premisas sean verdaderas y no lo sea su conclusión. Este criterio semántico de la validez de los argumentos conduce al bien conocido dilema de Jorgensen. Alchourrón y Bulygin lo formulan de la siguiente manera:[33]

«... O bien la noción de inferencia y las conectivas proposicionales son caracterizadas en términos de verdad y entonces no hay una lógica de normas y las conectivas lógicas no pueden operar sobre normas, o bien hay una lógica de normas, pero entonces el concepto de inferencia y las conectivas lógicas no pueden definirse en términos de la verdad».

Atienza se inclina por el segundo cuerno del dilema y afirma:[34]

«... los autores que sostienen la tesis de que la lógica no se aplica a las normas están, en realidad, confundiendo los términos del problema, en cuanto no parecen haber reparado en el diferente carácter que tienen estas dos preguntas. Por un lado está la cuestión de si la relación que guardan entre sí las normas válidas (en el sentido de pertenecientes a un sistema) son relaciones de tipo lógico. La respuesta a esta pregunta es obviamente negativa, puesto que es posible que a un mismo sistema pertenezcan normas contradictorias entre sí.»

La respuesta a la pregunta de Atienza, tendría que ser afirmativa: si dos normas se contradicen entre sí entonces hay, al menos, una relación *lógica* de contradicción normativa. Pero, esta conclusión presupone lo que se tiene que mostrar: que existen relaciones lógicas entre normas y, especialmente, contradicciones normativas.

Sin embargo, Atienza añade:[35]

«Y por otro lado está la cuestión de si se puede inferir válidamente una norma de otra. La respuesta a esta última pregunta es perfectamente independiente de la anterior, y no se ve por qué no ha de ser afirmativa.»

Pero, es claro que si se admite la existencia de contradicciones normativas, entonces es necesario admitir la relación de inferencia entre

---

[33] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Los limites de la lógica y el razonamiento jurídico» en *Análisis Lógico y Derecho,* ob cit., pág. 321.

[34] Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho,* ob cit., pág. 35.

[35] Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho,* ob cit., pág. 35 y 36.

normas; ya que la afirmación de que una norma N y una norma N1 se contradicen implica al enunciado «la negación de N1 se infiere de N». Por consiguiente, los problemas no son independientes y en ambos Atienza *presupone* una respuesta afirmativa al problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho. En este sentido añade:[36]

«En realidad, el problema con el que nos tropezamos aquí es que en la definición de argumento deductivo antes aceptada, se contemplaba únicamente enunciados susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos, y esta característica... no la poseen las normas.»

Para superar esta dificultad, Atienza propone la siguiente reformulación:[37]

Tenemos una *implicación* o una *inferencia lógica* o una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien, correcta, justa, válida, etc.) si las premisas son verdaderas (o bien, correctas, justas, válidas, etc.)»

Esta redefinición del concepto de inferencia presupone que el concepto de verdad puede ser sustituido por otras propiedades posibles del discurso prescriptivo. Pero el problema es encontrar un criterio que relacione *necesariamente* a las premisas y la conclusión. En el caso de las proposiciones, el criterio de validez es que para cualquier valor de verdad asignado a las proposiciones, no hay una combinación veritativa que haga verdaderas las premisas y falsa a la conclusión. Pero, en el discurso prescriptivo, no existe una propiedad que sea similar a la verdad de una proposición y esta es la razón de que muchos filósofos abandonaran el intento de construir una lógica de normas[38].

En resumen, hemos tratado de mostrar que la lógica no proporciona un argumento a favor de la relación necesaria entre derecho y moral. También hemos señalado que la resolución de casos difíciles no escapa, necesariamente, del ámbito del razonamiento deductivo.

Finalmente, es importante advertir que una clara concepción de la naturaleza del razonamiento (teórico, práctico, jurídico, etc.) implica y es implicada por una clara comprensión acerca de la naturaleza de la lógica. En este sentido, el análisis de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica y del razonamiento práctico poseen un innegable valor. Si, adicionalmente, se acuerda que el progreso en filosofía tiene directa relación con la reformulación y revisión de los interrogantes clásicos[39], entonces hay que reconocer a estas teorías su genuina importancia.

---

[36] Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho,* ob cit., pág. 36.

[37] Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho,* ob cit, pág. 36.

[38] Von Wright, Georg, «Is and Ought», en *Man, Law and Modern forms of Life,* ob cit.

[39] Von Wright, Georg, «On Human freedom» en *The Tanner Lectures on Human Values,* Vol VI, University of Utah Press, 1985, pág. 109 y ss.

DEROGACIÓN, RECHAZO Y SISTEMA JURÍDICO

1. Introducción

No supone ninguna novedad afirmar que la obra de C. Alchourrón y E. Bulygin constituye uno de los hitos capitales de la teoría del Derecho contemporánea; que ella ha contribuido de manera sobresaliente a aclarar multitud de problemas lógicos y conceptuales; y que ha servido, entre otras muchas cosas, para consolidar una determinada manera de hacer teoría del Derecho y, por tanto, también, de entenderla. La evidencia de la relevancia de dicha obra es tal que hace superflua cualquier justificación de su estudio. En este trabajo me voy a ocupar de algunas contribuciones de C. Alchourrón y E. Bulygin a la teoría de la derogación.

En un artículo de 1981, titulado «Teoría y técnica de la legislación», E. Bulygin proponía una determinada sistematización de los problemas con que se enfrenta el legislador cuando trata de resolver de manera anticipada conflictos sociales por medio de la legislación. Dentro de los problemas que él denominaba «técnicos» distinguía los «lingüísticos», (ambigüedad y vaguedad) de los «lógicos». Y dentro de estos últimos, a su vez, separaba los problemas «sistemáticos» (tales como las contradicciones, las lagunas y las redundancias normativas) de los problemas «dinámicos» (relacionados con la promulgación y la derogación)[1]. Esta última distinción es interesante porque si se leen los distintos trabajos en los que C. Alchourrón y E. Bulygin se han ocupado de la derogación, es fácil observar que, a pesar de que puedan apreciarse de unos a otros cambios no siempre sólo de detalle, todos ellos la respetan. Ello es debido, en mi opinión, a que, aunque a veces varíe la terminología que

[1] Bulygin, E.: «Teoría y técnica de la legislación», en Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Análisis lógico y Derecho*, C.E.C., Madrid, 1991, págs. 411-413 y 423.

utilizan, la concepción de las normas con la que operan o los problemas colaterales que abordan, siempre permanece inalterada una distinción que es fundamental para la comprensión de su obra en materia de derogación: me refiero a la distinción entre sistema jurídico (entendido como conjunto de normas que contiene todas las consecuencias lógicas) y orden jurídico (entendido como una secuencia de sistemas jurídicos)[2]. Pues bien, lo que aquí me propongo hacer es mostrar algunas insuficiencias del aparato conceptual utilizado por Alchourrón y Bulygin para dar cuenta del fenómeno derogatorio tal como opera en el Derecho y, en particular, mostrar que en su obra se produce una cierta superposición entre los planos sistemático y dinámico. Al final, dicha crítica pretende también abrir una brecha en la noción misma de sistema jurídico, entendido como conjunto de normas promulgadas y no derogadas. La estrategia argumentativa que voy a seguir es la siguiente: intentar mostrar que su teoría del Derecho olvida ciertos datos sobre cómo opera realmente el Derecho y no permite dar cuenta de manera adecuada de distinciones a las que los juristas acuden con cierta frecuencia y que, si bien debe reconocerse que no están del todo bien construidas, no son enteramente arbitrarias, sino que responden a ciertas necesidades reales.

Pero antes de entrar a exponer y criticar las contribuciones de Alchourrón y Bulygin a la teoría de la derogación, quiero mostrar los cuatro contextos en los que, en mi opinión, los juristas se refieren a la derogación:

A. Todo el mundo admite el uso de la expresión «derogación», o mejor de «disposición derogatoria» cuando se encuentra con disposiciones que prevén la derogación de otras disposiciones a las que mencionan, esto es, con disposiciones del tipo: «queda derogado el art. x de la ley y».

B. Se habla también de derogación o de «disposiciones derogatorias genéricas» para referirse a cláusulas derogatorias que no mencionan las disposiciones que pretenden derogar. Estas cláusulas suelen adoptar formulaciones semejantes a la siguiente: «quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente ley».

C. Los juristas recurren también a la expresión derogación cuando, en fase de interpretación y aplicación del Derecho, determinan las relaciones de preferencia entre normas jurídicas incompatibles. Así, por ejemplo, hablan de principios derogatorios para referirse a los criterios que gobiernan dicha ordenación, esto es, para referirse a los principios de *lex superior, lex posterior* y lex specialis[3].

---

[2] Alchourrón, C. y Bulygin, E: «Sobre el concepto de orden jurídico», en Alchourrón, C. y Bulygin, E: Análisis..., ob. cit., pág 396 y 397.

[3] Más adelante argumentaré sobre la inconveniencia de considerar que todos estos principios están relacionados con la derogación.

D. Finalmente, se utiliza también la expresión «derogación» para referirse a la sustitución de textos normativos aunque no cambie la disciplina de la materia por ellos regulada. Este es el caso, por ejemplo, de los llamados textos refundidos.

Si se analizan brevemente estos cuatro casos[4], no es difícil observar que pueden reducirse a dos: los casos A y C, que los podríamos llamar respectivamente el caso de «la cláusula derogatoria concreta» y el caso de la «derogación por incompatibilidad». El caso B, esto es, el de «las cláusulas derogatorias genéricas», puede ser reducido al C por la sencilla razón de que, como se han encargado de mostrar los estudios de técnica legislativa, dichas cláusulas derogatorias genéricas no aportan nada y son redundantes en relación con el principio de *lex posterior*[5]. Y, finalmente, el caso D es irrelevante para nuestros fines porque o bien se realiza incorporando cláusulas derogatorias concretas (en cuyo caso sería reducible al caso A), o bien lo único que genera es redundancia y éste es un problema menor del que aquí podemos prescindir.

2. Promulgación, derogación e indeterminación lógica del sistema.

La cuestión central que abordan C. Alchourrón y E. Bulygin en torno a lo que, siguiendo el esquema propuesto por Bulygin, podemos llamar problemas dinámicos es que los sistemas jurídicos pueden cambiar como resultado bien de la adición de nuevas normas (mediante actos de promulgación), bien de la sustracción de normas (mediante actos de derogación). Adición y sustracción son, según estos autores, las dos operaciones básicas a considerar.

¿Qué ocurre cuando se promulga una nueva norma? Se agrega la nueva norma al sistema anterior produciéndose así un cambio de sistema. Pero como, según la concepción de Alchourrón y Bulygin, el sistema jurídico está compuesto no sólo por las normas formuladas, sino también por las que de ellas se derivan, el sistema resultante

---

[4] Estos cuatro contextos de la derogación están directamente inspirados en la clasificación que hace R. Guastini de los actos derogatorios. Este autor distingue los actos derogatorios expresos de los tácitos. Dentro de los actos derogatorios expresos diferencia, a su vez, la derogación *nominata* de la derogación *innominata*; y dentro de los tácitos la derogación por incompatibilidad de la derogación por nueva disciplina. Cfr. Guastini, Riccardo: «In tema di abrogazione», en Luzzati, Claudio (a cura di): *L'abrogazione delle leggi. Un dibattito analitíco,* Giuffré, Milán, 1987, págs. 7 y ss. También puede verse Guastini, R: *Dalle fonti alle norme,* Giappichelli, Torino, 1990, págs. 245 y ss.

[5] Cfr. Aguiló Regia, Josep: *Técnica legislativa y documentación automática de legislación,* en «Informatica e diritto», enero-abril, 1990, págs. 105 y ss.

contendrá las consecuencias de la base del sistema anterior (esto es, las consecuencias de sus normas formuladas), las consecuencias de la nueva norma y las consecuencias de la suma de ambas. El resultado de añadir una norma a un sistema jurídico es siempre -dicen Alchourrón y Bulygin- un sistema jurídico determinado, esto es, el resultado de esta operación es siempre unívoco[6].

¿Qué ocurre cuando se deroga una norma? En el caso de la derogación las cosas son más complicadas. Aquí hay que distinguir tres supuestos distintos que, en opinión de Alchourrón y Bulygin, comportan dos conceptos diferentes de derogación, según que ésta conlleve o no un cambio de sistema: A. Derogación de la formulación de una norma sin que por ello se aniquile ninguna norma del sistema; B. derogación de una norma formulada; y C. derogación de una norma derivada[7].

A. *Derogación de la formulación de una norma.* Cuando en un sistema jurídico una norma ha sido formulada dos veces o cuando se formula una norma que ya existía en el sistema como norma derivada, entonces el sistema es redundante respecto de esa norma. Si se deroga la formulación de una norma redundante, se modifica la base del sistema. Sin embargo, el sistema permanece invariable, ya que contiene las mismas consecuencias[8]. Interesa aquí llamar la atención sobre lo siguiente: la derogación de la formulación de una norma redundante sólo puede llevarse a cabo a través de lo que antes hemos llamado cláusulas derogatorias concretas. Es decir, la única manera de eliminar la redundancia es mencionando la norma formulada que se quiere eliminar. La derogación por incompatibilidad necesariamente conlleva un cambio en las consecuencias del sistema jurídico.

B. *Derogación de una norma formulada.* Cuando se deroga una norma formulada para, eventualmente, colocar otra en su lugar, lo que se sustrae es la norma formulada, las consecuencias que de ella se derivan y todas las normas para cuya derivación ella era necesaria. Al igual que ocurría en el caso de la promulgación, el resultado de estas operaciones de sustracción es siempre unívoco, es decir, es un determinado sistema jurídico[9]. Aquí, a la luz de lo visto en la **Introducción**, la derogación podría llevarse a cabo bien mediante cláusulas derogatorias concretas, bien introduciendo una norma incompatible con la que se desea derogar. Ello, sin embargo, requiere algunos comentarios. En primer lugar, y como trataré de mostrar más adelante, la derogación por

[6] Alchourrón, C. y Bulygin, E.: «Sobre el concepto...» ob. cit. págs. 398 y 399.
[7] *Ibidem,* págs. 399 y 401.
[8] *Ibidem,* pág. 399.
[9] *Ibidem,* págs. 400 y 401.

incompatibilidad, en mi opinión, sólo puede ser abordada desde la perspectiva de los conflictos entre normas, y estos conflictos, como hemos visto, eran señalados por Bulygin como típicos problemas sistemáticos. En segundo lugar, si la derogación se produce como consecuencia de una cláusula derogatoria concreta, entonces no hay diferencia sustancial entre este caso y el anterior, pues dichas cláusulas sólo pueden referirse a formulaciones de normas. En ambos casos lo que hace la autoridad es eliminar la formulación de una norma, aunque eventualmente puedan variar las consecuencias de la nueva base. Ello es importante porque, a diferencia de lo que sostienen Alchourrón y Bulygin[10], lo que nos permite distinguir los dos conceptos relevantes de derogación no es el hecho contingente de que cambie o no el sistema, sino el de que hay dos operaciones distintas, que tienen lugar en niveles diferentes del lenguaje. Una consiste en dictar disposiciones que mencionan formulaciones de normas que deben ser eliminadas de la base del sistema. La otra, en introducir normas incompatibles con normas anteriores. Esa es, en mi opinión, la distinción conceptualmente relevante para la teoría de la derogación.

C. *Derogación de una norma derivada.* La cuestión se complica considerablemente cuando se trata de la derogación de una norma derivada, pues el resultado ya no es siempre unívoco, esto es, no es siempre un único conjunto de normas sino que puede ser una pluralidad alternativa de conjuntos de normas. Ello puede suceder cuando la norma derogada no sea consecuencia de ninguna norma en particular, pero si de un conjunto de normas. Con la eliminación de una de las normas pertenecientes a ese conjunto se solventa la cuestión, pero el problema radica en determinar de cuál de esas normas hay que desprenderse. Ello, que se ha convenido en llamar la paradoja de la derogación, supone, pues, la aparición del problema de la indeterminación lógica del sistema[11]. Alchourrón y Bulygin dicen que esta situación puede darse cada vez que el legislador emplea una cláusula derogatoria genérica sin especificar las normas que deroga[12]. Pero como ya he dicho anteriormente, estas cláusulas son redundantes con el principio de *lex posterior,* lo que quiere decir que el mismo problema puede presentarse con o sin cláusula derogatoria genérica. En cualquier caso, lo que sí es claro es que, al no conocerse cláusulas derogatorias concretas destinadas a derogar normas no formuladas, el único procedimiento posible es el de la derogación por incompatibilidad.

---

[10] *Ibidem*, pág. 401.

[11] *Ibidem,* págs 401-404. Sobre la indeterminación lógica del sistema normativo puede verse, también, Alchourrón, C. y Bulygin, E.: «La concepción expresiva de las normas», en Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Análisis*..., ob. cit., págs. 140 y 141.

[12] Alchourrón, C. y Bulygin, E: «Sobre el concepto...», ob. cit., pág. 403.

Pero detengámonos por un momento en la derogación de normas no formuladas y veamos un ejemplo de paradoja de la derogación que Bulygin toma de Hilpinen[13]. Consideremos un sistema compuesto por las dos siguientes normas:

Q1: Juan debe trabajar todos los días de la semana entre las 10 y las 18 h.

Q2: Juan no debe tomar alcohol mientras trabaja.

Supongamos ahora que con posterioridad el empleador de Juan dicta el siguiente permiso:

M: Juan puede tomar alcohol los sábados entre las 10 y las 18 horas.

Parece, en principio, que M levanta algunas prohibiciones existentes en el sistema anterior y que, dado que M es posterior, toda la cuestión puede resolverse aplicando el criterio de *lex posterior*. El problema, sin embargo, subsiste porque M es compatible con cada una de las normas formuladas de nuestro sistema pero, y ahí esta el *quid,* es incompatible con la conjunción de Ql y Q2. O Ql o Q2 debe ser eliminada, pero ¿cuál? La indeterminación consiste en que, al no disponer de un criterio para elegir entre las normas en cuestión, el resultado es una pluralidad alternativa de sistemas. En mi opinión, y no perdiendo de vista nuestro ejemplo, todo el problema radica exclusivamente en la pretensión de abordar la cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad de esas tres normas desde la perspectiva de la derogación. Más adelante trataré de argumentar la inconveniencia de suponer que todos los conflictos entre normas que se producen por la introducción de una nueva norma en el sistema se resuelven por (o tienen que ver con la) derogación: sólo cabe considerar que media derogación cuando en la resolución del conflicto lo determinante es la ordenación temporal de las normas. En nuestro ejemplo, me parece claro que un jurista que se propusiera resolver el conflicto lo haría acudiendo a recursos interpretativos ajenos a la ordenación temporal. Creo que la mejor manera de ver que el caso representado por el ejemplo no debería ser visto como un caso de derogación u ordenación temporal radica en observar que nuestro jurista se encontraría exactamente con el mismo problema si las tres normas hubieran sido dictadas simultáneamente. Si es cierto que en ambos casos el jurista resolvería el caso acudiendo a criterios al margen del momento de la promulgación de las normas, parece razonable independizarlo de la derogación.

---

[13] Bulygin, E.: «Dogmática jurídica y sistematización del Derecho», en Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Análisis...,* ob. cit., pág. 474.

3. Rechazo, ambivalencia y derogación.

Hasta ahora me he centrado básicamente en un artículo de 1970 titulado «Sobre el concepto de orden jurídico». En «La concepción expresiva de las normas» de 1981, Alchourrón y Bulygin introducen, entre otras muchas nociones, la de rechazo (o acto de rechazo) y, relacionada con ella, la de conflicto de ambivalencia. El rechazo -dicen- es el acto mediante el cual la autoridad identifica las normas que no quiere que formen parte del sistema normativo. Así, y ello tiene que ver con la concepción de las normas con que operan Alchourrón y Bulygin en el mencionado artículo, junto a la actitud de promulgar (que permite incrementar el conjunto de proposiciones ordenadas) hay que considerar la actitud de rechazar (que permite sustraer normas del sistema y también, como se verá más adelante, impedir su incorporación al mismo). Cuando los juristas hablan de derogación se están refiriendo, según nuestros autores, al rechazo de un contenido normativo. Hay que tener en cuenta que rechazar no es negar: el que rechaza una proposición no afirma ninguna proposición, mientras que el que niega una proposición sí. La diferencia que hay entre el rechazo y la negación puede verse a partir de considerar la diferencia que hay entre el agnóstico y el ateo. El primero rechaza la proposición de que «dios existe» sin afirmar nada, el ateo niega la verdad de dicha proposición afirmando la verdad de que «dios no existe»[14].

Naturalmente, si hay dos actitudes normativas, la de promulgar y la de rechazar, tiene sentido hablar de conflictos entre promulgación y rechazo. La orden de hacer p y la orden de hacer -p son conflictivas porque sus contenidos normativos p y -p son contradictorios: es imposible lógicamente satisfacer las dos órdenes. Si un mismo sistema contiene ambas órdenes entonces es incoherente, ya que contiene una contradicción. En forma semejante, la promulgación de una norma y el rechazo de la misma son incompatibles: cabe hablar de conflicto entre la promulgación o la orden de p y el rechazo de p. Pero este conflicto es distinto del anterior. En el primero había acuerdo de actitudes (se trataba siempre de ordenar) y desacuerdo en el contenido normativo (p y -p). Alchourrón y Bulygin llaman a este tipo de conflicto incoherencia normativa. En el segundo, lo que se produce es un desacuerdo de actitudes (promulgar frente a rechazar) y un acuerdo en los contenidos normativos (se trata siempre de p). A este segundo tipo de conflicto, Alchourrón y Bulygin lo denominan ambivalencia[15].

---

[14] Alchourrón, C. Bulygin, E.: «La concepción expresiva de las normas», ob. cit., págs. 131-133.

[15] *Ibidem,* págs. 135 y 136.

Según estos autores, en la práctica los juristas utilizan tres criterios o reglas de preferencia para resolver los conflictos entre actos de promulgación y de rechazo que se refieren al mismo contenido normativo. Estos tres criterios, que sirven para determinar qué acto debe prevalecer, son los de *auctoritas superior*, *auctoritas posterior* y *auctoritas specialis*. Estas reglas son distintas de (y no deben ser confundidas con) las de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*, que se utilizan para resolver los casos de incoherencia normativa[16].

El criterio de *auctoritas superior* establece que debe prevalecer el acto (ya sea de promulgación o rechazo) realizado por la autoridad de nivel jerárquico superior. Esto es, si una autoridad superior promulga una norma, entonces esa norma no puede ser derogada por una autoridad inferior, o, en otras palabras, el sistema no cambia como consecuencia del acto realizado por la autoridad inferior. En definitiva, el rechazo de un contenido normativo realizado por una autoridad superior lleva a la eliminación del mismo, si éste había sido promulgado con anterioridad, e impide su futura adición al sistema mediante actos de promulgación realizados por autoridades inferiores. Este último caso muestra -dicen- que el rechazo no tiene por qué ser temporalmente posterior al acto de promulgación. Es decir, según Alchourrón y Bulygin, cabe hablar de derogación anticipada de normas todavía no promulgadas. Para darse cuenta de que ello tiene perfecto sentido basta -dicen- distinguir entre la operación de eliminación de los contenidos normativos que han sido rechazados y el acto de rechazo mismo. El rechazo de normas no promulgadas cumple la función de prevenir su promulgación y ello es lo que ocurre, por ejemplo, con los derechos y garantías constitucionales: previenen que ciertos contenidos normativos puedan ser agregados al sistema[17].

La regla de *auctoritas posterior*, que es suplementaria en relación con la de *auctoritas superior*, determina que el acto (ya sea de promulgación o rechazo) realizado con posterioridad prevalece sobre el anterior. Y la regla de *auctoritas specialis* implica que debe prevalecer el acto de contenido normativo menos general[18].

Expuesto lo anterior, no quiero entrar a discutir hasta qué punto es preferible o no la concepción expresiva de las normas frente a la hilética, pero sí quiero entrar a valorar hasta qué punto la noción de rechazo es interesante para la teoría de la derogación. Para ello voy a distinguir los dos casos siguientes: A. el rechazo de normas que pertenecen al sistema y B. el rechazo de normas que no pertenecen al sistema.

---

[16] *Ibidem,* págs. 136 y 137.
[17] *Ibidem,* págs. 136 y 137.
[18] *Ibidem,* pág. 137.

A. *El rechazo de normas que pertenecen al sistema*. En la *Introducción* he sostenido que la derogación de normas puede llevarse a cabo por dos procedimientos: bien mediante la edición de cláusulas derogatorias concretas, bien mediante la introducción en el sistema de normas incompatibles con las que se pretenden derogar. Pues bien, en mi opinión, la noción de rechazo sirve para explicar cómo opera la derogación a través de las cláusulas derogatorias concretas, pero no para dar cuenta de la derogación por incompatibilidad. Ello se debe a lo siguiente: si se interpreta -como hacen Alchourrón y Bulygin- que hay rechazo cada vez que el legislador se limita a regular de una manera diferente una determinada materia, entonces la noción de ambivalencia es sencillamente redundante con la de incoherencia normativa. El rechazo como acto de identificación, de las normas que la autoridad quiere que dejen de formar parte del sistema requiere la mención de las mismas. Cuando éstas no son mencionadas y lo único que ocurre es que se disciplina de una manera diferente una determinada materia, entonces sencillamente nos encontramos con un caso de incoherencia normativa como resultado de dos actos de promulgación. Lo que quiero decir con todo ello es que creo que la noción de rechazo, y como derivada de ella la de ambivalencia, puede valer para dar cuenta de lo que los juristas denominan «normas derogatorias», pues es claro que el conflicto que pueda darse entre la norma derogatoria (la cláusula derogatoria concreta) y la norma anteriormente promulgada que se pretende derogar es, en efecto, de naturaleza distinta a la incoherencia normativa. Esta forma de entender el rechazo no es, por cierto, otra cosa que reinterpretarlo de forma que no suponga una confusión entre los planos dinámico y sistemático y, en el fondo, es el resultado de retomar la idea kelseniana de que entre la norma derogatoria y la norma que se deroga no se produce incoherencia normativa porque la norma derogatoria no incorpora un deber ser sino un no-deber-ser[19].

Así entendido el rechazo, cabe hablar, por ejemplo, de conflicto entre la promulgación de la ley x y la derogación expresa o el rechazo de la ley x (si no se deroga expresamente no hay identificación de normas y, por tanto, no puede haber rechazo alguno). Lo que puedan aportar los criterios de *auctoritas superior* y *auctoritas posterior* a la solución de conflictos como éste es claro: Si una autoridad inferior dicta una cláusula derogatoria que dice, por ejemplo, que queda derogado el art. 25 de la constitución, prevalece, de acuerdo con el criterio de

[19] Cfr. Kelsen, H.: *Teoría qenerale delle norme,* ed. Mario G. Losano, trad. de Mirella Torre, Einaudi, Torino, 1985, pág. 171; o Kelsen, H: «Derogation», en *Essays in leqal and Moral Philosophy,* selección e introducción de O. Weinberger, Ed. Reidel, Dordrecht, 1973, pág. 261.

auctoritas superior, la promulgación de la constitución frente al rechazo de la misma. Si el legislador dicta una cláusula derogatoria según la cual se deroga una ley anterior, en base al principio de *auctoritas posterior*, prevalece el rechazo de dicha ley frente a su promulgación. Lo que pueda aportar el criterio de *auctoritas specialis* ya no se entiende, pues según Alchourrón y Bulygin «estipula que un acto de promulgación o rechazo de un contenido normativo menos general prevalece sobre el acto referido a un contenido más general»[20]. Y no se entiende por la sencilla razón de que, tal como hemos reinterpretado aquí el rechazo, éste requiere la mención de la norma que se rechaza y no puede haber conflicto entre los contenidos de las normas. Este conflicto puede darse como resultado de dos actos de promulgación (lo que podría dar lugar a una incoherencia normativa) pero no entre un acto de promulgación y otro de rechazo.

B. *El rechazo de normas que no pertenecen al sistema*. Es decir, aún no promulgadas. A propósito de ello escriben Alchourrón y Bulygin: «el rechazo no tiene porque ser temporalmente posterior al acto de promulgación [...] cabe hablar de «derogación» anticipada de normas todavía no promulgadas [...] Si distinguimos entre la operación de eliminación de los contenidos normativos que han sido rechazados y el acto de rechazo, nos daremos cuenta que tiene perfecto sentido rechazar un contenido normativo p, aun cuando p no pertenezca al sistema. [...] Esto es lo que ocurre con los derechos y las garantías constitucionales: la constitución rechaza por anticipado ciertos contenidos normativos (aquellos que afectan a derechos básicos), previendo su promulgación por el poder legislativo, pues si un contenido normativo tal es promulgado por el parlamento, puede ser declarado inconstitucional por los tribunales y no ser agregado al sistema»[21]. En mi opinión, hablar de rechazo o derogación de normas aún no promulgadas sólo contribuye a confundir la derogación con la anulabilidad, instituciones que, por cierto, los juristas consiguen diferenciar con una facilidad que no parece ser compartida por los teóricos del Derecho, entre ellos, sin duda, Kelsen[22] y, también, Alchourrón y Bulygin. En general, una norma será calificada como nula siempre por el hecho de que no se han satisfecho las condiciones estipuladas por alguna norma que confiere poderes o de que se ha vulnerado alguna norma que impone deberes relativos al

[20] Alchourrón, C. y Bulygin, E.: «La concepción expresiva de las normas», ob. cit., pág. 137.

[21] *Ibidem,* págs. 136 y 137.

[22] Para un análisis y crítica de la visión kelseniana de las relaciones entre derogación y anulabilidad, puede verse Aguiló Regla, J.: «La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen», en Doxa nº 10, 1991, págs. 223 y ss.

ejercicio de esos poderes. Así, la nulidad de una norma será el resultado de que o bien la ha impuesto una autoridad a la que no se le había conferido el poder, o bien la autoridad ha utilizado un procedimiento distinto del previsto, o bien la autoridad ha vulnerado los límites de su poder al dictar una norma que entra en conflicto con normas superiores. Naturalmente, Alchourrón y Bulygin están en su derecho de afirmar que cada vez que se confiere un poder que no sea ilimitado (y probablemente la pretensión de *conferir* poder normativo ilimitado vulnere algún límite del lenguaje normativo) esta rechazando (y por tanto derogando por anticipado) todas las posibles normas que vulneren los límites de dicho poder, pero creo que con ello lo que hacen es, como ya he dicho, oscurecer la distinción entre derogación y anulabilidad. Y estas son instituciones distintas, que producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes, pues quien rechaza o deroga es el legislador y quien declara la nulidad es la autoridad judicial. La derogación es un fenómeno perfectamente regular destinado a hacer posible el cambio normativo. Su función no es otra que la de evitar los inconvenientes que se derivarían de un orden jurídico estático. Por el contrario, la declaración de nulidad es siempre el resultado de reconocer que se ha producido un «cambio» normativo irregular. Su función no es la de posibilitar el cambio normativo, sino la de conservar el sistema. En mi opinión, esta distinción aparece desdibujada en Alchourrón y Bulygin porque, al haber caracterizado la validez de las normas como mera pertenencia al sistema y haber tomado como núcleo de la dinámica jurídica las operaciones de agregación y sustracción de normas, la norma derogada y la norma nula tienen en común que no pertenecen al sistema.

4. Incoherencia normativa y derogación.

De entre los distintos problemas sistemáticos a los que se han referido Alchourrón y Bulygin, me voy a centrar en el de las contradicciones entre normas. La idea básica de la que parten es que, dado que el contenido de los sistemas jurídicos depende de ciertos hechos empíricos, esto es, de los actos de promulgación y de derogación, no se puede excluir ni es de extrañar la posibilidad de que se den conflictos entre normas. En este sentido, afirman que los sistemas jurídicos no son meros conjuntos de normas, sino estructuras jerarquizadas. Tales jerarquías hacen posible que se dé preferencia a ciertas normas sobre otras. Es en este contexto en el que se refieren a los criterios de *lex posterior*, *lex superior* y *lex specialis* como criterios ordenadores. Así, afirman que la idea tan extendida de que la derogación es algo más fundamental y estable que la ordenación jerárquica[23] es un error porque «en realidad

ambos procedimientos son sustancialmente equivalentes. Aquellos contenidos normativos que 'son dejados de lado' al ser preferidos otros de mayor jerarquía son tan inaplicables (mientras no se modifique el orden jerárquico) como si estuvieran derogados»[24]. El problema que veo aquí es semejante al que se planteaba en el punto anterior y es el siguiente: tras la noción de ordenación jerárquica y su comparación con la derogación, Alchourrón y Bulygin están ocultando de nuevo algunas diferencias fundamentales en el Derecho. No me cabe la menor duda de que la ordenación realizada en base al principio de *lex posterior* es semejante y tiene consecuencias idénticas a las de la derogación. Pero, como ya apuntaba antes, la ordenación realizada en base al principio de *lex superior* no se parece a la derogación, porque de su aplicación no se sigue nada parecido a la derogación, sino la declaración de nulidad de la norma inferior. Respecto a la ordenación en base al criterio de *lex specialis* podría decirse algo semejante: no tiene sentido verlo como un principio derogatorio porque de él no se sigue derogación alguna. Básicamente este principio opera como un criterio de individualización de disposiciones jurídicas. Si ambas normas fueron dictadas simultáneamente entonces por aplicación de este principio no se produce ninguna modificación del dominio de validez de ninguna de las dos normas en conflicto. Y si fueron promulgadas en momentos diferentes y se produce modificación del dominio de validez de alguna de las dos normas, tal cosa sucede en virtud de *lex posterior* y no en virtud de *lex specialis*[25].

En definitiva, sólo la ordenación en base al criterio de *lex posterior* puede ser equiparada a la derogación expresa realizada por el legislador, pues sólo ella produce efectos semejantes a los de ésta. Al comienzo de este trabajo sostuve que había dos procedimientos derogatorios: Aquel llevado a cabo directamente por el legislador a través de las cláusulas

[23] En este punto conviene aclarar que hablar de derogación por incompatibilidad u ordenación de las normas en conflicto es una cuestión puramente terminológica, pues ambas expresiones se refieren a lo mismo. Conviene, sin embargo, hacer algunas matizaciones. Primera: mientras que la expresión «derogación por incompatibilidad» pone el acento en lo que es la actividad de la autoridad edictora de normas, la expresión «ordenación» tiende a resaltar el papel del intérprete o aplicador del Derecho. Segunda: desde la visión asumida en este trabajo, la expresión «ordenación de normas» es más amplia que la de «derogación por incompatibilidad», pues hay ordenaciones -aquellas que no tienen que ver con el momento de la promulgación de las normas en conflicto que no se consideran derogaciones por incompatibilidad.

[24] Alchourrón, C. y Bulygin, E.: «La concepción expresiva de las normas», ob. cit., pág. 145.

[25] Sobre ello puede verse Aguiló Regla, J.: «La derogación de normas en la obra de H. Kelsen», ob. cit., págs. 239 y 252 y ss.

derogatorias concretas y que excluye cualquier deliberación por parte del aplicador del Derecho más allá de la resolución del conflicto entre el acto de promulgación y el de rechazo. Y aquel otro que requiere la intervención del aplicador del Derecho a través de la ordenación temporal de las normas[26]. Pues bien, sólo los conflictos de normas que se resuelven por aplicación de *lex posterior* puede considerarse que producen efectos derogatorios.

5. Tiempo, validez y aplicabilidad.

En «Tiempo y validez», de 1982, a partir de la idea de que los sistemas jurídicos cambian en virtud de actos de promulgación y derogación, E. Bulygin[27] analiza los aspectos temporales de las normas jurídicas. Dentro de los diferentes problemas allí abordados, me interesa aquí centrarme en las nociones de validez o existencia de una norma y de aplicabilidad de una norma.

Como ya sabemos, siempre que una nueva norma es agregada a un sistema jurídico tenemos un sistema diferente. Lo mismo ocurre con la derogación: cada vez que se sustrae una norma el resultado es un nuevo sistema jurídico. Así, el intervalo entre los dos momentos temporales en los cuales una norma es introducida y/o eliminada será lo que Bulygin llama tiempo externo de un sistema jurídico. La existencia de una norma (o validez o pertenencia a un sistema) puede ser caracterizada como la secuencia de todos los momentos externos en los cuales esa norma pertenece a algún sistema jurídico. Ello lleva a Bulygin a distinguir entre existencia en el sistema jurídico y existencia en el orden jurídico. Como consecuencia de todo ello, el tiempo externo de una norma será el intervalo que va desde el momento en que es promulgada hasta el momento en que es derogada. Frente a la idea de tiempo externo, el tiempo interno de una norma será la secuencia de todos los momentos temporales en los que la norma es aplicable a algún caso. Así, mientras el tiempo externo es una función de su pertenencia al sistema, el tiempo interno es una función de su aplicabilidad[28].

---

[26] Los sistemas automáticos de documentación de legislación son una buena muestra del distinto papel que juega el intérprete o aplicador del Derecho en uno y otro caso de derogación. Así, de acuerdo con lo aceptado, mientras que, cuando el legislador deroga expresamente, los responsables del sistema de documentación pueden realizar (y de hecho lo hacen) las operaciones de sustitución de unos textos por otros; en el caso de la derogación por incompatibilidad no pueden realizar operación alguna, pues se considera que su intervención resultaría siempre manipuladora, limitadora del papel del intérprete o aplicador del Derecho. Sobre esta cuestión puede verse Aguiló Regla, J.: «Técnica legislativa y documentación automática de legislación», ob. cit., págs. 99 v ss.

[27] Bulygin, E.: «Tiempo y validez» en Alchourrón, C. y Bulygin, E.: *Análisis...,* ob. cit., págs. 195 y ss.

[28] *Ibidem,* págs. 198 y 199.

Dentro de este contexto, la pregunta que se impone es qué efectos produce la derogación de una norma. La respuesta de Bulygin será que la norma derogada deja de existir pues ya no pertenece a los sistemas subsiguientes. Ello, reconoce el propio Bulygin, lleva a resultados un tanto sorprendentes dado que, como en multitud de ocasiones el tiempo externo y el interno no coinciden, un juez, en virtud de los criterios de aplicabilidad del sistema, deber aplicar normas que ya no existen. Pero ello, dirá Bulygin, no es tan extraño, pues si bien las normas en cuestión no existen en el sistema correspondiente al momento de la decisión, si existen en el orden jurídico[29].

El propio Bulygin explora las posibilidades de una explicación alternativa. Esta consiste en hacer depender la existencia o pertenencia de una norma a un sistema de su aplicabilidad. Así, según esta explicación alternativa una norma aunque esté derogada seguirá existiendo, perteneciendo al sistema, mientras sea aplicable. Sólo cuando la norma derogada deje de tener aplicación alguna dejará de pertenecer al sistema. Las normas derogadas coexisten con las nuevas normas dentro del mismo sistema y, como son normalmente incompatibles, los posibles conflictos son evitados mediante la asignación de diferentes áreas de aplicabilidad. Se aplican a casos distintos. De esta forma, dice Bulygin, la existencia se convierte en una función de la aplicabilidad. Pero ello -añade Bulygin- implica que la existencia de una norma no comienza desde el momento de su promulgación, sino desde el momento de su aplicabilidad[30].

A partir de ahí, propone algunos ejemplos con el fin de mostrar hasta qué punto esta forma de concebir la existencia de las normas lleva a tener que dar explicaciones más forzadas que la de reconocer que en ocasiones los jueces aplican normas que ya no existen. Los ejemplos a los que he aludido tienen que ver con la *vacacio legis*, los contratos que prevén el surgimiento de obligaciones en un momento posterior al de la firma y los testamentos que no producen efectos hasta la muerte del causante. En todos estos casos -dirá Bulygin- suena raro decir que esas normas -una ley, un contrato o un testamento- no existen hasta que no son susceptibles de producir efectos[31]. No me voy a detener aquí en ellos; sí deseo, sin embargo, contestar a un argumento que me parece importante.

Escribe Bulygin: «aun si se aceptara que una norma existe en el sistema mientras sea aplicable a algunos casos, no podemos concluir

[29] *Ibidem,* pág. 210.
[30] *Ibidem,* págs. 136 y 137.
[31] *Ibidem.*

que se trata de la misma norma la que sigue existiendo después de la derogación. Si en t1 hay una norma aplicable a una cierta clase de casos (que incluye casos futuros) y en t2 esta norma ha sido derogada y ya no es más aplicable a los mismos casos (por ejemplo, no es aplicable a casos futuros) ¿sigue siendo la misma norma? Creo -sigue Bulygin- que sería correcto decir que no es la misma norma. La norma N ha sido reemplazada por la norma N' que tiene el mismo contenido pero diferente ámbito de aplicabilidad y esto es suficiente para decir que son normas distintas. En efecto, si hay casos a los que una norma es aplicable y la otra no, las dos normas no son idénticas [...] Resulta entonces que después de todo con la derogación la norma queda eliminada del sistema»[32].

No sé hasta qué punto es acertada esta descripción de Bulygin. En efecto, cuando Bulygin dice que la norma no derogada es aplicable a los casos futuros y que éstos caen dentro de su ámbito de aplicabilidad no creo que esté siendo muy fiel a la visión que todos tenemos de las normas jurídicas. Ello puede mostrarse a partir de considerar las dos situaciones siguientes. Primera: un ciudadano acude a un abogado en demanda de asesoramiento jurídico. El ciudadano en cuestión le dice al abogado que tiene pensado realizar un determinado acto la semana que viene. La consulta consiste, pues, en que el abogado le determine las consecuencias jurídicas que la realización de ese acto lleva aparejadas. La respuesta del abogado consiste en decirle que la norma N, que pertenece al sistema presente, es aplicable al caso y que, por lo tanto, de su acción se derivarán tales consecuencias jurídicas. El ciudadano en cuestión saldrá del despacho del abogado convencido de que las normas no derogadas se aplican a casos futuros. Segunda situación: el mismo abogado recibe la visita de otro ciudadano que tiene pensado realizar la misma acción que el ciudadano anterior pero en lugar de la semana que viene piensa llevarla a cabo en el año 2030. La prudencia del abogado y su conocimiento de la naturaleza dinámica del Derecho le lleva, en este caso, a condicionar su respuesta y a decir que, en la medida en que no cambien las cosas, esto es, en la medida en que no se haya dictado otra norma que excluya la aplicabilidad de N, N será aplicable. Este segundo ciudadano saldrá del despacho del abogado con la impresión de que la aplicabilidad de las normas jurídicas a casos futuros está siempre condicionada a que no se dicten otras normas. ¿Qué muestra todo ello y cuál es la diferencia entre una y otra situación? Es claro que la expresión «casos futuros» incluye tanto a la semana que viene como al año 2030. La única diferencia entre una situación y otra

[32] *Ibidem,* págs. 212 y 213.

es que en la primera la experiencia del abogado le demuestra que el Derecho ordinariamente no cambia sin «avisar» de una semana para otra. Pero ello no implica que el abogado no sepa que la aplicabilidad de las normas jurídicas a casos futuros está siempre condicionada. Si lo anterior es cierto, y esta forma de explicar la relación de las normas jurídicas con los casos futuros es acertada, uno puede huir del argumento de Bulygin y sostener que la derogación de una norma supone, en efecto, la limitación temporal de su aplicabilidad sin que ello le lleve a tener que afirmar que la norma derogada es distinta de ella misma antes de la derogación. La aplicabilidad de la norma antes de la derogación estaba sometida a condición, y la verificación de una condición nada tiene que ver con el cambio de la norma.

Finalmente quiero hacer una reflexión sobre la utilidad de la noción de sistema jurídico entendido como conjunto de normas promulgadas y no derogadas. Si se acepta esta idea, y en consecuencia se afirma, como hace Bulygin, que hay normas que no existen en el sistema pero que son aplicables, la noción de sistema puede ser perfectamente consistente pero también perfectamente distorsionadora a la hora de dar cuenta de los problemas con los que se enfrenta un jurista cuando resuelve un caso. Al jurista le interesa determinar el conjunto de normas aplicables a un caso, hayan sido derogadas o no, y sobre ellas resolver los problemas de contradicciones y lagunas. Ningún jurista se ha preocupado jamás -y parece que tiene sentido que no lo haya hecho- de determinar el conjunto de normas existentes en un momento t para resolver los conflictos y las lagunas que se den entre esas normas, sino que más bien le ha preocupado determinar el conjunto de normas aplicables a un caso y sobre ellas resolver los conflictos y las lagunas. Lo relevante para él es (y ha sido siempre) la aplicabilidad, no la «pertenencia».

6. Algunas conclusiones provisionales a propósito de la derogación.

1. El término «derogación» es ambiguo. Se utiliza para referirse a dos operaciones distintas, que tienen lugar en niveles distintos del lenguaje. Una, la derogación expresa, se realiza a través de las cláusulas derogatorias concretas; otra, la derogación por incompatibilidad, supone la edición de normas incompatibles con las que se derogan.

2. La derogación expresa opera siempre sobre formulaciones de normas (esto es, sobre los textos de las fuentes o, en la terminología de Alchourrón y Bulygin, sobre la base del sistema). Para que ella tenga lugar es condición necesaria la mención de las formulaciones de las normas que se pretenden derogar. La cuestión de si cambia o no el conjunto de soluciones normativas del sistema jurídico es un problema distinto: habrá derogaciones expresas que conlleven un cambio

en dicho conjunto y otras que no. Lo que cambia necesariamente cada vez que hay una derogación expresa es el conjunto de normas formuladas.

3. Del hecho de que la derogación expresa opere siempre sobre la base del sistema se sigue que la realiza directamente la autoridad edictora que tiene competencia para intervenir sobre aquella. Para que se produzca la derogación expresa no se requiere la intervención del interprete o aplicador del Derecho. Este interpreta y, como consecuencia de ello, aplica las normas formuladas que le suministra la autoridad edictora.

4. No cabe hablar de incoherencia normativa como resultado de una derogación expresa. Entre la cláusula derogatoria concreta y la formulación de la norma que ella menciona no puede darse una contradicción, pues sus contenidos no pueden ser jamás conflictivos. El único conflicto que puede darse es entre el acto de promulgación de la norma que se pretende derogar y el acto de rechazo representado por la cláusula derogatoria concreta.

5. El efecto que tiene la derogación expresa es el de limitar en el tiempo la posibilidad de utilizar una determinada formulación de una norma (esto es un determinado texto de las fuentes) como fundamento para una determinada solución normativa.

6. La derogación por incompatibilidad opera no en el nivel de las formulaciones de normas, sino en el de los contenidos proposicionales de dichas formulaciones. Ello supone que siempre que tiene lugar una derogación por incompatibilidad se produce un cambio en el conjunto de soluciones normativas del sistema.

7. Para que la derogación por incompatibilidad tenga lugar es condición necesaria que la autoridad edictora de normas haya generado (a través de dos actos de promulgación) una incoherencia normativa. Otro elemento necesario de la derogación por incompatibilidad es la intervención del intérprete o aplicador del Derecho que debe realizar una ordenación (dar preferencia a unas sobre otras) de las normas conflictivas.

8. No toda incoherencia normativa da lugar a una derogación por incompatibilidad. Sólo hay derogación cuando la ordenación de las normas conflictivas se realiza aplicando el criterio de *lex posterior*.

9. Hablar de derogación anticipada de normas, esto es, de normas aún no promulgadas, es un artificio que sólo contribuye a confundir la derogación con la anulabilidad, instituciones diferentes que cumplen funciones diferentes, producen efectos diferentes y son llevadas a cabo por autoridades diferentes. La derogación de normas cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un

cambio regular de voluntad normativa); en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad edictora de normas. La declaración de nulidad cumple la función de impedir los cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho.

10. Que la derogación implique la limitación temporal de la aplicabilidad de una norma (esto es, que la norma en cuestión ya no sea aplicable a casos futuros) no supone que la norma derogada sea distinta de ella misma antes de la derogación. Dada la naturaleza dinámica del Derecho, la aplicabilidad de las normas jurídicas a casos futuros está siempre sometida a condición, y la verificación de una condición nada tiene que ver con el cambio de norma.

N O T A S

NOTA SOBRE LA HISTORIA DE CLS EN LOS ESTADOS UNIDOS*

En sus comienzos, hacia 1977, CLS se constituye como una intervención, a la vez política e intelectual, en el «campo académico» [Bourdieu] de las facultades de Derecho, iniciada y renovada periódicamente por profesoras, profesores, estudiantas y estudiantes. Los temas políticos de la intervención son heterogéneos pero todos ellos de inclinación izquierdista. Los temas intelectuales son de tendencia «continental», con la importante excepción del realismo jurídico americano [Livingston, Schlegel, Gordon 1982, Binder, Tushnet 1991]. (Los artículos canadienses citados aquí forman parte integrante del desarrollo americano de CLS. Sobre la fortuna de CLS en Canadá, véase [Macklem]).

La intervención toma las siguientes formas: (1) la formación de «facciones de izquierda» en varias facultades; (2) la publicación en las revistas académicas de una nueva literatura jurídica; (3) la organización de «colonias de vacaciones» en las que algunas decenas de participantas y participantes discuten sus investigaciones y leen conjuntamente a los «clásicos»; (4) la celebración de grandes congresos en los que varios centenares de personas asisten a una multiplicidad de exposiciones de todas clases; (5) la constitución de una «red» nacional que apoye estas actividades.

En el plano intelectual, el trabajo más importante de los primeros años consiste en elaborar una crítica interna de la razón jurídica «american style» de los años 70. Esta crítica, producida por una veintena de autoras y autores y que no tienen, al parecer, equivalente europeo, se caracteriza por abordar detalladamente dominios jurídicos tales como los contratos [C. Dalton 1985, Mensch, Gordon 1987], el *race law*

---

* Este trabajo es la versión española de la voz «Critical Legal Studies» que aparecerá en la segunda edición, del «Dictionare de Theorie, du Droit» dirigido por André Arnaud.

[Freeman 1978], el Derecho laboral [Klare 1978, Stone], el Derecho del bienestar [Simon] el Derecho penal [Kelman 1981], el Derecho de familia [Olsen 1983], el Derecho de la administración local [G. Frug 1980], el Derecho internacional [David Kennedy 1986], etc., y de las metodologías legitimantes que utilizan los juristas para apoyar y desarrollar estos dominios, tales como el positivismo liberal [Kelman 1987], el funcionalismo sociológico [Gordon 1984, Trubek], la doctrina de la interpretación constitucional [Tushnet 1988, Hutchinson y Petter, Bakan], etc.

La aspiración de la crítica es poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo. Algunos conceptos y palabras-clave son lagunas, conflictos y ambigüedades, indeterminación, mediación, legitimación del statu quo (pero no del «capitalismo»), estructuración jurídica de la base material (y en consecuencia imposibilidad de «determinación en la instancia final»). La actitud respecto al Derecho es ambivalente. Por un lado, se insiste en su autonomía relativa y en su valor en tanto que dominio de lucha cultural y política; por otro, se persigue con obstinación de mostrar su incoherencia, sus contradicciones internas, sus complicidades [Duncan Kennedy 1979, Katz, klare 1979, Tushnet 1982]. Al mismo tiempo que se toma en serio la noción neo-marxista de que el discurso jurídico equivale a ideología, hay una rebelión contra las categorías familiares y contra el tono del discurso izquierdista americano de la época, sobre todo contra su moralismo simplista [Gabel y Harris, Olsen 1990, Duncan Kennedy 1976, Unger 1986, David Kenney 1985].

La crítica CLS apunta «al interior» del Derecho, al dominio de las reglas detalladas, de los argumentos comunes, de las prácticas familiares de la producción académica y judicial. Los miembros del movimiento enseñan, por otra parte, preferentemente las materias elementales, y se ocupan con frecuencia en sus escritos de las cuestiones técnicas que preocupan a las corrientes dominantes. Es precisamente esto lo que les permite *tener un efecto* en las facultades (véase, como contraste, la marginalización de CLS en Europa).

Con pocas excepciones [Abel] no se trata aquí ni de filosofía, ni de sociología del Derecho, aunque se tome en préstamo sin pudor a los textos clásicos de estas disciplinas, de forma ecléctica, y aunque se pretenda separarlos mientras se los canibaliza. Esta inversión de las jerarquías convencionales de las disciplinas ocasiona muchos malentendidos, en parte porque sus motivaciones culturales y políticas son ininteligibles o repugnantes para la mayor parte de los filósofos y sociólogos profesionales. Su análogo europeo se encuentra, quizá, en

la «crítica cultural (p. ej. Gramsci, Nietzsche, Benjamín), cuyas pretensiones filosóficas siempre han generado burla o irritación entre los profesionales. Por contraste, proliferan los estudios históricos y semióticos [Horwitz 1977, 1992, Vandevelde, Nockleby, Steinfeld, Peritz, y véanse bibliografías en Duncan Kennedy 1991].

Los «críticos» de esta época emprenden varias iniciativas sindicales en las facultades de Derecho. La gran mayoría se opone (1) al carácter reaccionario de la pedagogía de sus colegas, (2) a los procedimientos y criterios que limitan el acceso de las mujeres y de las minorías raciales al medio universitario, (3) al reforzamiento por medio de la enseñanza de las jerarquías sociales y en particular profesionales y (4) a la exclusión de las cuestiones de justicia económica, social, racial y sexual de los programas de estudios, exclusión que parece favorecer al statu quo [Pickard, Feinman y Feldman, M. J. Frug 1985, Duncan Kennedy 1982].

De 1977 a 1983 (aproximadamente), el movimiento se extiende rápidamente a causa de la adhesión de profesoras y profesores ya establecidos y del reclutamiento de estudiantas y estudiantes (sobre todo en la Harvard Law School) destinados a la carrera académica, sin reacción notable por parte de las corrientes dominantes de las facultades de Derecho. Ello no obstante, la intervención llega, con una eficacia sorprendente para las participantas y participantes, a desestabilizar los metadiscursos corrientes en las facultades, como el de la ortodoxia centrista [compárese Dworkin 1977 y Dworkin 1986] o el del movimiento «Derecho y sociedad» [compárese Seron y Munger y Sarat].

Llegado el caso, los guardianes del orden intelectual se deciden a «contener la ola roja» [Johnson, Schwartz, Carrington]. Varias investigadoras e investigadores ven cómo se les niegan puestos académicos a causa de su asociación con CLS [G. Frug 1987]. Durante este mismo período, CLS, al que se percibe como una escuela «extremista» aunque «seria» en la gama de las tendencias teóricas, se institucionaliza. Sus adherentes de uno y otro sexo ya situados comienzan a beneficiarse de ello, al tiempo que llevan los estigmas correspondiente. Se construye el mito de la Edad de Oro del movimiento, la gente se acomoda a la disipación de las esperanzas de redención, y se vuelve a encontrar, en el interior del CLS, en plena política familiar. Los artículos sobre el tema de CLS sobrepasan en número a los artículos que «hacen» CLS [Duncan Kennedy 1985].

La red es entonces sede de un debate entre «racionalistas» e «irracionalistas». Los racionalistas heredan las tradiciones «científicas» de la izquierda, sobre todo del marxismo, de la sociología de Weber y de Durkheim, y de la historiografía pragmatista americana. Ellas/ellos

buscan, si no las leyes de la historia, al menos sus «grandes tendencias». Por el término «política» ellas/ellos entienden, si no la lucha de clases, al menos el juego de fuerzas económicas y sociales a nivel de la nación. Su ideal es una fusión del saber en la acción política sobre un modelo más europeo que americano [Horwitz 1977, Unger 1976, 1986, Holt].

Los irracionalistas practican un nuevo método de análisis doctrinal fuertemente influido por el estructuralismo, pero al mismo tiempo se sitúan en las huellas de la vanguardia cultural, tal como los bohemios, beatniks, hippies y situacionistas, así como en las del marxismo de oposición, el anarcosindicalismo, el existencialismo, el feminismo radical, etc. La voluntad de desestabilización prima sobre la de fundar una escuela sobre premisas coherentes y con una jerarquía interna. Ellas/ellos aceptan los límites de una política de facultad, y desconfían de las pretensiones de grandeza que encuentran en las aspiraciones a la cientificidad y al poder de la intelligentsia izquierdizante [Gabel y Kennedy, Freeman 1981, Kelman 1984, C. Dalton 1983].

El artículo antes citado de Rick Abel sobre CLS es un documento típicamente racionalista del período de transición entre la primera y la segunda fase de la intervención de CLS. El presente artículo es un producto típico de la tendencia irracionalista responsable de esta transición. La base material de la transición es el rápido crecimiento del número de mujeres y de miembros de las minorías raciales entre los estudiantes de Derecho, y a continuación en el interior del cuerpo profesoral.

La segunda fase comienza hacia 1983 con el «rights debate» (debate sobre los derechos de la persona). Según la corriente dominante de CLS, el modo como se emplea el concepto de derechos de la persona en las teorías liberales y progresistas sería incoherente y alienante [Gabel y Kennedy, Gabel 1984, Tushnet 1984, Olsen 1984, Paull. A través del debate, tres grupos contestan a la vez la validez de esta crítica, pensando que lo que importa es «salvar» o «reconstruir» un programa basado en los derechos de la persona, y la tendencia de CLS a ignorar las cuestiones que les afectan. Los grupos reúnen: (1) a las abogadas y abogados activistas de izquierda que se interesan por las cuestiones teóricas [Sparer, Lynd]; (2) a las profesoras feministas que quieren superar el feminismo liberal (Schneider 1986a, Minow 1987]; (3) a los miembros de minorías raciales que formulan una base teórica para una nueva ola de acción militante contra el racismo [Williams, Delgado, Crenschaw 1988].

Al mismo tiempo que ellas/ellos provocan el «rights debate», las mujeres blancas y los miembros de las minorías raciales someten a la red CLS a una crítica rigurosa respecto a los restos de las jerarquías sexuales y raciales que afectan a su vida interna [Menkel-Medow, Goldfarb, H. Dalton, Bracamonte].

Hoy (1992), CLS está en una tercera fase, caracterizada por: (1) La llegada a escena de una nueva generación de adeptos que se interesan por los debates europeos sobre el post-modernismo y el post-estructuralismo y por la teoría literaria americana post-modernista, feminista y antirracista [David Kennedy 1985, Peller 1985, Boyle, Schlag, Balkin, Thomas 1992a, Ashe, Coombe, Berman 1988, 1992]. (2) El trasvase de la fuente de energía y de innovación de CLS a una nueva sede: la de la intersección de CLS con el feminismo radical [Schneider 1986b, West, Keller, White, Duncan Kennedy 1992], la «critical race theory» [Austin 1988, 1989, Cook, Crenshaw 1991, Torres, Peller 1990], y las teorías críticas de la orientación sexual [Danielson, Thomas], y del «postcolonialismo» [Abu-Odeh, Engle].

(3) La división y la dispersión de la antigua red, una minoría importante de la cual rechaza a la vez el post-modernismo y las preocupaciones de los «Others» («Otros» de pertenencia multicultural) prefiriendo, a la vida a veces demasiado conflictiva de la red, el desarrollo de sus ideas en las revistas académicas.

(4) La concentración de la energía de las facciones de izquierda en las facultades en cuestiones de reclutamiento y de promoción de profesoras y profesores, con la esperanza de cambiar las prácticas mediante el cambio de personal, y el cuasi abandono de la estrategia de confrontación cultural.

(5) La emergencia de un debate sobre la posibilidad de coexistencia de las actitudes hipercríticas del antiguo CLS, de Derrida y de Foucault, con las aspiraciones programáticas de los activistas multiculturales, debate que recuerda al que tuvo lugar entre racionalistas e irracionalistas [M. J. Frug 1992, Minow 1992].

(6) El reparto consciente y deliberado del poder en la organización de las actividades de la red, tal como el congreso de abril de 1992 en Boston, organizado por los «crit networks» (red de redes), que reunió a CLS, «fem-crits» y «race-crits», y dio nacimiento a una nueva red de las lesbianas y los homosexuales.

Si sucediera que la red CLS dejara de existir como entidad distinta del movimiento general de la izquierda en las facultades de Derecho, ¿cómo hacer el balance de sus quince años de actividad? He aquí una respuesta preliminar desde el punto de vista de un «antiguo militante»: CLS no ha elaborado un nuevo programa político y no ha influido ni en la vida política americana ni en la vida interna de la profesión jurídica. No ha transformado la enseñanza del Derecho, aunque haya establecido enclaves y sigan estando en curso experiencias en esta dirección. Ha sido un factor importante (quizá determinante) en la formación de una izquierda jurídica institucionalizada, fenómeno nuevo

en los Estados Unidos, que surgió en un momento en el que en otras disciplinas fracasaban intentos semejantes, y en un ambiente político de los más desfavorables. Ha dotado a este movimiento de una nueva crítica interna de la razón jurídica, de un saber sesentayochista, de una orientación teórica/irónica/avanzada, y de una política interna de coalición multicultural. «No un mapa, pero sí quizás una brújula».

BIBLIOGRAFÍA

Richard Abel. «Why does the A .B. A. Promulgate Ethical Rules?», 59 Tex. L Rev. 639 (1981).

Lama abu-Odeh, «Post-Colonial Feminism and the Veil: Considering the Differences», 26 New Eng. L Rev. (1992).

Marie Ashe, «Zig-Zag Stitching and the Seamless Web: Thoughts on «Reproduction» and the Law,» 13 Nova L Rev. 355 (1989).

Regina Austin, «Employer Abuse, Worker Resistance, and the Tort of intentional infliction of Emotional Distress,» 41 Stan. L Rev. 1(1988).

Regina Austin, «Sapphire Bounde,» 1989 Wis. L Rev. 539 (1989).

Joel Bakan, «Constitutional Arguments: Interpretation and Legitimacy in Canadian Constitutional Thought,» 27 Osgood Hall L.J. 123(1989).

Jack Balkin, «The footnote,» 83 N W. U. L Rev. 275 (1988)

Nathaniel Berman, «Sovereignty in Abeyance: Self- Determination and International Law», 7 Wis, Int'l L.J. 51 (1988).

Nathaniel Berman, «Modernism, Nationalism, and the Rhetoric of Reconstruction», Yale J. Law & Humanities 351 (1987).

Guyora Bindes, «On critical Ley al Studies and gursilla Worfarl», 78900. L.J. 1 (1987)

Pierre Bourdieu, *Homo Academicus* (Paris: Editions de Minuit, 1984).

James Boyle, «The Politics of Reason: Critical Legal Theory end Local Social Thought», 133 U. Pa. L. Rev. 685 (1985).

José Bracamonte, Toreward: Minority Critiques Of the critical Legal Studies Movement», 22 Harv. CR-CL L. Rev. 297 (1987).

Paul Carrington, «Of law and the River,» 34 J. Legal Educ. 222 (1984).

Ruth Colker, «Anti-Subordination Above All: Sex, Race, and Equal Protection», 61 N. Y. U. L. Rev. 1003 (1985).

Anthony Cook, «Beyond Critical Legal Studies: The Reconstructive

Theology of Dr. Martin Luther Ding. Jr.», 103 Harv. L. Rex, 985 (1990).

Rosemary Coombe, «Room for Manoauver: Toward a Theory of Practice en Critical Legsl Studies», 14 Law & Soc. Inquiry 69 (1989).

Kimberte Crenshaw, «Race, Reform, and Retrechment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law», 101 Harv. L. Rev. 1331 (1988).

Kimberte Crenshaw, «Mapping the Margings: Identity Polities, intersectionality and Violence Against Women,» 43 Sten. L. Rev. 1241 (1991).

Clare Dalton, «An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine», 94 Yale L.J. 999 (1985).

Clare Dalton, «book review». 6 Harv. Wom. L.J. 229 (1983). Reviey *The Politics of Law: A progressive Critique* (D. Kairys ed. 1982).

Harion Dalton, The Clouded prism,» 22 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 435(1987).

Dan Danielson, «Representing identities: Legal Treatament of Pregnancy and Homosexuality,» 26 New Eng. L. Rev. (1992).

Richard Delgado, «The Ethereal Scholar. Does Critical Legal Studies Have What Minorities Want?», 22 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 301 (1987).

Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard Univ. Press, (1977).

Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Belknap Press, (1986).

Karen Engle, International Human Rights and Feminism: When Discourses Meet», 13 Mich. J. int'l L. 517 (1992).

Jay Feinman and Mark Feldman, «Pedagogy and Politics,» 73 Geo. L.J. 875 (1985).

Allan Freeman, «Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law. A Critical Review of Supreme Court Doctrine», 62 Minn.:. Rez. 1049 (1978).

Allan Freeman, «Truth and Mystification in legal Scholarship,» 90 Yale L.J. 1229 (1981).

Gerald Frug, «Book Review, «22 Harv. CR-CL L. Rev. 665 (1987). (Reviewing E. Schrecker, *No Ivory Tower McCarthyism and the Universities* (1986).

Mary Joe Frug. «A Postmodem Feminist Legal Manifesto (an unfinished draft)», 105 Harv. L. Rev. 1045 (1992).

Mary Joe Frug, «Re-Reading Contracts: A Feminist Anaysis of a Contracts Casebook», 34 Am. U.L. Rev. 1065 (1985). (Reviewing J.

Dawson, W Harvey and S. Henderson, *Cases and comment on contract* (4th ed., 1982)).

Peter Gabel «The Phenomonologie of Rights-consciousness and the pact of the Withdrawn Selves», 62 tex. L. Rev. 1563 (1984).

Peter Gabel, «Book Review», 91 Harv. L. Rev. 302 (1977). (Reviewing R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977)).

Peter Gabel and Paul Harris, «Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law,» N. Y. U. rev. L. & Soc. Change 369 (1982- 1983).

Peter Gabel and Duncan Kennedy, «Roll Over Beethoven», 36 Stan. L. Rev. 1 (1984).

Phyllis Goldfarb. «From the Worlds of 'Others' and Feminist Responses to Critical Legal Studies». 26 New eng. L. Rev. 683 (1992).

Robert Gordon, «New Developmentes in Legal Theory», in *The Politics of Law. A Progressive Critique* 281 (D. Kairys ed.) (New York Pantheon Books, 1982).

Robert Gordon, «Critical Legal Histories», 36 Stan. L. Rev. 57 (1984).

Robert Gordon, «Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law», 15 Fia. State L. Rev. 195 (1987).

Wythe Holt, «Tift», 52 Geo. Wash. L. Rev. 281 (1984).

Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (Cambridge: Harvard Univ. Press. 1977).

Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* (Oxford: Oxford Univ. Press. 1992);

Allan Hutchinson and Andrew Petter, «Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter», 38 U. Toronto L.J. 278 (1988).

Philip Johnson, «Do You Sincerely Want to be Radical?», 36 Stan. L. Rev. 247 (1984).

Al Katz, «Studies in Boundary Theory: Three Essays in Adjudication and Politics,» 28 Buffalo L. Rev. 383 (1979).

Susan Keller, «Powerless to Please: Candida Royalle's *Pornography for Women*», 26 New Eng. L. Rev. (1992).

Mark Kelman, «Interpretive construction in the Substantive Criminal Law,» 33 Stan. L. Rev. 591 (1981).

Mark Kelman, A Guide to Critical legal Studios, Cambridge: Horward Unis. Press, 1987.

Mark Kelman, «Trashing», 36 Stan. L. Rev. 293 (1984).

David Kennedy, «Spring Break» 63 Tex. L. Rev. 1377 (1985).

David Kennedy, «Primitive Legal Scholarship», 27 Harv. Int'l L.J. 1(1986).

Duncan Kennedy. «Form and Substance in Private Law Adjudication», 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976).

Duncan Kennedy, «The Structure of Blackstone's Commentaries», 28 Buffalo L. Rev. 205 (1979).

Duncan Kennedy, «Legal Education and the Reproduction of Hierarchy», 32 J. Legal Educ. 591 (1982).

Duncan Kennedy, «Psycho-Social CLS: A Comment on the Cardozo Symposium», 9 Cardozo L. Rev. 1013 (1985).

Duncan Kennedy, «A Semiotics of Legal Argument», 42 Syracuse L. Rev. 75 (1991).

Duncan Kennedy, «Sexual Abuse, Sexy Dressing and Eroticization of Domination» 26 New Eng. L. Rev. (1992).

Kart Klare, «Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941,» 62 Minn. L. Rev. 265 (1976).

Kart Klare, «Law-Making as Praxis,» Telos, Summer 1979, 123; Deborah Livingston, «Round and Round the Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship», 95 Harv. L. Rev. 1669 (1982).

Staughton Lynd, «Communal Rights», 62 Tex L. Rev. 1417 (1984).

Patrick Macklem, Boak Review 41 U. Toronto L.J. A. 114 (1991). (Reviewing A. Hutchinson, *Dwelling or The Threschold: Critical Essags in Modern Legal Thought* (1963).

Carrie Menkel-Meadow, «Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or The Fem-Crits Go to Law School», 38 J. Legal Educ. 61 (1988).

Elizabeth Mensch, «Book Review», 33 Stan. L. Rev. 753 (1981). (Reviewing P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979)).

Martha Minow, «Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover», 96 Yale L.J. 1860 (1987).

Martha Minow, «Incomplete Correspondence: An Unsent Letter to Mary Jos Frug». 105 Harv. L.Rev. 1096 (1992).

John Nockleby. «Tortious Interference with Contractual Relations in the Nineteenth Century: The Transformation of Property, Contract and Tort», 93 Harv. L. Rev. 1510 (1980).

Frances Olsen, «The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform», 96 Harv. L. Rev. 1497 (1983).

Frances Olsen, «Statutory Rape: A Feminist Critique of Roghts Analysis», 63 Tex. L. Rev. 387 (1984).

Frances Olsen, «The sex of Law,» in The Politics of Law: A

Progressive Critique (D. Kairys ed. New York: Pantheon Books. rev. ed. 1990).

Jeremy Paul, «Book Review,» 88 Mich L. Rev. 1622 (1990). (Reviewing J. Waldron, *The Right To Private Property* (1988)).

Gary Peller, «The Metaphysics of American Law», 73 Callf. L. Rev. 1152 (1985).

Gary Peller, «Race Consciousness», 1990 Duke L.J. 758 (1990).

Rudolph Peritz, «The 'Rute of Reason' in Antit ust: Property Logic in Restraint of competition», 40 Hastings L. Rev. 285 (1989).

Toni Pickard, «Experience as Teacher: Discovering The Politics of Law Teaching», 33 U. Toronto L.J. 279 (1983).

Austin Sarat, «Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistance of a Research Tradition», 9 Legal Stud. Forum 23 (1985).

Pierre Schiag. «Normative and Nowhere To Go». 43 Stan. L. Rev. 167(1990).

John Schiegel, «Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionare History of the Conference on Critical Legal Studis», 36 Stan. L. Rev. 391 (1984).

Elizabeth Schnelder, «The Dialectic of Rights and Politics: Perspectives from the Women's Movement», 61 N.Y.U.L. Rev. 589 (1986). [«1986a»]; Elizabeth Schneider, «Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering,» 9 Wom. Rts. L. Rep. 195 (1986) [«1986b»].

Louis Schwartz, «With Gun and Camera Through Darkest CI-SLand,» 36 Stan. L. Rev. 247 (1984).

Carroll Seron and Frank Munger, «Critical Legal Studies Versus Critical Legal Theory: A Comment on Method», 6 Law & Poly 257 (1984).

William Simon, «Legality, Bureaucracy, and Class In the Welfare System», 92 Yale L.J. 1198 (1983).

Joseph Singer, «The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld», 1982 Wis. L. Rev. 975 (1982).

Edward Sparer, «Fundamental Human Rights, Legal Entitiements, and the Social Struggle: A Friendly Critique of the Critical Legal Studies Movement», 36 Stan. L. Rev. 509 (1984).

Robert Steinfeld, *The Disappearance of Indentured Servitude and the Invention of Free Labour in the United States* (Chapel Hill: Univ. of North Carolina Press, 1991):

Katherine Stone, «The Post- War Paradigm in American Labor Law», 90 Yale L.J. 1509 (1981).

Kendall Thomas, «'Rouge et Noire' Re-read: A Popular Constitutional History of the Angela Herndon Case», S. Cal. L. Rev. (1992) [«1992a»].

Kendall Thomas, «Beyond the Privacy Principle», 92 Colum. L. Rev. 501 (1992) [«1992b»].

Gerald Torres, «Local Knowiedge, Local Color: Critical Legal Studies and the Law of Race Relations», 25 San Diego L. Rev. 1043 (1988).

David Trubek, «Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism», 36 Stan. L. Rev. 575 (1984).

Mark Tushnet, Red, White and Blue: A Critical Analysis of Constitution Law (Cambridge: Harvard Univ. Press. (1988).

Mark Tushnet, «An Essay on Rights», 62 Tex. L. Rev. 1363 (1984).

Mark Tushnet, «Critical Legal Studies: A Political History», 100 Yale L.J. 1515 (1991).

Mark Tushnet, «Book Review», 68 Cornell L. Rev. 281 (1983). (Reviewing L. Tribe, *Marxism and The Law* (1982)).

Roberto Unger, *Knowedge and Politics* (New York: Free Press, (1975).

Roberto Unger, *Law in Modern Society: Toward a criticism of Social Theory* (New York: Free Press, 1976).

Roberto Unger, The Critical Legal Studies Movement (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1986).

Kenneth Vandevelde, «The New Property of the Nineteenth Century: The Devalopment of the Modern Concept of Property», 29 Buffalo L. Rev. 325 (1980).

Robin West, «Jurisprudence and Gender», 55 U. Chi. L. Rev. 1 (1988).

Lucie White, «Subordination, Rhetorical Survival Skilis, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G.,» 38 Buffalo L. Rev. 1 (1990).

Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights* (Cambridge: Harvard Univ. Press, 1991).

△

DOXA-11 (1992)

LA RETÓRICA DE CRITICAL LEGAL STUDIES. IMPRESIONES DE UN LECTOR ESPAÑOL[1].

Condiciones históricas

Algunas puntualizaciones sobre la historia reciente de España pueden contribuir a explicar por qué el movimiento CLS no cuenta con defensores en nuestro país. Durante la era de Franco, especialmente hacia el final del régimen, la izquierda española estaba organizada y unificada. Por supuesto, podía encontrarse una extrema izquierda, pero la lucha contra la dictadura era un objetivo común. El asesinato de Carrero Blanco por el grupo terrorista ETA, por ejemplo, fue celebrado por muchos liberales e izquierdistas y considerado el primer paso de la transición hacia la democracia. Sin Carrero Blanco, la transición a la democracia fue más viable.

Esta transición ha sido muy complicada pero finalmente España cuenta con una democracia similar a la de otros países occidentales. Sin embargo, la democracia ha destruido la unidad de la izquierda. Ha dejado al terrorismo fuera de la ley y ha integrado en el sistema a muchos políticos contrarios a Franco. En realidad la izquierda comunista ha perdido progresivamente su poder. Muchos de los comunistas

[1] Estoy especialmente agradecido al profesor David Owen de la Universidad de South Carolina quien me ha aportado comentarios y críticas muy útiles. Duncan Kennedy de Harward Law School y Ann de Moor de Oxford University me han ayudado con sus críticas. He podido beneficiarme de los fondos de investigación n.PB 90-327 y BE 92-39 que la DGTYC ha cedido al departamento de filosofía del derecho de la Universidad Pompeu Fabra

se han convertido en socialistas. Otros optaron por la izquierda y unos terceros por la derecha. La democracia fue inestable hasta el golpe de estado frustrado de Tejero (1981). Desde entonces la integración de España en Europa y los cambios en la economía la han consolidado.

Hemos alcanzado la democracia pero sabemos qué es una dictadura porque no hemos perdido la memoria. Precisamente porque hemos conocido la dictadura valoramos la democracia y el liberalismo. En el régimen franquista no había tensiones internas entre diferentes concepciones de la justicia institucional, ni diferencias de opinión desde el punto de vista legal autoritario, e incluso en muchos casos, ni siquiera existía distinción entre crimen y pecado. No existía la posibilidad de que el pensamiento crítico tuviera un medio oficial de expresión. Había una ideología institucional impuesta a nivel nacional. El bien y el mal no estaban fundamentados en argumentos sino en la autoridad. Sabemos lo que es la autoridad. Sabemos algo sobre el *peligro* de un modo de vida ilustrado. En pocos años la democracia y el liberalismo han adoptado valores que la España institucional no había reconocido casi nunca.

El discurso legal y político de los CLS tiene la crítica de las doctrinas liberales como uno de sus objetivos principales[2]. En España existen críticos del sistema y algunos grupos creen que la democracia no es un modo de gobierno justificado. Estos grupos, sin embargo, están divididos y el apoyo con el que cuentan es mucho menor al anterior a la muerte de Franco. Parecen lamentar el cambio a la democracia por la pérdida de poder que ésta ha supuesto para estos grupos.

Estas son algunas razones que explican el por qué el movimiento CLS no cuenta con simpatizantes en España. Pero no son las únicas. Sugeriré algunas críticas sobre las posiciones y tesis de los Criticals.

Algunas observaciones personales

Estoy muy interesado en la filosofía del derecho anglosajona. He introducido en España obras de autores americanos como por ejemplo Dworkin, Calabresi, Polinski o Lyons. Respeto y admiro la filosofía

---

[2] Neil MacCormick sostiene que «muchas de las afirmaciones de los CLS no parecen ir mucho más allá de una imaginativa idea del estado de bienestar occidental», en *Reconstruction after Deconstruction: A Response lo CLS.* **Oxford Journal of Legal Studies** vol. 10, 1990, pág. 539. Creo que esta aserción es falsa. Los CLS presentan un programa ambiguo y contradictorio. Ver A. **Altman Critical Legal Studies**: **A Liberal Critique**. Princenton University Press, 1990, el último capítulo.

anglosajona. En ocasiones mis colegas me han acusado de simpatizar en exceso con el pensamiento americano. Para los adolescentes de nuestro país, América es la tierra prometida. Parece que todo lo que procede de América es bueno. Esta idea es errónea. En la filosofía del derecho también es errónea. Se pueden encontrar argumentos buenos y malos en la filosofía anglosajona. A pesar de mi interés por la filosofía del derecho americana, sólo recientemente he dedicado mi atención al movimiento CLS.

Los comentarios que a continuación sugeriré expresan los sentimientos e impresiones que un lector español experimenta cuando empieza a leer artículos y tesis de los Criticals.

No quisiera dar la impresión de que he leído todos los libros y artículos sobre CLS, pues no es cierto. En 1989 el profesor Hutchinson dijo que se habían publicado alrededor de 700 artículos tras diez años de trabajo. No pude leer todos estos artículos, lo cual significa que tal vez puedan encontrarse lagunas en mis impresiones. El segundo punto que me gustaría dejar claro es la irregularidad en la calidad de los trabajos. En algunos casos un lector español honesto tiene la impresión de no formar parte del público con el que los críticos buscan comunicarse. En tercer lugar apuntaría que, a pesar de que los CLS se quieren presentar como movimiento, es difícil determinar sus características porque diferentes autores piensan cosas diversas sobre los mismos temas[3].

El discurso político

Los españoles somos muy sensibles al discurso político porque estamos construyendo una nueva democracia y estamos dejando atrás siglos de intolerancia y conservadurismo. El discurso crítico se presenta como discurso político antiliberal. Pero paradójicamente no está claro qué otra forma de gobierno es mejor que la democracia y el liberalismo. Los partidarios del movimiento CLS critican la democracia pero su proyecto político es débil, y parece estar cerca de slogans como «pesimista en el intelecto y optimista en la voluntad». Pero estos lemas no tienen ningún

[3] Se han hecho muchos esfuerzos para unificar el movimiento. Ver los libros de: R. Unger: **The Critical Legal Studies Movement**, Harvard University Press, (2 ed.) 1986. A Hutchinson (ed): **Critical Legal Studies**, Totowa, Bowman y Littelfield, 1989, y M. Kelman: **A Guide to Critical Legal Studies**, Harward Univesrity Press, 1987. Ver A. Hunt: **Reading Dworkin Critically**, New York y Oxford, Berg Publishers, 1992. Hunt sostiene que la unidad del movimiento CLS está en crisis y que «las divergencias internas de la tradición de los CLS deben confrontarse más abiertamente en la actualidad». (pág. 4)

sentido como alternativa política e ideológica[4]. Creo que hay una gran indefinición en este tema[5].

La situación política de España, al igual que la académica, es diferente a la de Estados Unidos. En España el marxismo gozó de mucho predicamento en los años sesenta y setenta. Este y el neomarxismo ocupan un lugar en la academia. Los liberales no persiguen a los marxistas porque ambos tienen un pasado común en la lucha contra la dictadura. Hay personas que consideran que el marxismo no constituye un sistema de ideas adecuado para gobernar la sociedad pero no existe una reacción en contra del marxismo. En otras palabras, no existe actualmente la «cruzada» en este país como la hubo durante el régimen de Franco contra el marxismo y el liberalismo. Hace veinte o treinta años era difícil pertenecer al cuerpo académico sin compartir una cierta ideología de derechas. De vez en cuando las autoridades cometían errores y se les introducía alguien que no compartía la ideología oficial. En general se puede decir que la academia estaba controlada por las autoridades gubernamentales y no por los académicos. Por supuesto que pueden cometerse injusticias en cualquier academia, pero sabemos exactamente qué es la persecución. Sabemos y apreciamos la libertad de expresión porque nos fue prohibida durante mucho tiempo. Somos reacios a renunciar a ciertos valores. Los defensores de los CLS son en su mayoría americanos que no pueden apreciar tanto el valor de la democracia como lo hace un país a quien le ha sido prohibida históricamente.

El discurso de buenos y malos es similar al discurso de los CLS. El liberalismo es malo; los CLS son buenos. El liberalismo -desde su perspectiva- se presenta como un anacronismo político peligroso, aunque los regímenes totalitarios y autoritarios son peores desde mi punto de vista.

El objetivo de los CLS es la crítica del liberalismo. El liberalismo no ha prestado demasiada atención al desafío del movimiento de los CLS[6]. Los criticals acusan al liberalismo de «autocontradictorio»[7].

---

[4] Ver Alan Hutchinson, op. cit., pág. 10.

[5] Ver Mark Tushnet: *Critical Legal Studies: Introduction to its Origins and Underpining,* **Journal of Legal Education**, vol. 36, 1986, pág. 516: «la implicación más importante del análisis dominante de los CLS es que cualquier crítica del orden existente es consistente con el proyecto de los CLS». El programa de crítica indeterminable es el único importante. Vid pág. 510, en donde reconoce que el movimiento «CLS... no cuenta con un programa constructivo».

[6] Ver R. Dworkin: **Law's Empire**, Belknap, 1986, pág. 271 s. Ver también N. MacCormick: *Reconstruction after Deconstruction: a Response to CLS.* **OJLS** vol. 10. J. Finnis: *On the Critical Legal Studies Movement,* en J. Ekelar et al. **Issues in Legal Philosophy**. Oxford University Press, 1991.

[7] Ver Alan Hutchinson, op. cit., pág. 4 y sig.

Kelman ha realizado una síntesis de las principales críticas al liberalismo. Sostiene que es un sistema de pensamiento bloqueado por contradicciones internas y por la represión de estas contradicciones. La primera de ellas se encuentra entre normas y principios; una segunda entre el valor subjetivo y objetivo y la tercera entre el discurso intencionalista y el determinista[8].

En este trabajo estudiaré su retórica y un aspecto de la *contradicción general.* Sostendré que los Criticals son escépticos y que subestiman la relación que el liberalismo ha creado entre los individuos y la comunidad. Sin duda, el Estado del bienestar se encuentra con problemas en algunas áreas, tales como la legitimidad, la representación o la exclusión del pensamiento. Pero a pesar de estos problemas, creo que todavía no se ha presentado una alternativa no utópica. Para la democracia es fundamental que los utópicos la critiquen, y el discurso crítico es importante como discurso alternativo, pero los Criticals no proponen un modelo para cambiar y reconstruir el Estado[9]. En este sentido los Criticals juegan un papel parecido al de los realistas que mantuvieron un programa crítico del Estado liberal sin un método de análisis objetivo. Los realistas argumentaron que los resultados legales estaban controlados por los sentimientos e intuiciones de los jueces. Pero los realistas sabían exactamente qué opciones políticas defendían. El realismo se centraba en la política del «New Deal», pero ¿cuál es la agenda política de los CLS?[10] ¿Cuál es la herramienta de los CLS?

CLS: ¿se pueden tomar en serio?

Soy un profesor europeo y no estoy muy familiarizado con la historia interna de la jurisprudencia americana y quizás por ello tengo una idea equivocada de los CLS. Puedo leer a los autores de CLS pero sólo desde mi bagaje intelectual, lo cual condiciona mi punto de vista. Mi primera reacción al analizar los CLS es no tomármelos muy en serio debido a lo sorprendente de algunas de sus tesis. Tengo la impresión de

---

[8] Ver Mark Kelman: A Guide to Critical Legal Studies, op. cit., pág. 3.

[9] Vid Robert Unger: ***Critical Legal Studies Movement*** *op.* cit., págs. 36 y sigs., en el cual diseña su programa *superliberal* en las áreas de gobierno, economía y derechos. Reconoce explícitamente que su programa político es débil en las últimas páginas de este trabajo.

[10] Vid. R. Unger: **Critical Legal Studies Movement**, op. cit.: «representa un gran esfuerzo intentar que la vida social se asemeje todavía más a lo que la política es en las democracias liberales».

que los defensores de los CLS están bromeando y presentan algunas tesis a modo de diversión. Aportaré dos o tres ejemplos para demostrarlo[11].

Estoy de acuerdo con el profesor Alan Hutchinson cuando dice que «cualquier partidario de CLS merece ser tratado por sus méritos y hablar en su propio interés... la caricatura no debe tener lugar»[12], pero los CLS han negado este ideal porque han creado un concepto de liberalismo que nadie en el mundo del liberalismo defendería. La caricatura es exagerada. Los Criticals no se caracterizan por su respeto intelectual hacia aquellas teorías que critican.

El problema no se encuentra sólo en la caricatura sino también en el lenguaje análogo de los adolescentes[13], el cual es de difícil comprensión para un extranjero.

Duncan Kennedy ha escrito lo siguiente en su programa educativo:

«Cada estudiante podrá hablar *ad libitum* -continuar hablando. No importa. Ningún estudiante debe responder a lo que dice otro estudiante porque esto es inconsistente con la idea de que los valores son subjetivos, individuales y personales para que alguien diga: «mira, eres un charlatán, cállate». Esto sería inconsistente con el enfoque de radical subjetivismo de los valores. Así cualquiera puede decir cualquier cosa durante el tiempo que desee. No hay necesidad de que nada se corresponda con nada- una reacción que podría interpretarse como mi discurso, mis valores son correctos, los tuyos erróneos»[14].

Louis Schwartz[15] ha escrito que Duncan Kennedy hizo una propuesta defendiendo la abolición del sistema de adjudicación de cátedras, la admisión en la escuela de Derecho a suertes y la discusión en clase estructurada de tal manera que diera más tiempo a los estudiantes pobres o menos preparados para expresar sus pensamientos y ser escuchados. Estas ideas se incluyeron en el informe del comité de planificación educacional y desarrollo de la Harvard Law School. No sé si esto es verdad o se trata simplemente de una broma. Lo que si sé es que no puedo considerarlo seriamente.

---

[11] Ver Louis Schwartz: *With Gun and Camers: Through Darkest CLS Land* **Stanford Law Review**, vol. 36, 1984. Schwartz critica duramente el movimiento CLS y demuestra que es una fuente de confusión. Concluye su artículo afirmando que los CLS nos ofrece imágenes surrealistas.

[12] Ver A. Hutchinson op. cit., pág. 1.

[13] Ver, por ejemplo, el artículo de Duncan Kennedy: *Roll over Beethoven,* **Stanford Law Review**, vol. 36, 1983-84.

[14] Citado por L Schwartz, op. cit., 419.

[15] Ibid, pág. 413.

Hay otras propuestas incomprensibles: la alternancia de modo rotativo de los puestos de trabajo: por ejemplo: un día bedel y otro decano. Tal vez mi incomprensión se deba a que el sentido del humor español -y en especial el catalán- sea distinto, o quizás no podemos entender la política académica y los argumentos que se esconden tras esta propuesta, pero estas ideas no tienen sentido para nosotros.

El ámbito de las propuestas de los Criticals no se reduce a la reforma educativa, sino que también tienen algo que decir en el terreno espistemológico. Alan Hutchinson sostiene, por ejemplo, que «una demostración de coherencia racional y de contradicción es fatal sólo dentro de la tradición epistemológica liberal racionalista» ¿Cuál es el sentido de esta «tesis»? ¿Por qué cambia el valor de un argumento según quien lo afirme? «Toda la tradición epistemológica liberal racional -sostiene Hutchinson- se debe desacreditar y desmantelar. Como en la célebre disputa entre Galileo y el poder establecido en Italia, no se trata meramente de la verdad de la naturaleza sino también de modificar la naturaleza de la verdad»[16]. Los CLS intentan presentar un criterio nuevo para distinguir el saber correcto del incorrecto. Pero ¿cuál es el nuevo saber? Los CLS pretenden construir una nueva epistemología para rechazar la liberal, pero proponen el subjetivismo radical como criterio epistemológico. Galileo tenía una propuesta constructiva. No puedo entender la pretensión de que uno pueda ser incoherente por el solo hecho de no ser liberal. Sin un lenguaje común es imposible hablar y argumentar. Los Criticals mantienen que el lenguaje liberal no es adecuado, pues ellos emplean otro. Sin embargo, los argumentos son difíciles de entender si el lenguaje no es común. En otras palabras, parece haber una contradicción entre la subjetividad del valor, por una parte, y la pretensión de discutir y debatir como académicos, por otra[17].

---

[16] Ver Hutchinson, op. cit., pág. 5

[17] En contra de esta interpretación ver A. Altman: **Critical Legal Studies**: A Liberal Critique, op. cit. Altman sostiene que el diálogo entre liberales y Criticals puede resultar productivo. Ver también J. M. Balkin: *Taking Ideology Seriously: Ronald Divorking and the CLS Critique.* **University Missouri Kansas Law Review**, vol. 55, 1987. Balkin critica a Dworkin porque «no presta atención a los efectos de la ideología en la formación de conceptos legales y de métodos de razonamiento jurídico... Por esta razón los miembros de los CLS tienen mucho que aprender de la obra de Dworkin, la cual trata de temas que los CLS han subestimado». Ver también A. Hunt (Ed): **Reading Dworkin Critically**, op. cit., pág. 3, en la cual afirma que parte de la izquierda «empieza a tomarse el liberalismo en serio». En contra de esta tesis ver A. Hutchinson: *The Last Emperor?* pág. 49 donde sostiene que «el factor unificador de este grupo electoral es su oposición a la dominación intelectual y política del establecimiento liberal»

Los CLS reivindican que deben ser tomados en serio, pero para ello es necesario que consideren también seriamente los puntos de vista de sus interlocutores. Parece que los Criticals no acaban de entender el papel que juegan los argumentos y los subordinan a la fe, lo cual se demuestra en su frecuente cambio de posición. Eso confunde al lector. En sus textos encuentro más slogans que argumentos[18].

Muchas de las tesis de los Criticals me parecen falsas. Por ejemplo: la teoría legal y la jurisprudencia se identifican con la descripción y justificación del papel que juega la administración de justicia en una democracia (Hutchinson). El alcance de la jurisprudencia es mucho más amplio que la adjudicación. Los juristas están preocupados por la estructura de los sistemas legales normativos. ¿Acaso es la adjudicación el tema central y más importante de la teoría de Hart o de Kelsen? La preocupación por la adjudicación ocupa un lugar importante en América, pero no es la única. La jurisprudencia también se ocupa de la descripción del sistema legal y de la construcción de conceptos básicos.

Otro argumento a discutir es el siguiente: «Las personas dedicadas al pensamiento jurídico siempre han sido individuos pertenecientes a las clases dominantes. Los juramentos implícitos de lealtad siempre han formado parte de los requisitos para ingresar en los círculos jurídicos»[19]. El liberalismo siempre ha recibido críticas, tanto de la derecha como de la izquierda. Este slogan parece falso. En España ha habido muchos abogados en contra del *status quo* y la lealtad no siempre se ha respetado. Un ejemplo de esto lo constituye la lucha que muchos abogados llevaron a cabo contra la dictadura. La transición a la democracia de los países del Este es otro ejemplo. La lealtad implícita de los abogados hacia el *status quo* es un slogan falso. Los ejemplos pueden extenderse a movimientos judiciales tales como «jueces para la Democracia» o la «Magistratura Democrática» italiana.

Otras ideas que se presentan como radicalmente nuevas -tales como la crítica al formalismo-, no lo son. El segundo Ihering, los realistas, Gény, Schmitt y tantos otros han criticado el formalismo y la autonomía del pensamiento jurídico. El movimiento «Uso alternativo del diritto» en Italia hizo una crítica similar con una mezcla semejante de argumentos y con consecuencias políticas contradictorias con su ideología.

---

[18] Esto se hace patente en las proposiciones de Unger. De **Knowiedge and Politics** a las últimas obras se registran algunos cambios. ¡Desde la refutación al liberalismo y desde éste al superliberalismo! Ver William Ewald: *Unger's Philosophy: A Critical Legal Study*. **The Yale Law Journal**, vol. 97, 1988. Págs. 753 y sigs. Ver en la misma revista las críticas de Cornell West en las que denuncia la rotura epistemológica de Unger.

[19] Ver D. Kennedy: *The Structure of Blackstone's Commentaries,* **Buffalo Law Review**, núm. 28, 1979, pág. 218.

Es posible que el formalismo constituya únicamente un «espantapájaros» ya que son pocas las teorías que defienden el formalismo estricto[20]. ¿Quién es formalista según el modelo de los críticos? ¿Lo son acaso Dworkin, Raz o Finnis?[21] El formalismo depende del contexto, porque en algunos escritos las teorías interpretativas pueden resultar formalistas. Sin embargo, éste es un concepto inusual de formalismo que induce a confusión. Gran parte de la retórica de los CLS es una confusión. ¿Los CLS han propuesto un nuevo método que permita resolver el problema del formalismo? Los defensores del análisis económico del derecho han ideado un sofisticado método para analizar y solventar las disputas. Dworkin ha propuesto un nuevo método que permite el análisis y que puede ser útil para decidir problemas, pero ¿cuál es el método de los CLS? ¿El negativismo sin explicación? No llego a descubrir cuáles son las herramientas que proponen para analizar y solucionar problemas. Únicamente encuentro quejas y, eso sí, muchas palabras.

Los Criticals son escépticos pero no explican por qué el escepticismo es una idea atractiva en filosofía y política. Sus argumentos sobre el pensamiento jurídico parecen dudosos. Kennedy afirma que «es imposible discurrir sobre el sistema legal sin un esquema de categorías», pero seguidamente añade que «todos estos esquemas son falsos. Limitan y perturban nuestra experiencia inmediata y lo hacen, no de un modo fortuito o casual, sino sistemático»[22]. ¿Cómo sabe que los esquemas son falsos? ¿Quizá es que sabe la Verdad? ¿Dónde se halla su escepticismo? Más tarde sostiene que los esquemas de categorías tienen una vida por si mismas. Entiendo sus slogans, pero no puedo vislumbrar la persuasión de sus argumentos.

Los Criticals se apropian el descubrimiento de contradicciones entre los intereses del individuo y la colectividad[23]. Pero no se trata de una novedad. La teoría liberal reconoce que se dan contradicciones entre los intereses de los individuos y los de la comunidad. ¿A caso los problemas del *free rider* no han sido analizados por los liberales? ¿Creen los liberales que los valores son objetivos? ¿En qué sentido?

---

[20] Ver G. Tarello: **L'Interpretazione della legge**. También, K. Larenz, **Metodología de la Ciencia del Derecho**, Barcelona, Ariel, 1980, apéndice.

[21] De alguna manera lo son si aceptamos la definición de Unger.

[22] Ver D. Kennedy: *The Structure of Blackstone's Commentaries*; op. cit., pág. 215.

[23] Ver D. Kennedy: *The Structure of Blackstone's Commentaries* op. cit., pág. 211 y sigs. en la cual sostiene que la idea de la gran contradicción es la idea clave para entender el derecho porque es la esencia de todos los problemas. D. Kennedy no sugiere ninguna razón que explique la incompatibilidad entre individuo y comunidad. La presupone. D. Kennedy aparece como dogmático cuando sostiene que el pensamiento jurídico es un mecanismo para negar la contradicción.

¿Existe alguna relación entre el relativismo y el liberalismo? ¿Están los CLS usando el objetivismo de un modo distinto al convencional? ¿Por qué hablan de «contradicción» como lucha entre intereses en contextos donde la contradicción está normalmente relacionada con la contradicción lógica? ¿Por qué razón emplean el término «formalismo» de un modo distinto al del discurso moral filosófico?[24] ¿Por qué usan el término «liberalismo» en un sentido extraño?[25]

Los Criticals atribuyen a los liberales ideas que generalmente éstos no defienden. Por ejemplo: los liberales creen que existe injusticia, pobreza y desigualdad en la sociedad occidental. No tiene sentido pensar que los liberales justifican el *status quo*. Es sorprendente que los CLS afirmen la autoconfianza del liberalismo e identifiquen liberal con legitimador del sistema. Muchos liberales piensan que existe mucha injusticia en nuestras sociedades.

Los CLS parecen haber descubierto que realmente existe una relación entre derecho y política. Pero, ¿ha negado alguien esta relación? ¿Llewellyn? ¿Kelsen? ¿Hart? ¿Dworkin? La relación entre ambos es tan reconocida que resulta asombroso considerarlo un descubrimiento.[26]

Los Criticals mantienen que su innovación metodológica[27] está fundamentada en una mezcla de marxismo y realismo. «Lo mejor de los CLS -dice Alan Hutchinson- es que son autoconscientes de sus puntos de vista y combinan ingredientes neomarxistas y neorrealistas con el fin de obtener un apetitoso pastel de jurisprudencia, esperando que atraiga y satisfaga el apetito popular».[28] Es verdad que la gente

---

[24] Por ejemplo R. Unger en su **The Critical Legal Studies Movement**, op. cit., la pág. 1 quien después de aceptar el significado convencional de formalismo sostiene que el formalismo en este contexto en «un compromiso, y por lo tanto la creencia en la posibilidad de un método de justificación legal que contraste con las disputas sin fin sobre los términos básicos de la vida social, disputas que se llaman ideológicas, filosóficas o visionarias». D. Kennedy llama formalismo a un sistema de pensamiento que relaciona algunas formas de intervención colectiva, tales como la defensa de la propiedad privada y la observancia de los contratos, con la protección de la libertad individual. Ver su artículo *The Structure of Blackstone's Commentaries,* op. cit. pág. 214.

[25] Ver D. Kennedy. *The Structure of Blackstone's Commentaries*, op. cit pág. 214.

[26] Ver, por ejemplo H. Hart: **The Concept of law**, Oxford University Press, 1961, págs, 197-207. Ver R. Dworkin: **A Matter of Principle**. Harward University Press, 1985, pág. 1 en la cual explica que su libro trata de la interacción entre estos dos niveles de nuestra conciencia política: los problemas prácticos y la teoría filosófica, asuntos de urgencia y de principio.

[27] En uno de sus mejores artículos Duncan Kennedy mantiene que su método puede considerarse estructura lista, fenomenológico o neomarxista, o, incluso, los tres a la vez. *The Structure of Blackstone's Commetaires,* op. cit., pág. 209.

[28] Ver A. Hutchinson, op. cit., pág. 6.

consume discurso fundamentalista y dogmático, lo cual tal vez explica el limitado éxito de los Criticals. Pero puede argüirse que el neomarxismo de los Criticals es extraño porque las principales tesis de Marx se encuentran enmascaradas. Los CLS parecen no entender la esencia del pensamiento marxista. Quizá sus posiciones puedan ser consideradas marxistas *light*. De todas maneras, se encuentran lejos del marxismo estudiado por los europeos.

Los Criticals defienden que los CLS constituyen un fenómeno exclusivamente americano. Esto es cierto. En Europa es difícil aceptar o entender su aparente ignorancia del pensamiento político europeo y su inexplicable intolerancia para con otros puntos de vista[29]. No nos gusta jugar con la irracionalidad porque sabemos cuáles son sus consecuencias. Si los Criticals conocieran las tradiciones europeas hubieran reparado en que la mayoría de sus ideas ya fueron expresadas por el ideólogo nazi C. Schmitt, como por ejemplo la censura del liberalismo y el neutralismo, la exaltación de la irracionalidad, las irreconciliables contradicciones entre intereses, la apelación a una autoridad que decida sin límites, la idea de que la teoría es un arma para destruir al enemigo y, finalmente, la defensa de una autoridad que se deja llevar por su propia concepción de la moralidad como intérprete supremo del espíritu de la comunidad.

Si los CLS hubieran considerado su posición desde un punto de vista político se hubieran dado cuenta de que la irracionalidad en política es un factor peligroso que cuenta con mucho apoyo, y que teorías fundamentalistas o intolerantes pueden acabar cautivándonos. En este sentido puede considerarse la nueva ola de racismo en Europa o el fundamentalismo en los países islámicos. No nos gusta bromear con la irracionalidad en política porque las experiencias históricas nos han enseñado sus consecuencias.

Finalmente, los Criticals proponen abolir las normas y dar prioridad a los principios[30]. La contradicción[31] interna de los principios, cuyo

---

[29] R. Unger menosprecia los trabajos de la escuela de análisis económico del derecho diciendo que «cuando llegamos eran como el clero que ha perdido su fe y no obstante ha mantenido sus puestos». **The Critical Legal Studies Movement** op. cit. pág. 119.

[30] Ver M. Kelman, op. cit., pág. 63, en la cual afirma que las reglas son el opio de las masas. En su Guía, Kelman presenta a los Criticals de una manera académica, pero de vez en cuando la tentación de la retórica le lleva a incluir frivolidades. ¿Es posible que la propuesta de eliminar las normas llegue a ser una propuesta políticamente práctica en nuestra sociedad? ¿Cómo puede implementarse con el programa de que las ramas del gobierno tienen que multiplicarse? Ver R. Unger, op. cit. pág. 32.

[31] Ver D. Kennedy: *Form and Substance in Private Law Adjudication* **Harward**

descubrimiento se atribuyen, les permite desenmascarar la gran mentira del liberalismo. Creo que formalistas como Kelsen y otros no tan formalistas como MacCormick y Bobbio también han localizado este problema. La dialéctica entre un argumento contrario y uno favorable no constituye un descubrimiento reciente. La retórica no nos permite avanzar. La Teoría General del Derecho hace muchos años que se enfrenta a este problema.

¿Es atractivo el movimiento CLS?

Los Criticals se han esforzado en poner en claro las injusticias y el descontento que generan de la sociedad y el derecho contemporáneos. Creo que el manifiesto es útil como terapia contra el exceso de confianza y autosatisfacción del pensamiento jurídico. Estoy de acuerdo con el descontento pero no con el pesimismo del intelecto ni con el escepticismo[32].

El desafío más interesante es el escepticismo. Los Criticals encuentran contradicciones y sostienen que el material no se puede reorganizar de manera que resulte interesante. Su actitud se asimila a la del hombre primitivo que no entiende los fenómenos de la naturaleza, que no encuentra ninguna lógica y no hace ningún esfuerzo por entender el mundo que le rodea. Creo que lo mejor que puede hacer es no hacer nada. Los Criticals se parecen a este hombre primitivo, porque defienden la irracionalidad del mundo. La incapacidad del intelecto debe ser solventada por la voluntad. Entonces la voluntad no quiere reconstruir nada, sino actuar sin razón.

Frente a la actitud derrotista, el hombre primitivo puede intentar buscar una explicación. Primero la religión fue el sistema de explicación. Más tarde lo fue la filosofía. Y, finalmente, la ciencia. Si observamos el mundo y la naturaleza sin preguntas no podemos ver nada. Los Criticals mantienen que todo es irracional porque no comprenden que la ciencia es constructiva, que la ciencia es algo inventado por los hombres y las mujeres para entender el universo. Y en el mundo moral y político sostienen que los hombres y mujeres no pueden encontrar valores objetivos. Luego, si no hay valores naturales, no hay valores

Law Review, 89, 1976, donde sostiene que las normas armonizan con el individualismo y los standards con el altruismo.

[32] Vid R. Unger. op. cit., pág. 8: «puesto que todo puede defenderse nada puede defenderse»

objetivos. El mundo es un caos y dentro del caos no existe racionalidad alguna.

El escepticismo de los CLS no es sólo externo -en el lenguaje de Dworkin- sino también interno. Creen que es mejor destruir que construir, que es mejor desenmascarar la religión que considerar que tal vez a través de ella se transmita algún saber valioso. Gracias a la religión el hombre se planteó preguntas y propuso respuestas -a menudo incorrectas- sobre muchos problemas. La transición de la religión a la filosofía no fue sólo crítica sino también constructiva. Creo que desde un punto de vista epistemológico la destrucción es terapéutica pero que nuestro saber ha progresado gracias a las aportaciones de los constructivistas. Si el hombre primitivo hubiera sido crítico, quizás estaríamos viviendo en cavernas. El descontento con el pensamiento actual es desafiante, pero el pesimismo del intelecto es frustrante.

Otro reto importante es la oposición entre individualismo y altruismo. El individualismo se define como insistencia en definir y alcanzar los objetivos personales propios sin ayuda exterior. La esencia del altruismo reside en que uno no debería conceder más importancia a sus propios objetivos que a los de los demás. El altruismo nos ordena hacer sacrificios, compartir y ser benevolentes con los demás[33]. Kennedy sostiene que las normas son individualistas y que los standards son altruistas. Es difícil estar de acuerdo con esta afirmación, pues existen actividades que no se pueden llevar a término sin un cierto grado de cooperación. Creo que las normas son relevantes más allá del individualismo. Tocar en un cuarteto, por ejemplo, requiere la cooperación de los cuatro componentes. Los intereses de los demás no son siempre contradictorios con los intereses individuales. La cooperación permite satisfacer preferencias individuales. Aquí no hay contradicción entre individuos y la colectividad.

Pero incluso si aceptamos la contradicción no hemos llegado a una solución del problema inicial. En realidad, Kennedy sostiene que el individualismo es malo porque los individuos deberían poder comportarse en contra de sus propios intereses. El punto de vista individualista mantiene que las personas son los mejores jueces de sus propios intereses. Kennedy es partidario del personalismo y sostiene que las normas paternalistas no deberían ser excepcionales. El problema entonces es quién debe determinar y quién tiene derecho a mandar sobre las personas. Kennedy debe apoyar algún tipo de argumento autoritario y totalitario: si no eres capaz de persuadir a la gente, entonces debes

[33] Vid D. Kennedy: *Form and Substance in Private Law Adjudication* op. cit., págs. 39 y sigs.

forzarla a ser libre y altruista. Este es el argumento de la dictadura que Kennedy parece apoyar a través de sus afirmaciones acerca de la irracionalidad de los valores individuales[34] y de su promoción de un programa utópico del colectivismo sin jueces ni Estado[35].

Tengo la impresión de que el individualismo se identifica con experiencias placenteras. Pero en realidad, los hombres y las mujeres parecen preferir vivir en una sociedad con una estructura que respete los derechos humanos. Y ésta es una preferencia individual. Se tiene que aceptar que los objetivos colectivos son el resultado de las preferencias individuales. El liberalismo puede ser considerado un individualismo no estricto, como, por ejemplo, el que sostiene Raz en su obra *Morality of Freedrom.*

Mis dudas acerca los CLS podrían resumirse en los siguientes puntos:

1. Reconozco, al igual que la mayoría de los liberales, que el liberalismo no es perfecto como sistema político. ¿Cuál es la alternativa política al liberalismo? ¿Escepticismo o superliberalismo? ¿Cuáles son los medios para alcanzarlo?

2. ¿Qué posición defienden los Criticals desde el punto de vista epistemológico? ¿Cuáles son los criterios de verdad? ¿Se puede distinguir entre tesis correctas e incorrectas, o no existen criterios?

3. ¿Cómo opera el Derecho si no existen normas? ¿Realmente es posible gobernar una sociedad con standards? Sin normas, ¿cómo funcionan los seguros y la regulación del tráfico?

4. ¿Qué razones justifican que las normas sean «individualistas» y los standards «altruistas»?

5. ¿Por qué se basan en el marxismo? ¿En qué sentido son marxistas los Criticals? ¿Es la revolución la manera de resolver la injusticia? ¿Qué significa el «optimismo de la voluntad»?

6. ¿Qué significa «contradicción»? ¿Cuáles son los argumentos filosóficos que justifican el escepticismo?

7. ¿Qué herramientas ofrecen y utilizan los Criticals?

---

[34] Vid D. Kennedy: *Form and Substance in Private Law Adjudication,* op. cit., pág. 50 en la cual afirma que «el postulado de la arbitrariedad de los valores significa que no hay base para discutirlos. Incluso dando por supuesto que los valores son objetivos... sería imposible mostrar mediante ningún proceso racional cómo se puede cambiar esta situación (objetiva)». El autor atribuye esta ideología al individualismo.

[35] Ibid, pág. 53

¿Paradigmas distintos?

Los Criticals no están de acuerdo con las premisas del liberalismo. Creo que una de sus tesis principales la constituye el conflicto irreconciliable entre individuos y sociedad. Si este punto se mantiene, no existe posibilidad de diálogo porque las cuestiones que presenta el liberalismo son, desde el punto de vista de los Criticals, absurdas.

Los liberales reconocen que hay individuos con intereses personales, por un lado, y la sociedad, por otro. La primera discusión que surge es si existe algún tipo de acuerdo social que permita la existencia de una sociedad justa. El liberalismo mantiene que esta idea merece apoyo y que existe la posibilidad de una sociedad bien diseñada. Los liberales no son escépticos. Creen que se puede conseguir algún tipo de arreglo social justo. Los liberales sientan las premisas de su discurso político sobre esta asumida relación entre individuo y sociedad. Los liberales creen que «la gran contradicción» puede resolverse y que su misión es buscar una respuesta a esta pregunta. En otras palabras, creen en la posibilidad de un diseño de una sociedad con individuos que tienen derechos.

Los Criticals ofrecen su apoyo al escepticismo porque la «gran contradicción» existe. Las creencias de los liberales son consideradas parte de la ideología que enmascara la contradicción. Los Criticals no sólo piensan que el paradigma liberal es inadecuado, sino que también argumentan que los liberales son inmorales. Atribuyen mala fe a los liberales porque construyen un paradigma que enmascara la situación real de contradicción. La segunda ola de feminismo[36] también está de acuerdo con este paradigma escéptico. Las feministas radicales creen que no existe una solución al problema que se plantea entre el individuo y la sociedad. Las leyes de la sociedad son las leyes de los hombres. Las mujeres no quieren ser iguales a los hombres. Creen que la contradicción del sexo es la gran contradicción, igual que la contradicción de clases lo es en el marxismo[37].

La cuestión que los Criticals quieren resolver tiene una respuesta muy distinta a la de los liberales. Por esta razón, el diálogo resulta, cuanto menos, difícil. El desafío de los Criticals es el escepticismo. No hay mediación entre individuos y sociedad. Entonces, no existe la posibilidad de una sociedad justa en la cual los individuos tengan derechos.

---

[36] Ver C. MacKinnon: **Feminism**, **Marxism**, **Method and the State**: **Towards Feminist Jurisprudence**, Signs, 1983.

[37] Ver A. Hutchinson, op. cit., pág. 4: «El emperador judicial... decide y actúa con el fin de proteger y preservar el interés del poder masculino que reviste»

El segundo paso de los liberales es de tipo técnico. Si estamos de acuerdo en los valores de una sociedad justa, ¿cuáles son los mecanismos para alcanzar los objetivos? ¿Pueden diseñarse los mercados e instituciones privadas o públicas?. Dentro del liberalismo existe necesariamente alguna forma de mercado, pero hay también diversos modos de organización de estos mecanismos. Este segundo paso sólo tiene sentido si el primero ha gozado de un cierto éxito. Si se cree que la relación entre individuos y sociedad es contradictoria, y que la justicia moral no es posible, el segundo tema no tiene ningún interés.

No es posible contra argumentar inmediatamente a la gran contradicción de los Criticals con la premisa liberal de que un acuerdo de justicia social puede ser alcanzado a través de otros acuerdos. Según los CLS, o los individuos destruyen la comunidad o la comunidad destruye a los individuos. En ambos casos nos encontramos en el mundo de la utopía o defendiendo un acuerdo autoritario[38]. O somos anarquistas, y entonces no contamos con reglas sociales, o somos totalitarios y entonces no existen los individuos. La debilidad de la teoría crítica resulta de la debilidad de sus propuestas políticas. El escepticismo no puede hablar; sólo puede suspender el juicio. El escepticismo no puede construir teorías; sólo puede destruirlas. El escepticismo no puede ofrecer un modelo de sociedad con individuos, pero, ¿puede dar apoyo a una utopía autoritaria?

Mi lectura de CLS puede ser errónea y mis impresiones pueden ser el resultado de una interpretación incorrecta de sus ideas. Espero obtener alguna respuesta por su parte que me permita formar una mejor imagen de sus teorías. Creo que su trabajo representa un desafío y que sirve como estímulo para una discusión más profunda en el campo del criticismo. En el balance final me encuentro con dudas sustanciales respecto a la posibilidad de construir algo con resultados positivos empleando sus herramientas conceptuales.

---

[38] D. Kennedy escribió en *Form and Substance in Private Law Adjudication:* «La libertad del individualismo es enajenada y arbitraria... sólo se puede alcanzar la libertad real colectivamente a través de la autodeterminación. Somos demasiado débiles para decidir aislados. Cierto, la autodeterminación colectiva, una clase de utopía, implica el uso de la fuerza contra el individuo. Pero sufrimos y aceptamos el uso de opresión física y psíquica en la vida familiar cotidiana, en la educación, en la cultura...»

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA CON OTA WEINBERGER

1. *En primer lugar una pregunta biográfica. ¿Podría decirme cuándo y de qué manera comenzó a interesarse usted en los problemas de la filosofía jurídica y de la lógica? ¿Quiénes fueron sus maestros y qué autores han tenido influencia en sus intereses filosóficos?*

Mi interés por los problemas filosóficos comenzó aproximadamente a los quince años de edad. Una mente proclive a la duda, inseguridad en cuestiones de vida práctica y ausencia de fe en la autoridad originaron la disposición de no limitarme a recibir opiniones, sino a interesarme siempre por su fundamentación. Y esto es, a mi modo de ver, el camino hacia el filosofar. Mi interés por la filosofía práctica en general proviene de problemas de conciencia: «¿vivo y actúo racional y correctamente?» Puesto que no he gozado de una educación religiosa, confiaba en que sólo la reflexión racional nos puede ayudar. El interés especial por la filosofía del derecho -aproximadamente desde 1939- se debe a la influencia de mi estimado maestro Frantisek Weyr. Al recomenzar mis estudios de derecho y de filosofía después de la Segunda Guerra Mundial (1945), ya tenía la firme intención de dedicarme a la filosofía del derecho y a la lógica jurídica. La revolución comunista impidió mi habilitación como docente con Weyr y Kubes. Como no-marxista no quise ser filósofo del derecho en un sistema staliniano. Fui nombrado juez y más tarde docente para lógica en la Universidad de Praga.

Sobre mi pensamiento jusfilosófico tuvo influencia, en primer lugar, Weyr, el jefe de la escuela de Brno de la Teoría Pura del Derecho, que Weyr llamaba «Teoría Normativa». Pero no he sido nunca un «seguidor fiel» y ya como estudiante escribí un artículo titulado «Teoría Pura del Derecho -pro y contra». (Este título fue utilizado luego en mi ponencia al congreso de La Plata en 1982). Ya entonces había considerado, por ejemplo, que la validez del derecho es un hecho social, que no puede ser determinado por la mera suposición de una norma fundamental.

Respecto a las doctrinas filosóficas cabe decir que han sido sobre todo Kant y el logicismo analítico- reconstructivo los que han marcado mis reflexiones filosóficas. Mi programa era llevar adelante el análisis lógico en el campo del pensamiento referido a la acción tan lejos como fuera posible, pero siempre he sido consciente del hecho de que el análisis lógico no puede reemplazar decisiones y preferencias valorativas. Desde siempre he sido un no-cognitivista en ética.

2. *¿En qué reside la importancia de la lógica para la filosofía en general y para la filosofía del derecho en particular?*

En oposición a Wittgenstein y a la Filosofía del Lenguaje Corriente *(Ordinary Language Philosophy)* creo que hay problemas filosóficos genuinos que no pueden ser reducidos a problemas del lenguaje. La tesis de la revolución lingüística en la filosofía sólo me parece aceptable en la medida en que considero que las reflexiones sobre el lenguaje y la comunicación forman necesariamente parte de todo análisis filosófico. Se trata siempre de encontrar un marco estructural *(framework)* adecuado para el conocimiento y para la argumentación, lo que requiere análisis lingüísticos.

Para la filosofía del derecho la investigación analítica de las estructuras y de las operaciones lógicas es una precondición necesaria de toda labor racional. La mayoría de los problemas jurídicos tienen su aspecto teórico-estructural, pero casi ningún problema puede ser completamente reducido a consideraciones de tipo estructural.

3. *¿Cree usted que la lógica deóntica haya tenido alguna importancia para la filosofía del derecho? ¿Cuáles son sus principales contribuciones y sus mayores fracasos?*

La lógica deóntica como un sistema específico de lógica modal, desarrollada sobre la base de una lógica veritativo-funcional, ha contribuido sin duda a elevar el interés de los problemas estructurales en la filosofía del derecho y en la metaética y también ha contribuido a esclarecer algunos aspectos de la problemática, pero no ha realizado aquello para lo cual estaba en realidad destinada, a saber, a suministrar una teoría funcional para las operaciones lógicas con las normas. Hubo una excesiva confianza en ciertas analogías lingüístico-formales y cierta superficialidad filosófica. Se conocía, por ejemplo, muy bien el dilema de Jörgensen, pero no se consideró necesario tomarlo en serio como un problema filosófico previo a la elaboración de los cálculos y buscar una solución adecuada. Por eso la fundamentación filosófica de la lógica deóntica era bastante deficiente. Analogías formales entre ámbitos materiales diferentes son muy interesantes, cuando se comprueba que son estructuras de ámbitos comparados. Pero semejanzas parciales no constituyen un fundamento suficiente para transferir simplemente las estructuras que valen en un campo a otro.

Si se puede atribuir valores de verdad a «Np», esto no es razón para suponer que también se los puede atribuir a «Op» (p debe ser). Si vale la relación inferencial «De ‘N(p&q) ‘se sigue ‘Np ‘y ‘Nq‘», esto no prueba la validez de la regla de la inferencia análoga «De ‘O(p&q)‘ se sigue ‘Op‘ y ‘Oq‘». Si en lógica modal alética se puede elegir libremente la necesidad o la posibilidad como término primitivo, de ahí no se sigue que se pueda elegir arbitrariamente la obligación o la permisión como término primitivo de la lógica de normas. Puesto que un sistema puramente permisivo no puede tener función regulativa alguna, no se puede elegir la permisión como término primitivo (como lo hizo, por ejemplo, Von Wright en 195 1).

La cuestión de la diferenciación de los operadores normativos planteada por la lógica deóntica no sólo ha llevado a Kelsen a distinguir entre distintos tipos del deber -ordenar, prohibir, permitir-, sino también a introducir más tarde las normas de competencia y las normas derogatorias.

Considero definitiva la imposibilidad de expresar adecuadamente las normas condicionales en la lógica deóntica clásica.

4. *Algunos autores (entre ellos Alchourrón y yo) consideran que la distinción entre normas y proposiciones normativas (es decir, proposiciones descriptivas acerca de las normas) es crucial e incluso insisten que hay que elaborar dos lógicas, una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas. Sin embargo, en sus obras esta distinción no parece desempeñar un papel muy importante. ¿Podría decirme por qué usted no atribuye mayor importancia a esta distinción?*

No cabe duda de que ha de distinguirse rigurosamente entre la oración que expresa una norma y una oración descriptiva de una norma. La oración descriptiva acerca de una norma N puede ser interpretada como una afirmación de que N forma parte del sistema normativo correspondiente Sn. Esta afirmación es verdadera si y sólo si Sn contiene efectivamente a N (sea porque Sn contiene una oración cuyo significado es N, sea porque una oración tal es lógicamente deducible a partir de las oraciones explícitamente contenidas en Sn). La decisión acerca de la verdad de la oración descriptiva de una norma depende por lo tanto de la comprensión de las oraciones normativas de Sn y de su elaboración lógica, no sólo de los hechos observables.

Se ha intentado derivar una lógica de normas (oraciones normativas) a partir de las relaciones lógicas entre las oraciones descriptivas de las normas (o de las llamadas oraciones de deber ser descriptivo). Esto es un error fundamental. A partir de oraciones descriptivas de las normas no se puede derivar inferencias normativas. Las normas que figuran como premisas aparecen en las oraciones descriptivas de las

normas en modo indirecto, de manera que conforme a las reglas del lenguaje descriptivo no se puede efectuar transformaciones en las oraciones expresadas *modo obliquo*. Conforme a las reglas de las lógicas descriptivas de la premisa «En Sn vale la norma 'Todos los hombre deben rezar'» no se sigue «En Sn vale la norma 'El hombre Anton Maier debe rezar'». La impresión de que una inferencia tal sea válida se debe al hecho de que la correspondiente inferencia normativa entre las oraciones expresadas en modo indirecto sea realmente válida. La fundamentación de la validez lógica de las relaciones entre las oraciones descriptivas de las normas no es más que un reflejo de las relaciones lógicas normativas. La lógica de las oraciones descriptivas de las normas es una lógica pseudo-indicativa, pues ella presupone la existencia de la lógica de normas, la que determina qué oraciones descriptivas de las normas pueden ser inferidas.

Mis dudas acerca de la utilidad de dos lógicas -de una lógica de normas y una lógica de oraciones descriptivas de las normas- proviene justamente del hecho de que esta última sea un mero reflejo de aquélla.

5. *Una de las razones para considerar importante esta distinción consiste en que los problemas de completitud y de consistencia de los sistemas jurídicos sólo pueden ser planteados -conforme a estos autores- en el lenguaje de las proposiciones normativas, que es un metalenguaje respecto del lenguaje de las normas ¿Qué diría usted respecto de esta tesis?*

El problema de la consistencia lógica de los sistemas normativos es seguramente de gran importancia para la filosofía analítica del derecho. Pero este problema no puede ser resuelto, en mi opinión, mediante una lógica de las oraciones descriptivas de las normas.

Ordenar y al mismo tiempo prohibir la misma conducta es claramente un caso de inconsistencia de un sistema. Supongamos que Sn contiene las dos normas «p debe ser» y «no-p debe ser» (esto significa que Sn es inconsistente); en tal caso las correspondientes oraciones descriptivas de las normas serían «En Sn vale 'p debe ser'» y «En Sn vale 'no-p debe ser'». Estas dos oraciones son, de acuerdo a nuestra hipótesis, ambas verdaderas y por lo tanto lógicamente consistentes.

El problema de la consistencia tampoco puede ser resuelto mediante mero análisis de los contenidos descriptivos de las oraciones normativas (de los «frásticos» en la terminología de Hare), ya que el operador normativo que figura en la oración normativa es también esencial. Prueba: 'Op' y 'O no-p' son incompatibles; 'Pp' y 'P no-p' son compatibles.

6. *La filosofía analítica ha sido muy influyente en este siglo, también en la filosofía del derecho, pero ahora el clima filosófico*

parece estar cambiando. ¿Qué piensa usted sobre las perspectivas futuras de la corriente analítica en filosofía?

Siempre fue verdad -a pesar de algunas tesis aparentemente divergentes de algunos filósofos analíticos- que ética y filosofía del derecho no se reducen a la metaética y a la teoría de la estructura del derecho. Por otra parte sigue siendo verdad que la fundamentación de las ontologías y de los sistemas estructurales adecuados mediante las investigaciones analítico-reconstructivas forma parte imprescindible de la labor filosófica.

7. *Hay dos temáticas que parecen estar muy de moda ahora entre los filósofos del derecho: la ética normativa y la teoría de la argumentación. ¿Diría usted que ellas pertenecen a la tradición analítica en la filosofía del derecho?*

No soy amigo de las modas filosóficas y prefiero considerar con Schopenhauer que los filosofemas no se parecen a los huevos: los más frescos no siempre son los mejores. Qué puede ofrecernos la ética normativa depende de los presupuestos aceptados y de la forma de argumentar; no es fácil, por lo tanto, formular un juicio global. El enfoque de la teoría de la argumentación se halla en parte en la línea de la tradición analítica, pero en la concepción de Habermas-Apel-Alexy se caracteriza por una idea errónea sobre la esencia de la racionalidad. Esto no era así en la vieja teoría de la argumentación de Ch. Perelman. La idea de que la racionalidad consiste en determinadas formas de discursos interpersonales (sociales) significa una concepción inspirada en el neo-marxismo que reemplaza la razón argumentativa por procesos sociales de este tipo y con ello hace imposible la solución de tareas analíticas y echa a perder la metodología científica racional y empírica.

8. *Muchos filósofos del derecho, quizás la mayoría, ya no están interesados en metaética, sino en ética normativa, es decir, en problemas valorativos, por ejemplo, derechos humanos, liberalismo, paternalismo, ética médica (aborto, eutanasia), etc. ¿Piensa usted que tales preguntas dan lugar a genuinos problemas filosóficos?*

No dudo que las cuestiones que usted menciona son problemas genuinos. Se trata de problemas que individualmente tienen aspectos filosóficos, pero estos problemas no pueden ser resueltos de manera puramente cognoscitiva. Las investigaciones de este tipo sirven para elaborar puntos de vista plausibles. Si entiendo correctamente la situación, la discusión filosófica puede contribuir a la demolición de muchos prejuicios, pero me parece que la situación es de tipo tal que una respuesta -la única respuesta correcta- no puede ser elaborada. La clarificación moral o algo así como el progreso moral sólo pueden darse a través de los esfuerzos de lograr un resultado y comprobarlo valorativamente.

9. *Cognitivismo ético parece ser la tendencia dominante en nuestros días; muchos autores contemporáneos que tratan problemas éticos y políticos consideran que los juicios de valor son (objetivamente) verdaderos o falsos. ¿Cuál es su opinión respecto del papel de la verdad en este campo?*

Comprendo muy bien el sueño en la posibilidad del conocimiento práctico, pues experimento como todo el mundo el peso de la incertidumbre en cuestiones prácticas. Pero la condición humana es así y tenemos que juntar fuerzas para vivir con ella. Debe bastarnos la conciencia de que buscamos el camino correcto y que mediante análisis logramos a veces eliminar ilusiones y errores. Pero la vida moral no puede ser resuelta de una manera puramente cognoscitiva. Sin embargo, nuestros esfuerzos no son vanos: podemos luchar contra la idea de que alguien conozca la única solución correcta; podemos luchar por la paz, por la comprensión mutua y contra las enloquecidas ideologías de exterminio y preparar de esta manera el terreno para la tolerancia espiritual y moral. En lugar de incriminaciones histórico-políticas podemos romper una lanza por la paz, la cooperación y la comprensión entre los pueblos. Esta es hoy una tarea difícil pero primordial para la lucha por Europa en vista de nacionalismos que vuelven a brotar y son apañados en forma irresponsable. Quisiera expresarlo mediante una fórmula breve: el humanismo debe prevalecer sobre el pensamiento emocional inspirado en estereotipos y sobre la dicotomía simplista amigo-enemigo. ¿Vencerá el humanismo? No lo sé; sólo sé que de otro modo serán inevitables catástrofes menores o mayores.

10. *Usted ha criticado los desarrollos últimos de Kelsen y en especial su TEORÍA GENERAL DE LAS NORMAS, pero ¿qué diría usted respecto del ideal de Kelsen de una ciencia jurídica avalorativa y puramente descriptiva? ¿La concepción de Kelsen del positivismo jurídico es aceptable para usted?*

Mi positivismo se distingue en algunos puntos esenciales del kelseniano: en mi opinión las argumentaciones políticas y el examen de la funcionalidad de las instituciones deben ser objeto de investigación de la ciencia jurídica. Es problemático si las ciencias comprensivas y no meramente explicativas -y a esta categoría pertenecen la jurisprudencia y también la sociología- puede ser puramente descriptivas y avalorativas. Los valores están aquí siempre involucrados, al menos como objetos del análisis. Pero esto no significa que los valores puedan ser conocidos científicamente como objetivamente válidos, como algo que debe ser. El no-cognitivismo es para mí, como para Kelsen, la base de la filosofía práctica. Pero el postulado del carácter avalorativo de la ciencia ha de ser concebido en forma más débil: el conocimiento de las instituciones existentes debería en lo posible ser separado de las argumentaciones

acerca de lo que debe ser. En tal caso me parece que sería posible integrar los intentos de alcanzar valoraciones bien fundadas con los análisis científicos.

El positivismo de Kelsen es para mí -para decirlo en forma muy resumida- aceptable en la medida en que es decididamente no cognitivista, pero no es aceptable cuando Kelsen pretende eliminar del campo de la filosofía del derecho las investigaciones funcionales y político-jurídicas, y cuando considera -para salvar el postulado de pureza- que los acontecimientos sociales fácticos son irrelevantes para la dinámica jurídica y la validez del derecho. Kelsen no es del todo consecuente en esto, por la sencilla razón de que esto es imposible: el concepto de eficacia, que evidentemente se refiere a un hecho sociológico, forma parte de su definición de validez.

11. *¿Podría usted caracterizar brevemente las principales diferencias entre su «positivismo institucional» y el positivismo de Kelsen o de Alf Ross?*

Las principales diferencias entre la Teoría Pura de Kelsen y mi concepción (esto es, el positivismo jurídico institucional) son: el postulado de la pureza, la teoría de la validez y la teoría de la sanción de las normas jurídicas. En concordancia con la Teoría Pura del Derecho subrayo la distinción fundamental entre consideraciones de *lege data* y de *lege ferenda*. Pero no considero correcto excluir de la filosofía jurídica el ámbito de los análisis de *lege ferenda*. Estas investigaciones no pueden ciertamente ser puramente cognoscitivas, pues dependen siempre de valoraciones, tienen sin embargo una estructura interesante cuya descripción es sin duda tarea cognoscitiva. La legislación es una tarea jurídica, tanto en la perspectiva argumentativa, como en la técnica, es decir, de la teoría de comunicación.

En el ámbito de la decisión hay una combinación de argumentaciones de *lege data* y *lege ferenda* (cfr. el concepto de estimación, así como las consideraciones de *setentia ferenda)*. Tampoco los problemas de validez y de la dinámica del derecho, que la Teoría Pura considera como puramente jurídicos, pueden ser tratados en forma «pura», es decir, sin referencia a hechos. La postulación de una norma fundamental no puede por sí sola fundamentar la existencia social del sistema jurídico. La eficacia -que también en Kelsen constituye un criterio adicional de la validez del sistema jurídico- es un hecho social que sólo puede ser comprobado mediante observación. La dinámica del derecho no es un proceso puramente normativo, sino una combinación de hechos y actos reales de creación de normas. La teoría de la sanción responde al esfuerzo de Kelsen de hallar una distinción formal entre las normas jurídicas y otras normas. Esta teoría es incompatible con la tesis de que

la validez de una norma está determinada por el contexto de su creación, pues mediante procesos creativos correctos pueden ser -y son creadas normas que carecen de sanciones que, según Kelsen, no serían normas jurídicas. Los actos de los órganos supremos no serían entonces cumplimiento de los deberes jurídicos, pues aquí no hay sanciones. Y por último -*last but not least*- las normas permisivas, las normas que facultan y las normas derogatorias no tienen la forma de normas sancionatorias.

En Ross, como en mi teoría, el fundamento de la validez del derecho es sociológico-realista, pero el carácter normativo del derecho está reducido en su teoría. Originariamente Ross concebía las normas sólo como ideología del juez y ponía en duda el significado de las oraciones normativas desde el punto de vista de la teoría verificacionista del significado. Esto cambió cuando Ross comenzó a ocuparse de la lógica de normas. El intento realista de hacer depender la validez del derecho de las decisiones de los jueces contiene también un elemento antinormativo, pues reduce la normatividad a la expectativa de una conducta cognoscitivamente determinable. Esto no da cuenta del importante hecho de que el juez sólo es tal en virtud del facultamiento normativo y de que él mismo ha de plantearse la pregunta acerca de lo que debe jurídicamente hacer y no puede apoyar la respuesta en el resultado de su decisión.

12. *¿Cuáles son en su opinión los rasgos más importantes de la llamada Teoría Institucional del Derecho, elaborada por usted y MacCormick? ¿Cuáles son sus contribuciones principales a la teoría jurídica?*

Para nuestra teoría es característico el enfoque basado en la teoría de la acción. De ahí surge una semántica dicotómica que subraya la distinción categorial entre oraciones descriptivas y prácticas. Este tipo de semántica es, en mi opinión, un presupuesto indispensable de la filosofía práctica. Como somos no sólo seres actuantes, sino también seres sociales, somos necesariamente creadores de instituciones, esto es, de marcos sociales para la acción. Entre las normas sociales y las instituciones hay una relación esencial: la validez de las normas está en el hecho de que éstas constituyen la base para el funcionamiento de las instituciones; y las instituciones sólo pueden existir cuando contienen un núcleo de información práctica. Esta es la tesis básica de nuestra doctrina institucional que se opone diametralmente a la doctrina clásica de Hauriou y de Schmitt.

13. *Algunos filósofos del derecho interesados en la teoría de la argumentación son de opinión de que las reglas lógicas son demasiado estrechas para poder dar cuenta de muchos argumentos «sanos» o*

«razonables», especialmente en contextos jurídicos, por ejemplo, en argumentos usados para la justificación de las decisiones judiciales. De ahí que tratan de elaborar reglas nuevas y más elásticas para el control racional de tales argumentos. Esto parece implicar un concepto más amplio de racionalidad («Lo racional como razonable» es precisamente el título de un bien conocido libro que pertenece a esta tendencia). ¿Qué podría decir usted sobre estos desarrollos?

No todo lo que se acepta como verdadero o correcto puede ser probado estrictamente. Tiene sentido ahora discutir acerca de aquello que es aceptable (plausible) como opinión o valoración «razonable». Vale la pena y es interesante estudiar la estructura de las argumentaciones plausibles. Aquí suele aparecer, en mi opinión, una combinación de deducciones sobre la base de hipótesis y actos de aceptación. A menudo se comparan una serie de argumentos y se adopta una decisión de aceptar uno de ellos sobre la base de la valoración relativa de sus resultados. Sin duda, es útil, interesante y valioso discutir intersubjetivamente las opiniones, pero la argumentación misma y la plausibilidad y la corrección del resultado no dependen directamente del consenso intersubjetivo.

14. *¿Podría usted resumir brevemente sus objeciones principales a la teoría del discurso, tal como fue desarrollada por Habermas, Apel y Alexy?*

La concepción de la racionalidad en la teoría del discurso está basada en presupuestos equivocados y tiene consecuencias muy perjudiciales para la metodología de las ciencias y para la filosofía práctica.

a) La teoría de verdad como consenso define la verdad como el resultado del consenso en los discursos ideales. (En forma similar, esto vale también para la corrección práctica). No hay razón alguna para la suposición de que los discursos tiendan al consenso; ni los discursos reales, ni los ideales tienen esta propiedad. La solución de problemas teóricos y prácticos depende a menudo del «descubrimiento» de métodos, lo que en la mayoría de los casos no puede hacerse a través de los discursos. Ningún camino lleva de las opiniones de los participantes en el discurso a la verdad objetiva o corrección, ni siquiera cuando hay un consenso universal. El presupuesto erróneo de que el consenso significa verdad objetiva perjudica la búsqueda y la argumentación racional en la ciencia y en la moral.

b) Conforme a esta concepción la racionalidad es asunto de procesos interpersonales de formación de opinión y argumentación y se la opone al argumentar monológico («solipsista»). Pero el pensar y el argumentar no es ni monológico («solipsista»), ni dialógico, ni tampoco colectivista; se trata más bien de un trabajo en el campo de pensamientos

y operaciones entendidas objetivamente. Tesis tan absurdas como «La condición para la verdad de las proposiciones es el asentimiento potencial de todos los demás» o «La calidad de los argumentos está determinada por la fuerza que lleva al consenso en el discurso» (y no por la relevancia material y la consistencia lógica) no sólo han sido afirmadas por Habermas, sino aceptadas pacientemente por otros.

c) La concepción de la racionalidad de la teoría del discurso no mejora con la opinión de Alexy de que las reglas discursivas fijadas garantizan la racionalidad de los discursos. Las reglas discursivas inmunizan ciertas concepciones (en la medida en que no se trata de reglas puramente lógicas) y producen la apariencia de determinaciones razonables donde no hay determinación alguna.

d) Los teóricos del discurso oponen los discursos ideales a los reales. Pero los discursos ideales son *ex definitione* un absurdo; tampoco son idealizaciones adecuadas de las condiciones reales de la argumentación. En lugar de hablar de la optimización de los discursos, se introduce este engañoso concepto. Se pretende que el discurso ideal esté caracterizado, por ejemplo, por la ausencia del poder. Pero en nuestro mundo no se dan situaciones en los que esté ausente el poder y sin embargo hay discusiones efectivas. El poder (como también los efectos producidos por las autoridades, los sistemas de fe, etc.) puede resultar a menudo un obstáculo, pero su ausencia no es una fuerza positiva en la búsqueda de la verdad. En el discurso ideal, que sólo es un modelo pero que no representa ninguna realidad, la ausencia de poder carece de todo sentido.

En el discurso ideal la argumentación no puede apoyarse en el consenso; sólo cabe pensar en la fundamentación inversa: si una tesis está probada como objetivamente válida, cabe suponer que todos van a consentir con ella.

e) Conforme a esta teoría toda comunicación está ligada a ciertas pretensiones de validez; comprensibilidad, verdad, veracidad y corrección. Si afirmo algo, doy por verdadera la oración formulada, pero no me obligo a probarla. Muchas cosas no pueden ser probadas intersubjetivamente (vgr. «Te quiero»), y evidentemente no se puede probar todo sin incurrir en círculo vicioso.

El reconocimiento de la verdad de la proposición comunicada o la corrección de la norma expresada es irrelevante para el proceso de comunicación.

f) Apel deriva postulados morales de consideraciones pragmático-trascendentales. Esto no es convincente. En primer lugar, ciertamente no serían válidas las pretensiones de este tipo que resultaren de la comunicación misma. En segundo lugar, estar moralmente obligado a

hacer aquello sobre lo que los demás coinciden es claramente incompatible con la autonomía moral. En tercer lugar, hay claramente deberes morales frente a personas que no son capaces de entrar en discurso, por ejemplo, frente a chicos o idiotas. La moral no se refiere sólo a las pretensiones, pues una importante parte de la moral está constituida por deberes de solidaridad.

g) Alexy trata de aplicar la teoría del discurso a la moral y al derecho. En el campo de la filosofía práctica este punto de partida es más favorable que en el del conocimiento científico, puesto que en el ámbito de lo práctico la comunicación interpersonal y el consenso son en buena medida relevantes.

Alexy introduce un concepto relativo de corrección, ya que se da cuenta de que en el campo práctico no siempre se logra el consenso valorativo. Esta «corrección» no nos dice, sin embargo, cómo debemos actuar, pues se limita a presentarnos algo así como «concepciones aceptables».

El intento del autor de elaborar una filosofía del derecho discursiva descansa sobre todo en la tesis especial conforme a la cual la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica. Pero no se aclara si esto significa: a) en la argumentación jurídica valen todas las reglas de la argumentación práctica más ciertas reglas jurídicas especiales, o b) en la argumentación jurídica valen las reglas de la argumentación práctica con algunas excepciones.

Para terminar quisiera decir que la filosofía discursiva está exageradamente sobrevaluada en el ámbito filosófico alemán, probablemente porque la socialización de la racionalidad aparece como democrática, pero en realidad no tiene nada que ver con la democracia.

△

DOXA-11 (1992)