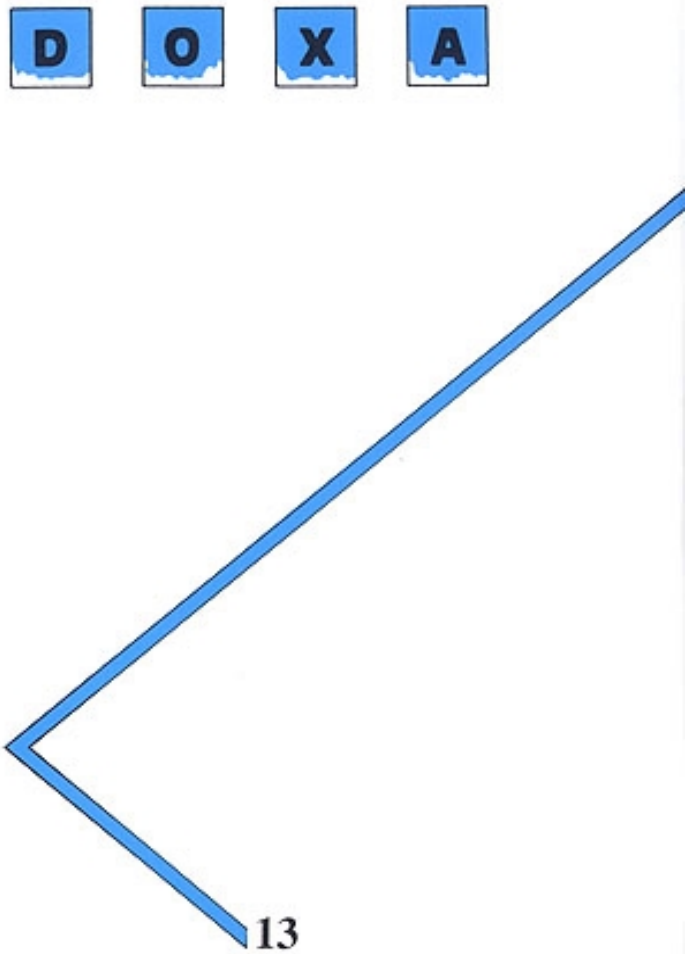


CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Índice

- Presentación
- Herbert L.A. Hart
  - Joseph Raz - En memoria de H.L.A.Hart
- Neoliberalismo y Estado
  - Reinhard Zintl - Neoliberalismo y Estado social
  - Carmen Herrero - Racionalidad individual-irracionalidad social: El conflicto justicia-eficiencia
  - Xavier Calsamiglia - Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación
  - Josep M. Colomer - Límites económico-políticos de la intervención estatal
- Artículos
  - Osvaldo Guariglia - El concepto normativo de "persona" y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática
  - Massimo La Torre - Reglas, instituciones, transformaciones.Consideraciones sobre el paradigma «Evolución del Derecho»
  - Albert Calsamiglia - ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?
  - Martín Federico Böhmer - Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible
  - Blanca Martínez de Vallejo Fuster - La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger
  - Carlos Alarcón Cabrera - El "puzzle" constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas
  - Juan Antonio García Amado - La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas
- Notas
  - Carlos Santiago Nino- Respuesta a J.J. Moresco, P.E. Navarro y M.C. Redondo
  - Daniel González Lagier - Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle
  - Pablo E. Navarro - Reflexiones acerca del concepto de tolerancia
  - Raquel Osborne - Liberalismo y feminismo: ¿Un dilema para las mujeres? Respuestas a Jorge Malem
  - Jorge Malem Seña - Feminismo radical, pornografia y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne
  - Luis Prieto Sanchís - Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
- Entrevista
  - Manuel Atienza y Manuel Jiménez Redondo - Entrevista a Stephen E. Toulmin

P R E S E N T A C I Ó N

La evocación que Joseph Raz efectúa de la figura de Herbert Hart en el Oxford de los años sesenta abre este número 13 de DOXA que es también el primero de 1993. Hart, fallecido a finales de 1992, merece ser recordado no sólo como el autor de algunas de las obras de filosofía del Derecho más influyentes del siglo, sino también como modelo de intelectual, de docente y de ser humano. «Era imposible -escribe quien fuera uno de los alumnos de Hart de aquellos años- que no hicieran mella en uno su modestia y su limpieza moral. Era imposible no admirar el aliento de sus simpatías humanas y culturales y no sobrecogerse por el poder de su inteligencia». Por lo demás, quizá no esté de más recordar aquí que en el número 5 de DOXA, correspondiente a 1988, se publicó una entrevista con Hart (aparecida luego también en Rechstheorie*, 22, 1991) de interés sobresaliente no sólo por razones teóricas (Hart rectifica ahí su concepto de deber jurídico y aclara cuáles son las diferencias que le separan de Dworkin), sino también relativas a su biografía intelectual.*

La sección monográfica de este número está dedicada al tema de Neoliberalismo y Estado *y recoge las ponencias de las VI Jornadas de Filosofía Práctica celebradas en Tossa de Mar en mayo de 1992. Reinhard Zintl, en* Neoliberalismo y Estado social, *se plantea el problema de si la coexistencia, en el plano de los hechos, entre constituciones liberales, democracias y Estados sociales puede o no justificarse, en el plano de la teoría. Frente al escepticismo y desconfianza con respecto al Estado social que suele ser la nota distintiva de la mayoría de los autores liberales, Zintl entiende que el liberalismo constituye incluso «un aval fuerte y definitivo del Estado social». Él interpreta el Estado social «no como una intromisión en los resultados de una transferencia voluntaria sino como un intento de enfrentarse con el problema de las dotaciones creadoras de independencia» y de ahí que entienda que este tipo de Estado*

«no es algo que se agrega a una constitución liberal por razones independientes, sino que es una parte necesaria de ella, ya que proporciona los requisitos o la infraestructura social de las instituciones liberales».

En Racionalidad individual-Irracionalidad social. El conflicto justicia-eficiencia, *Carmen Herrero se plantea el problema del liberalismo desde «el punto de vista de los economistas», lo que le lleva a valorar las decisiones políticas teniendo en cuenta tanto la eficiencia económica (que el sistema no desaproveche oportunidades), como la eficiencia informacional (que las decisiones políticas puedan ser puestas en práctica a bajo coste), el respeto a las libertades individuales y la justicia (o equidad). La tesis fundamental del liberalismo es que, de los cuatro valores mencionados, el respeto a las libertades individuales es el más importante y que la función del Estado (el «Estado mínimo») debe restringirse a la defensa de esas libertades, puesto que «nadie conoce mejor que el propio individuo qué es lo bueno para sí mismo». Herrero discute en su artículo los límites de esta última tesis: por un lado, muestra cuáles son las dificultades que surgen para pasar de la racionalidad individual a la racionalidad colectiva (de lo bueno individual a lo bueno colectivo); por otro lado, señala también los problemas que se plantean cuando se pretenden conjuntar criterios de eficiencia y de equidad. Su conclusión viene a ser que ni el Estado mínimo ni el Estado redistributivo consiguen satisfacer plenamente las cuatro exigencias antes mencionadas, y que, en un mundo con fallos de mercado, ambos modelos de Estado fracasan en la obtención de eficiencia económica.*

El planteamiento de Xavier Calsamiglia, en Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación, *también tiene como punto de arranque la teoría económica. Como el propio autor señala, su trabajo tiene un triple objetivo. El primero es exponer los conceptos básicos con que los economistas analizan el papel del Estado en la economía. El segundo consiste en ilustrar el modo de proceder de la economía -el método de formalización que ha llevado a esta disciplina hacia el campo de las ciencias maduras-, sin soslayar por lo demás sus limitaciones. Y el tercero radica en sugerir algunos temas en que las técnicas de análisis de los economistas pueden ser de utilidad para los juristas. En particular, Calsamiglia se centra en los problemas de técnica legislativa y propone considerar al Derecho «como un mecanismo de coordinación, como un instrumento de articulación entre la racionalidad individual y la colectiva». El paralelismo con el enfoque de la teoría económica del bienestar resulta entonces evidente: «En ambos casos se trata de un mecanismo fundamentalmente prescriptivo en el cual los mismos mecanismos de coordinación económica o jurídica se*

constituyen en objetos de elección. Esta elección se realiza en términos de la medida en que mecanismos alternativos permiten alcanzar ciertos objetivos sociales».

Finalmente, Joseph M. Colomer (Límites económico-políticos de la intervención estatal), *después de mostrar el vertiginoso crecimiento que, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, ha tenido la intervención estatal, se centra en los dos principales enfoques existentes en la teoría económica para explicar este fenómeno. El primero de ellos se basa en los fallos del mercado para satisfacer de un modo eficiente la demanda de ciertos bienes (como los bienes públicos o los que producen externalidades negativas), a lo cual se une el hecho de que la demanda puede estar sobredimensionada o potenciada cuando la decisión se toma por vía electoral. El otro enfoque busca la explicación básica no en la demanda, sino en la oferta de bienes y servicios públicos: se trata de que los gobernantes -básicamente los políticos profesionales y los altos funcionarios- hacen crecer la intervención estatal en su propio beneficio, aun en detrimento de los intereses más comunes de la sociedad. Frente a este proceso de crecimiento que genera ineficiencias y pérdidas de control democrático, Colomer propone ensayar una óptima combinación entre la respuesta neoliberal (disminuir la intervención estatal) y la neodemocrática (potenciar la participación ciudadana en las decisiones públicas): «un proyecto de democracia austera que fuera más capaz de promover a la vez la prosperidad y la participación de los ciudadanos».*

En el trabajo de Osvaldo Guariglia (El concepto normativo de «persona» y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática) *con que se abre la sección de* ***Artículos*** *se parte precisamente de la crítica neoliberal o neoconservadora contra las bases políticas, económicas y filosóficas del Estado del bienestar. Guariglia analiza dos propuestas de justicia distributiva -la de John Rawls y la de Amartya Sen- que considera particularmente importantes y presenta luego su versión argumentativa del universalismo kantiano que, en su opinión, «está en mejores condiciones (que las dos anteriores) de proveer criterios universales pero interpersonales e inequívocamente aplicables para determinar la provisión mínima de 'bienes básicos'». Esos principios sustantivos de justicia, que vendrían a tener un estatus intermedio entre las reglas puramente procedimentales de Habermas y los principios constructivos de Rawls, son los tres siguientes: «(I) Ningún miembro de la sociedad interferirá nunca las acciones de otro miembro usando de la violencia en cualquier grado ni pretenderá mediante la aplicación de coacciones un asentimiento forzado para la satisfacción de sus propios fines. (II) Todo miembro de la sociedad tendrá siempre*

iguales prerrogativas que cualquier otro miembro de ella. Cualquier desigualdad entre ellos no podrá fundarse en la mera diferencia numérica de las personas. (III) A fin de garantizar la defensa de los derechos que a cada miembro de la sociedad confieren los principios (I) de la dignidad *y (II) de la* igualdad, *todo miembro de la sociedad deberá tener iguales posibilidades para alcanzar una* capacidad madura *que le permita hacer uso de sus derechos y articular argumentativamente sus demandas».*

Massimo La Torre, en Reglas, instituciones, transformaciones. Consideraciones sobre el paradigma «Evolución del Derecho», *parte de considerar el Derecho como una institución, entendiendo por tal «cualquier sistema de normas o reglas que sean condiciones de posibilidad (...) de un ámbito de conductas humanas para el caso de que éstas sean de hecho ejecutadas», para analizar después diversas teorías evolucionistas de las instituciones sociales y, en particular, del Derecho. Pasa revista así a las concepciones evolucionistas clásicas, deteniéndose en los planteamientos de Hayek que critica desde dos puntos de vista: por un lado, porque parte de una homología entre sistemas sociales humanos y sistemas orgánicos, lo que no parece estar justificado; y, por otro lado, porque la eficiencia a la que tenderían los sistemas de reglas que logran sobrevivir es un concepto vacío. Luego examina formulaciones más recientes del paradigma evolucionista que se basan fundamentalmente sobre la teoría de los sistemas, y se ocupa en particular del concepto de «evolución del Derecho» de Luhmann que considera tiene sólo un valor hermenéutico. Esta limitación no resulta tampoco superada por concepciones de la evolución como aprendizaje, tales como las de Eder y Habermas. E igualmente juzga insatisfactoria la teoría de la evolución del Derecho de Teubner quien considera que tanto la sociedad como el Derecho son sistemas autopoiéticos, esto es, sistemas cerrados en sí mismos que se comunican con los otros sistemas sólo mediante «perturbaciones» y «ruidos». Todo ello le lleva a La Torre a pensar que el paradigma «evolución del Derecho» podría entenderse en el sentido de «progreso del Derecho», pero siempre y cuando el progreso se entienda en relación con algún criterio normativo externo, esto es, sin asumir que dicho criterio sea intrínseco al movimiento temporal, pues ello implicaría aceptar una concepción metafísica fuerte (la idea de que la historia tiene una finalidad) que carece de justificación racional. Las reglas no pueden regular su propia aplicación y de ahí que las instituciones -y, por tanto, el Derecho- no puedan considerarse formalmente cerradas; son más bien estructuras abiertas que tienen que ser llenadas de contenido en contextos concretos.*

En ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?, *Albert Calsamiglia aborda el problema de las relaciones entre Derecho y*

moral desde la «perspectiva inusual» de la ciencia de la legislación. Para ello, se pregunta, en primer lugar, por qué no han existido una ciencia y una técnica legislativas hasta épocas muy recientes. La respuesta apunta a la insuficiencia de la red conceptual de la ciencia jurídica tradicional y a la inadecuación de la mentalidad y de la formación del jurista-funcionario. En segundo lugar, trata de mostrar por qué la ciencia y la técnica de la legislación son necesarias en el Estado intervencionista. Finalmente, se plantea el catálogo de preguntas que deberían formularse para dictar una ley bien hecha. *Siguiendo un modelo propuesto por M. Atienza distingue entre racionalidad lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. Y concluye que, aunque dicho modelo apunta a cuestiones importantes, por un lado, «no tiene en cuenta los aspectos de las consecuencias involuntarias de las decisiones legislativas y es demasiado optimista respecto al voluntarismo»; y, por otro, «desvincula demasiado la racionalidad ética de las demás racionalidades. Si preguntamos sobre la excelencia ética de las leyes sin tener en cuenta los recursos, me parece que desenfocamos el problema [...] Una buena ley no debe juzgarse por su excelencia declarada, sino por la excelencia que consigue».*

Martín Federico Böhmer, en Feminismo radical y feminismo liberal. Pasos previos para una discusión posible, *se propone mostrar que algunas de las desavenencias existentes entre estos dos tipos de feminismo consisten en una discusión sobre palabras que puede ser evitada si se explicitan los criterios definicionales de los conceptos en juego. En particular, sostiene: «a) que la relación entre el feminismo liberal y el radical es problemática porque el último supone un desafío al primero en el sentido de que presenta anomalías e inconsistencias en algunas afirmaciones importantes del paradigma liberal; b) que el feminismo radical es, en algunos aspectos relevantes, el intento consistente y apasionado de llevar la tesis del paradigma liberal hasta sus más lejanos límites; y c) que el paradigma al alcance para reemplazarlo y porque las anomalías presentadas por el feminismo radical pueden ser contestadas consistentemente dentro del mismo paradigma».*

En la intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger, *Blanca Martínez de Vallejo Fuster tomando como marco básico de su reflexión la configuración española actual del derecho a la intimidad, es decir, su calificación como derecho fundamental en la Constitución española de 1978, trata de realizar una aproximación conceptual al derecho a la intimidad por la vía de «reconsiderar» dos elementos básicos: cuál es el bien jurídico que se trata de preservar con dicho derecho y quién es el titular del mismo. En relación con el primero, sostendrá que cabe distinguir entre «intimidad» y*

«ámbito privado» lo que proporciona argumentos suficientes para dotar de carácter autónomo al derecho a la intimidad dentro de un genérico derecho a la vida privada. En relación con el segundo, dado el carácter autónomo reconocido a este derecho, muestra sus reservas frente a la regulación constitucional que trata conjuntamente la «intimidad personal y «familiar».

A continuación, Carlos Alarcón Cabrera se ocupa (*en* El «puzzle» constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas) *de la paradoja deóntica de la reforma constitucional tal como fue planteada por Ross. De acuerdo con este último, el artículo que establece el procedimiento de reforma de la Constitución: (b) no puede revisarse sin caer en contradicción y (c) es irrelevante que su sustitución por otro artículo se realice siguiendo o no los requisitos que el primero establece, porque en cualquier caso incumplimos el precepto constitucional. En opinión de Alarcón, esta paradoja se disuelve cuando se analiza a través de la teoría de las reglas constitutivas de Amedeo Conte, y se muestra en realidad como fruto de una confusión acerca de la naturaleza de la norma que regula la reforma constitucional, que es considerada en unas ocasiones como una regla «constitutiva» y en otras como una «regla hipotético-constitutiva».*

Finalmente, en La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas, *Juan Antonio García Amado comenta la reciente obra de Habermas dedicada específicamente a problemas iusfilosóficos:* Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurtheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats. *En el artículo, no sólo se exponen las tesis centrales del libro, sino que se muestran las ambigüedades que las mismas presentan y los dilemas en que desembocan. García Amado llega así a la conclusión de que «las tesis de Habermas (...) tal vez hayan de entenderse, más que como fundamentación del derecho, o del derecho moderno, como reconstrucción (...) del fundamento que se presupone en el derecho moderno y en la sociedad que lo ha originado. El problema que permanece es el de conciliar, por un lado, el cognoscitivismo general de Habermas y el apoyo de su teoría en el discurso en los presupuestos inmanentes al uso del lenguaje en todo tiempo y lugar, con, por otro lado, el circunscribir la aplicación de esos postulados a un derecho moderno cuya racionalidad por esa vía se postula».*

La sección de ***Notas*** *arranca con un breve comentario de Carlos Nino* (Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo) *a propósito de un trabajo aparecido en el número 11 de DOXA* (Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial). *La discusión gira en torno al problema de qué normas están implicadas en la justificación jurídica. En opinión de Nino, la actitud de los autores de aquel*

trabajo (Moreso, Navarro y Redondo) lleva a tener que «contentarse, en la filosofía del Derecho, con sentidos de «justificación» cuyas implicaciones pueden resumirse en el slogan: 'todo vale, menos la contradicción'», lo que le parece del todo insuficiente.

Daniel González Lagier, en su trabajo Clasificar acciones. Sobre la crítica de Raz a las reglas constitutivas de Searle, *estudia la concepción de las reglas constitutivas de John Searle y la crítica que le dirige Joseph Raz: Para Raz, la caracterización de Searle de las reglas regulativas y las reglas constitutivas lleva a la conclusión de que todas las reglas tienen una dimensión constitutiva y, por tanto, todas son simultáneamente regulativas y constitutivas. En opinión de González Lagier, es cierto que todas las reglas tienen esa fuerza constitutiva, pero ello no implica que no exista ninguna diferencia entre la manera como constituyen acciones unas y otras reglas. Para comprender esta diferencia el autor parte de algunas ideas propias de la teoría de la acción y centra la discusión en un nivel lingüístico, distinguiendo entre descripciones naturales interpretativas, descripciones naturales no interpretativas (esto es, en términos de movimientos corporales) y descripciones institucionales (que vienen proporcionadas por reglas y son necesariamente interpretativas) de las acciones. En su opinión, nos encontramos ante una regla regulativa cuando la conducta conforme con ella admite descripciones naturales no interpretativas, descripciones naturales interpretativas y descripciones institucionales; y nos encontramos ante una regla constitutiva cuando la conducta conforme con ella sólo admite descripciones naturales no interpretativas o descripciones institucionales.*

Pablo Eugenio Navarro, en Reflexiones acerca del concepto de tolerancia, *comenta un interesante artículo de Ernesto Garzón Valdés sobre la tolerancia moral. Navarro no se propone desarrollar un enfoque alternativo al de Garzón Valdés, sino, por el contrario, «aprovechar y profundizar sus ideas y argumentos». Así, partiendo de la distinción que se trazaba en aquel trabajo entre «sistema normativo básico» y «sistema normativo justificante» y de la afirmación de que el acto a tolerar debe estar prohibido en el sistema básico, Navarro concluye que la calificación normativa del acto a tolerar en el sistema básico es irrelevante a efectos de la tolerancia puede manifestarse en tres estados de cosas: «permisión de una acción prohibida, abstención de prohibición de una conducta permitida, y decisión de no castigar o reprochar la violación de una prohibición». Estos estados de cosas tienen que estar acompañados por la preferencia del sujeto competente de prohibir la acción en el sistema básico, pero «luego de la ponderación de razones del sistema justificante, esta preferencia es postergada o abandonada».*

Los dos trabajos que siguen tienen su origen en un artículo de Jorge Malem, Pornografía y feminismo radical, *aparecido en el anterior número de DOXA. En* Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres? Respuesta a Jorge Malem, *Raquel Osborne destaca el hecho de que muchas de las críticas que Malem dirigía a los argumentos del «feminismo radical» contra la pornografía (y a sus propuestas legislativas procensura) vienen a coincidir con las vertidas desde las propias filas del feminismo. Dado que, en el asunto de la pornografía, en ambos bandos cabe encontrar representantes de las diversas corrientes feministas, y que «no se puede hablar hoy en rigor de feminismo radical», Osborne prefiere hablar aquí de «feminismo procensura» frente a «feminismo pro-sexo», o «anticensura». «Pero Malem omite por completo cualquier alusión a [esta] otra cara del feminismo». Abrazando el feminismo anticensura, Osborne rechaza no obstante las «insuficiencias» del enfoque «liberal clásico» que según ella inspira la crítica de Malem. Mientras los liberales sólo se han preocupado por prohibir, previa demostración de un daño específico contra personas concretas, la exhibición pública de materiales explícitamente sexuales (protegiendo el consumo adulto, privado y consensuado), al feminismo de Osborne lo que le preocupaba no es la «explicitación sexual», sino el «sexismo» de esos materiales, que afecta a la construcción social de la mujer (más allá de una indemostrable causación de un daño -en términos de violencia sexual- individualizado); sexismo que ha de abordarse, pues, no es «un marco jurídico-represivo-regulador» (al que, paradójicamente, ha sucumbido el feminismo procensura), sino en «un marco de crítica cultural de las representaciones gráficas existentes en nuestro entorno».*

En su réplica (Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne), *Jorge Malem reitera que su supuesto «olvido» del feminismo «anticensura» respondía sencillamente a la acotación, debidamente explicitada, de su objeto de estudio, centrado en el feminismo radical («expresión que sigue siendo de uso común»). Se trataba de mostrar cómo, en maridaje con el conservadurismo reaccionario, la actitud procensura de ese feminismo «es una consecuencia necesaria de sus presupuestos ideológicos, de sus asunciones empíricas -falsas- y de sus proyectos políticos democráticos». Malem coincide con Osborne al denunciar la redacción «vaga y ambigua» de la definición de pornografía en las propuestas de censura, «para posibilitar -añade él- decisiones represivas más amplias». Pero la conceptualización defendida por Osborne, en la que se requiere que un material, para ser pornográfico, sea «sexista» o «degradante», no sería menos vaga. En cuanto a la legitimidad de la intervención estatal represiva -que es lo verdaderamente*

interesante-, el liberalismo de Malem (quien dice no verse reflejado en la posición clásica-decimonónica «constituida» por Osborne) defiende el «*principio del* daño». Su *conexión causal con la pornografía necesita ser probada. El daño sólo puede ser individualizado: si el sujeto activo fueran los hombres «por el mero hecho de serlo» caeríamos en actitudes análogas al racismo; y el sujeto pasivo tampoco puede ser ni «todas las mujeres» -por imposibilidad empírica y porque incurríamos en la falacia de la composición- ni la «clase» de las mujeres (debería probarse la posibilidad de dañar a una clase). Por último, la crítica feminista a la distinción público/privado, además de sus errores conceptuales por omitir las necesarias distinciones analíticas, parece olvidar, según Malem, los límites liberales a la privacidad, basados precisamente en el principio del daño a otro.*

El último trabajo de la sección es la Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *en el que Luis Prieto prosigue una polémica sobre los principios jurídicos que se había iniciado en el anterior número de DOXA. La discusión se centra ahora en dos puntos. El primero se refiere al carácter «abierto» o «cerrado» de la condición de aplicación de principios y reglas. Prieto sigue pensando que ese no es un criterio de distinción que permita claramente separar los principios de las reglas, aunque se diga que lo que se configura de manera «abierta» o «cerrada» son los casos genéricos, no los casos individuales: «no creo que la distinción entre casos genéricos y casos individuales resulte tan nítida o, por mejor decir, (...) a mi juicio esa distinción encierra siempre un problema de concreción del lenguaje normativo». El segundo punto se refiere a la tesis de que los principios en sentido estricto, a diferencia de las directrices, exigen siempre un cumplimiento pleno y no admiten por tanto modalidades graduales de cumplimiento. Y lo que a este respecto desea puntualizar Prieto se condensa en estas tres ideas: «la tesis de Atienza y Ruiz Manero resulta en cierto modo sorprendente o contraintuitiva; (...) no obstante, su descripción es en líneas generales bastante acertada; y, por último, (...) el criterio formulado admite excepciones y no es, por tanto, absolutamente seguro para trazar una nítida frontera entre directrices y principios ni, por cierto, entre éstos y las reglas». En definitiva, Prieto atiende que el intento de Atienza y Ruiz Manero por establecer una separación fuerte entre reglas y principios no es atendible.*

Finalmente, el número se cierra con una amplia entrevista a Stephen E. Toulmin realizada por Manuel Atienza y Manuel Jiménez Redondo y que, a diferencia de las anteriormente publicadas en DOXA, no tiene la forma de contestaciones a un cuestionario escrito, sino la de una conversación oral. Entre muchas otras cosas,

Toulmin explica de dónde procede su interés por el Derecho y por la filosofía del Derecho. Muestra sus diferencias con concepciones de la argumentación como la de Habermas o Alexy. Aclara por qué no se considera un utilitarista en ética. Enjuicia diversas corrientes contemporáneas de teoría del Derecho. Insiste en su concepción de la argumentación como una actividad que tiene lugar dentro de una situación humana. Defiende la importancia de la casuística para la ética. Denigra a la lógica deóntica. Aproxima a Kant a las tradiciones de la retórica y de la casuística. Presenta a Wingenstein como un escéptico pirrónico. Traza un sugerente paralelismo entre Kant y Wingenstein. Se define a sí mismo como «neopremoderno». Cuestiona que nuestras sociedades el Derecho pueda verse simplemente como una emanación del Estado. Y aplaude el pragmatismo norteamericano que lleva a ver el Derecho como un instrumento de construcción social.

HERBERT L. A. HART

EN MEMORIA DE H. L. A. HART[1]

Conocí a Herbert a principios de 1964, cuando vino a Jerusalén, donde yo era estudiante, para impartir las prestigiosas conferencias Lionel Cohen. Fue un acontecimiento magnífico. Gran parte de las luminarias jurídicas de Israel -jueces, abogados y académicos- estaban allí para ser impresionados, o más bien deslumbrados, por el vigor intelectual y la fuerza polémica de las conferencias de Herbert quien, al echar por tierra las propuestas de Lady Wooton sobre la reforma del Derecho penal, desplegaba su habilidad única para hacer que el análisis filosófico más riguroso rindiera frutos prácticos en favor de las reformas jurídicas.

Si yo tendía a ver el impacto de las conferencias como una típica reacción de una provincia remota al mensaje proveniente de un centro académico internacional, mi llegada a Oxford unos meses más tarde me hizo ver mejor las cosas. La preeminencia de Herbert en la vida filosófica de Oxford estaba entonces seguramente en su cenit. Era tres años después de la publicación de *Law, Liberty and Morality,* las exposiciones más importantes de sus posiciones teórico jurídicas y liberales. Salvo el *Leviathan* de Hobbes y *Of Laws in General* de Benthan (que finalmente encontró su verdadera estatura en la edición de Herbert) ninguna otra obra en inglés había hecho una contribución así a la filosofía del Derecho. Y, en el momento de la publicación, *Law, Liberty and Morality* fue la exposición y defensa más sólida de la posición liberal sobre las relaciones entre Derecho y moral. En 1964 Oxford y el mundo estaban todavía absorbiendo las doctrinas y argumentos de esos libros. En casi cualquier lugar, en los seminarios de teoría política dirigidos por Berlin, Plamenatz y otros, en las lecciones

[1] Palabras pronunciadas en la reunión en memoria de H. L. A. Hart celebrada en South School el 6 de febrero de 1992.

de teoría del Derecho de Brian Simpson, en las sociedades universitarias o en las discusiones informales entre estudiantes, las doctrinas y argumentos de estos libros eran un tema de discusión importante y en ocasiones el tema dominante.

Por aquel tiempo el propio Herbert, cuyo impulso creativo no había disminuido, se había dirigido a otros temas. Durante varios años seguidos llenó North School, como no lo he visto nunca desde entonces, con estudiantes, colegas y visitantes, ansiosos por escuchar sus conferencias sobre derechos y deberes. Alto, bien plantado y lleno de vitalidad, su imponente figura y su agitada inmersión en estos temas eran cautivadoras. Verle cambiarse continuamente las gafas de lejos y las de lectura, limpiarlas cada vez con un gran pañuelo blanco, extraviarlas y redescubrir su paradero, igualaba en fascinación a los largos y complejos argumentos, elegantemente presentados, y exigía una gran capacidad por parte del auditorio para seguir su curso. En las conferencias examinaba y criticaba todos los planteamientos contemporáneos acerca de derechos y deberes y desarrollaba sus propias opiniones. Todos nosotros esperábamos que de ahí surgiera una publicación importante, pero, aunque algunos de sus pensamientos encontraron su lugar en los *Essays on Bentham,* gran parte de lo que nos enseñó entonces no ha sido publicado nunca. Herbert se sentía bien seguro de sus análisis sobre los derechos jurídicos, pero encontraba dificultades a la hora de generalizar su planteamiento a los derechos morales y a otros derechos, y nunca estuvo satisfecho de los resultados alcanzados en este campo.

El otro tema que le preocupaba hacia mediados de los 60 era la filosofía de la pena. Este trabajo produjo los magistrales ensayos de *Punishment and Responsibility,* todavía la mejor obra sobre este tema. Para quienes estábamos en Oxford en aquel tiempo, este aspecto del trabajo de Herbert se desarrollaba en los fascinantes seminarios que él, Rupert Cross y Nigel Walker impartían conjuntamente en All Souls. El aula Hovenden, no demasiado grande, rebosaba de excitación mientras los osados competían por sentarse en la mesa redonda y los tímidos buscaban la oscuridad de los rincones. Fue para mí, y supongo que para muchos otros, un modelo de cómo debe ser un seminario universitario, un modelo que he tratado a menudo de emular sin conseguirlo jamás. Cada semana uno de ellos presentaba un tema sobre el que se nos había dado anticipadamente una detallada y anotada lista de textos a leer. En la misma hoja figuraba también una lista de cuestiones a discutir, y el seminario se desarrollaba en este orden con Herbert, cuando era su turno, planteando una cuestión tras otra, tomando en consideración opiniones del auditorio, presentando algunas de sus propias ideas, debatiéndolas con sus colegas y con el auditorio. Era el polemista

más incisivo, y ni el robusto sentido común de Rupert Cross, ni la riqueza de información empírica que dominaba Nigel Walker podían competir con la mente ordenada y la inteligencia aguda de Herbert. Nosotros disfrutábamos del combate como todos los hinchas, impacientes por ver a nuestro héroe triunfar sobre todos los contendientes, como sabíamos que lo haría, muertos de excitación al verlo, y nos retirábamos después hacia los bares para celebrar su victoria relatándonosla una y otra vez.

No es sorprendente que ser estudiante de Herbert constituyera, fuera de las cuatro paredes de su habitación, un asunto de orgullo y de envidia. Pero dentro de la famosa habitación en Kybald House, era un asunto de temor reverencial. Había también algo de miedo. El miedo a que Herbert hubiera traspapelado y perdido el trabajo que uno iba a discutir con él. Nadie de quienes conocieron la habitación en aquellos días y le vieron buscando esto y lo otro creería que realmente nunca perdió ninguno de los trabajos. Pero esta precaria buena suerte no reducía nunca el miedo que teníamos en aquellos días, anteriores a los ordenadores y a las fotocopias fácilmente accesibles.

No creo que Herbert supiera qué temor reverencial inspiraba en sus estudiantes. Si yo sobreviví intacto a las sesiones con él ello se debió a su natural amabilidad y -y por encima de todo- a su modestia. En el momento en que nos reuníamos él conocía mi trabajo mejor que yo, pues lo había leído dos veces y salpicado de dos capas de comentarios caligráficos. No hace falta decir que él conocía los problemas que yo trataba torpemente de entender infinitamente mejor que yo. Era absurdo tratar de defender la propia posición. El que yo lo intentara siempre, sin embargo, se debía sólo a que nunca, ni en lo que decía ni en su actitud, imponía su superioridad. Aunque no se le escapaba ninguna ambigüedad, afirmación evasiva o nonsequitur, preguntaba siempre para dar la oportunidad de explicarse, generoso con su tiempo y paciente para escuchar todos los intentos vacilantes de salvar un pensamiento de una confusión. Uno realmente creía que él siempre esperaba aprender algo nuevo. Esta fresca, insaciable, casi ingenua curiosidad fue para mí una de sus más atractivas cualidades cuando llegué a conocerle personalmente en años posteriores.

Herbert fue siempre respetuoso de la autonomía y privacidad de sus estudiantes. Molesto por la inclinación de los estudiantes a convertirle en una figura paternal, permanecía distante y reservado. Como consecuencia a la vez de su naturaleza y de su intención, daba a los estudiantes grandes posibilidades para que desarrollaran sus propias ideas a su propio aire. Su influencia llegó a ser tan omnipresente en los años 60 que no es sorprendente que no surgiera ninguna escuela hartiana de teoría del Derecho, en el sentido de facción, pero

la propia idea de tener seguidores en ese sentido hubiera sido anatema para él. Como no podía ser de otro modo, su inmensa inteligencia trataba de conquistar y dominar, mientras que él, personalmente, se encontraba más cómodo conservando su privacidad y su sencillez, y abominaba de distinciones y acólitos.

Era imposible que no hicieran mella en uno su modestia y su limpieza moral. Era imposible no admirar el aliento de sus simpatías humanas y culturales y no sobrecogerse por el poder de su inteligencia.

Lejos, en el mundo real, había llegado a ser un destacado campeón del nuevo espíritu liberal: escribiendo contra la pena de muerte, en favor del derecho al aborto, de la despenalización de las conductas sin víctima y de poner fin a la persecución de las personas por causa de sus preferencias sexuales. Dentro de los más esotéricos campos de la academia rejuveneció a la filosofía jurídica. El accidente que dirigió su atención hacia la teoría del Derecho rescató a la materia de un largo declive. Por primera vez desde el surgimiento, durante el siglo XIX, de facultades separadas de Derecho inglés en Inglaterra, que confiaron la materia a caballeros-juristas encantados de dar rienda suelta a especulaciones de aficionados, una mente filosófica de primera clase se dedicaba a ella. Volviendo a Bentham, Herbert restableció la relación histórica entre la teoría del Derecho y las principales tradiciones de la filosofía. Ofreciendo una jurisprudencia filosóficamente sofisticada, puso los fundamentos para el florecimiento de la materia del que hoy somos testigos.

(Traducción de Juan Ruiz Manero)

NEOLIBERALISMO Y ESTADO

NEOLIBERALISMO Y ESTADO SOCIAL

1. Introducción

Todos los Estados modernos con constituciones liberales son, al mismo tiempo, democracias y Estados sociales (en grados diversos). El nexo fáctico de estas tres características es incontestable, pero su coexistencia no es generalmente interpretada como armoniosa. Al menos según la opinión de la mayoría de los principales autores liberales, la democracia ha conducido a actividades estatales de política social independientemente de o incluso en colisión con los valores liberales; en este sentido, un verdadero liberal puede legítimamente desconfiar no sólo del Estado social, sino también de la democracia misma[1]. Por otra parte, los teóricos liberales consideran que la democracia es la mejor forma conocida para controlar las élites. Se llega así a un compromiso: dado que la democracia no es puesta en duda y que la acción política redistributiva la acompaña siempre, se considera que el Estado redistributivo es inevitable, pero peligroso. Esta posición es totalmente defensiva. Desde este punto de vista, es mejor reducir las actividades de política social del Estado en la mayor medida (políticamente) posible y permitir su aumento sólo en la medida en que sea (políticamente) inevitable.

Aunque esta posición es probablemente la reacción más frecuente de los liberales frente al Estado social, el asunto no termina aquí. En las páginas siguientes sostendré que el argumento liberal acerca del Estado social es algo más complicado y contiene no sólo escepticismo y compromisos forzados, sino que al mismo tiempo -y a un nivel conceptual diferente- constituye un aval fuerte y definitivo del Estado social.

[1] Bouc (1981), Olson (1982), Hayek (1979), de Jouvenel (1981), Brittan (1975, 1977).

2. Liberalismo, distribución, redistribución

La posición liberal considera que la libertad individual es el valor central alrededor del cual deben construirse las instituciones de una sociedad. La primera y principal consecuencia constitucional de esto es la separación de dos ámbitos: el privado y el público.

El ámbito de la autonomía privada es el de la libertad individual. Aquí el comportamiento individual está gobernado por reglas de conductas justas que no son prescripciones positivas sino restricciones; dentro del marco de estas restricciones, los actores individuales pueden decidir qué hacer. Las reglas establecen juegos cuyos resultados, dado que se basan en transacciones voluntarias y legítimas, tienen que ser respetados por terceros y por la «sociedad» en general. La intervención exterior es aceptable sólo si las reglas son violadas. Normalmente, los límites del ámbito de la decisión privada y las reglas del juego dentro de este ámbito son creados políticamente, y la fuerza encargada de mantener la paz es una autoridad pública[2] (el Estado protector). Por lo tanto, el ámbito de la decisión privada no debe ser entendido como algo «apolítico», sino que constituye claramente un «coto vedado» a la interferencia política arbitraria, esté o no democráticamente fundada. La toma de decisión colectiva arbitraria, la «política» propiamente dicha, es confinada estrictamente al segundo escenario, el ámbito público. Este ámbito (donde se ubica el Estado productivo) es subsidiario del ámbito privado y, por lo tanto, debe ser restringido constitucionalmente tanto con respecto a la agenda como al procedimiento. La acción colectiva basada en decisiones políticas debe suministrar aquello que en principio aunque no en la práctica también podría ser suministrado por la cooperación voluntaria[3].

La distribución o redistribución como una cuestión de acción privada y, por lo tanto, voluntaria es algo acerca de lo cual el liberal no tiene nada que objetar, es una cuestión de gusto o de ética individual y tiene que ser respetada. En tanto cuestión pública, resulta poco problemática si acerca de ella hay acuerdo unánime. Pero, cuando tal no es el caso, tiene que ser cuidadosamente examinada para saber si es aceptable o no según los estándares liberales. Hay que distinguir tres casos diferentes: primero, la distribución de las dotaciones originales; segundo, la redistribución de la riqueza existente o de los ingresos como «corrección» de los resultados de las transacciones voluntarias; tercero, las transferencias en los casos específicos.

---

[2] La adjudicación privada es una posibilidad, pero es menos relevante en las sociedades modernas. Cf. North (1990).

[3] Ejemplos de esto son: las constelaciones de dilemas, los costes transaccionales altos, etc.

La distribución de las dotaciones originales mediante la acción política no es ilegítima según los estándares liberales, pero el tema mismo parece tener sólo un interés marginal en el pensamiento liberal. Naturalmente, los argumentos sobre la adquisición justa, que son algo más frecuentes en el pensamiento liberal clásico que en el moderno[4], dan algún margen para la intervención política en la distribución. Lo mismo vale respecto de las dotaciones mínimas, y la reforma agraria es un ejemplo paradigmático de la acción política distributiva legítima según los estándares liberales[5]. Sin embargo, es evidente que decisiones de este tipo son decisiones constitucionales que no pueden ser objeto de la política cotidiana contingente.

En el segundo caso, cuando existe una constitución liberal, la redistribución de la propiedad existente o del ingreso en nombre de la «justicia distributiva» o de fines similares es definitivamente ilegítima. La razón de este veredicto es fácil de entender: la interferencia con los resultados de transacciones legítimas y voluntarias (y, por lo tanto, «justas») en nombre de la justicia es contradictoria. La conducta justa conduce a resultados justos (Nozick) o a resultados que no deberían ser caracterizados recurriendo al concepto de justicia (Hayek); en ambos casos, no son las propiedades de los resultados mismos las que deciden sobre su aceptabilidad, sino sólo las propiedades de la historia de los resultados. Y viceversa, hay que concluir que cualquier «corrección» de los resultados de transacciones legítimas implica que las reglas mismas no son tomadas en serio. Quitarle parte de la riqueza o del ingreso a una persona y dársela a otra por medios políticos nunca puede ser legítimo si el objetivo es interferir con las transacciones voluntarias, ya que significaría la creación de un «ingreso político» como una especie de ingreso normal que inevitablemente destruiría la libertad individual.

Las cosas son diferentes en el tercer caso:

> «...la ayuda es una obligación social incuestionable que la destrucción de los vínculos de vecindad, de las aristocracias responsables y de la riqueza de la iglesia ha hecho recaer sobre el Estado por ausencia de cualquier otra institución... Cuando a una persona en estado de necesidad real se le proporcionan, a través del funcionamiento

---

[4] Locke (1952), por ejemplo, habla de la apropiación original justificada con consecuencias sobre la configuración de una distribución justa anterior al mercado. Esto es retomado una vez más especialmente por Robert Nozick (1974). Nozick hace algún uso del concepto de distribución inicial justa, fundamentalmente para dar cabida al concepto de resultados justos. Cf. también Gauthier (1986).

[5] La reforma de la tierra en las sociedades agrarias es explícitamente aprobada, por ejemplo, por de Jouvenel (1990).

> de servicios sociales, los medios de subsistencia -sea bajo la forma de un ingreso mínimo en los días de desempleo o de cuidados médicos básicos que no podría haber pagado- se está ante una manifestación primaria de solidaridad, y ella no cae bajo la redistribución tal como la entendemos aquí.»[6]

Como muestra esta cita de Bertrand de Jouvenel -quien no es ciertamente un herético-, el liberalismo no es necesariamente un sistema monista de pensamiento: puede haber valores que no se infieren directamente del valor central de la libertad. En una dirección muy similar también Hayek sostiene que la ayuda no es una cuestión de donación voluntaria, sino un deber de la comunidad[7]. Esto implica que está justificado ayudar a los más necesitados mediante una decisión política, y que esto es obligatorio no sólo para quienes están dispuestos a contribuir, sino también para aquellos que no sienten un deseo de ayudar. Desde un punto de vista liberal, no hay ningún problema si un grupo de personas decide tomar precauciones para situaciones individuales extremas o excepcionales de acuerdo con reglas generales que establezcan cuándo alguien tiene derecho a recibir y cuándo está obligado a contribuir.

El Estado social moderno influye en la distribución de muchas maneras. Las siguientes áreas de transferencia son las más notorias. Existen transferencias explícitas, verbigracia, la redistribución de los *ingresos;* existen seguros obligatorios que no constituyen una simple fusión sino una redistribución de *riesgos;* existen muchísimos bienes que no son bienes colectivos en sentido técnico pero que, sin embargo, se suministran públicamente con el propósito de redistribuir *oportunidades.* La educación gratuita es el ejemplo más conspicuo. Cuál puede ser la reacción liberal a todas estas actividades no es algo tan obvio como pudiera parecer a primera vista. Naturalmente, todo esto es mucho más que una «ayuda»; ello se puede afirmar sobre la base del mero volumen de las actividades. Pero luego comienzan nuestras dificultades: lo que tenemos aquí es una lista de actividades distributivas del Estado; pero lo que discutimos más arriba fue principalmente una clasificación de los motivos o razones para realizar actividades de ese tipo. No está claro en absoluto que las actividades aquí catalogadas constituyan necesariamente una «redistribución» en el sentido analizado anteriormente. Al menos, la redistribución de las oportunidades y, en cierto modo, la redistribución

---

[6] De Jouvenel (1990: 22).

[7] Hayek (1960: Capítulo 19). Hayek no sólo no tiene ninguna objeción contra las garantías de subsistencia, sino que presenta argumentos en su favor.

de los riesgos no persiguen corregir los *resultados* de las transacciones voluntarias; redistribuyen, no porque ese sea su objetivo sino por implicación. Lo que necesitamos, por lo tanto, son interpretaciones de las actividades del Estado social -justificaciones por parte de sus defensores, objeciones por parte de sus críticos-. Como veremos, una misma clase de acción del Estado puede ser juzgada de manera muy diferente, según sean nuestras presuposiciones acerca de cuáles son sus objetivos.

3. El liberalismo y los argumentos éticos en favor del Estado social

Si la concepción de un Estado social se funda en un argumento ético, éste puede ser o bien una noción de «justicia distributiva» o bien una noción de «equidad». En el primer caso, el Estado social es incompatible con los valores liberales. En el segundo, existe una tensión entre el liberalismo y el Estado social.

Lo primero resulta obvio en virtud de las consideraciones precedentes; sólo se necesitan aquí algunas observaciones adicionales. El objetivo de la «justicia distributiva» puede ser tanto una posición asumida seriamente como tan sólo una *façon de parler*. Si es una posición seria, constituye un ataque explícito al liberalismo. Esta posición concibe al Estado social, que entonces se transforma en Estado de bienestar en el sentido más estricto, como persiguiendo la «justicia distributiva» en contra de los resultados de las fuerzas del mercado. El mercado es considerado, en el mejor de los casos, como un mecanismo de asignación satisfactorio, pero no como uno que incorpore libertad individual en un sentido moralmente aceptable. Las reglas del mercado son una cuestión de conveniencia, no de justicia. Por lo tanto, la intervención, la «corrección», por medios políticos, no es considerada como generadora de un problema constitucional, sino más bien como necesaria para instaurar la libertad y la justicia[8]. Este argumento en favor del Estado social implica una concepción no individualista de la autorrealización humana en la cual el énfasis liberal en la autonomía individual sólo puede ser entendido como un énfasis en un anonimato impuesto, en el aislamiento y en la enajenación («Entfremdung»). El argumento es, en sí, consistente, pero naturalmente no es aceptable para un liberal, ni en sus premisas fácticas, ni en sus premisas valorativas. Si, por otra parte, el concepto de justicia distributiva es sólo una cuestión de retórica, las cosas

[8] De esta manera se puede caracterizar la concepción sueca del socialismo. Cf. Tilton (1990).

no resultan mucho mejor desde un punto de vista liberal. Esta posición no se enfrenta intencionalmente con el liberalismo, y hasta podría ser considerada por sus defensores, de algún modo o en algún respecto, como liberal, pero es inconsistente. Oculta el hecho de que la libertad tiene su precio. Esta inconsistencia la vuelve atractiva y peligrosa: atractiva por razones obvias, peligrosa porque engendra una cultura de malos entendidos sistemáticos sobre las instituciones de una sociedad libre. Para resumir la posición liberal sobre la «justicia distributiva»: no tienes que ser liberal, pero si te consideras a ti mismo liberal no puedes argumentar en favor del Estado social aduciendo que corrige «fallas distributivas del mercado».

Veamos ahora el segundo argumento posible, el argumento de la equidad. Los argumentos de la equidad no se centran generalmente en las propiedades de los resultados, tal como lo hacen los argumentos de la justicia distributiva, sino que se centran más bien en las propiedades de la constelación de juegos (game constellation). Podemos distinguir entre un argumento de «oportunidad equitativa» y otro de «expectativa de seguridad equitativa». Ambos son argumentos *ex ante,* no *ex post.* Por lo tanto, no entran necesariamente en conflicto con los valores liberales, sino que pueden ser considerados más bien como derivados de los argumentos sobre las dotaciones originales (argumento de la oportunidad equitativa) o sobre la ayuda (argumento de la seguridad equitativa).

Los argumentos de la oportunidad equitativa son completamente independientes de los valores liberales y, por lo tanto, no entran en conflicto alguno con ellos. Por otro lado, los argumentos de la seguridad equitativa se encuentran en una relación más complicada con el liberalismo. Como hemos visto más arriba, la obligación de ayudar a quienes están necesitados es normativamente independiente de los valores liberales básicos, pero de ninguna manera los contradice. No existe ninguna razón *a priori* para que no se pueda pensar en otros valores que sean independientes y no contradictorios en el mismo sentido y que una sociedad puede tratar de respetar políticamente. La seguridad equitativa -algún principio general de seguro que defina un límite inferior debajo del cual nadie puede caer- es un valor de este tipo. Dónde se trace este límite es una decisión política. En nuestro contexto, los casos interesantes son aquellos en los que el límite es trazado claramente por encima del nivel de subsistencia (sólo entonces existe una diferencia clara entre «seguridad equitativa» y «ayuda»). Podemos considerar entonces a la «libertad» y a la «seguridad equitativa» como dos objetivos en conflicto que pueden ser alcanzados parcialmente a un costo que es medido en unidades del objetivo opuesto; en otras palabras, existe un *tradeoff.* Según esta interpretación, el Estado social no se opone conceptualmente a

una constitución liberal, pero ciertamente la relación entre ambos no es totalmente armoniosa.

El juicio sobre la acción política distributiva o redistributiva basado en los argumentos de equidad depende de decisiones normativas ulteriores o de consideraciones empíricas acerca de las cuales los teóricos liberales pueden divergir. Algunos pueden combatir el argumento de oportunidad equitativa por sus supuestos efectos en los incentivos; el argumento de la seguridad equitativa será tan inaceptable para un liberal como lo será el argumento de la «justicia social» si considera a la libertad como un valor absoluto que, por razones normativas, no pueden ser objeto de un *tradeoff*, o si considera que un tal *tradeoff* es empíricamente inexistente[9]. En cambio, si un liberal es normativamente no monista y empíricamente no pesimista, puede esperar encontrar alguna solución, algún equilibrio o compromiso. En este sentido, una posición «liberal social» no es ciertamente una posición inconsistente. Pero, ya que los principios sobre los cuales se funda también esta variedad del Estado social son diferentes del principio sobre el que descansan las reglas liberales de conducta, la tensión filosófica restante habrá de conducir muy probablemente al conflicto político. Los liberales tienden a interpretar el Estado social (en su variante de la oportunidad equitativa o de la seguridad equitativa) quizá como algo inevitable, pero, sin embargo, potencialmente peligroso. Quienes propugnan un Estado social (de oportunidad equitativa o de seguridad equitativa) tienden a considerar a una sociedad libre como algo bueno, pero desconfían de cualquiera que se considere a sí mismo un liberal[10].

La situación no parece muy alentadora: si la concepción de un Estado social se basa en un argumento ético, el Estado social es, en el mejor de los casos, aceptable para un liberal; pero no está nunca impuesto por los valores liberales; siempre es algo peligroso porque es difícil controlarlo. La única clase de acción política distributiva incontrovertida y éticamente justificada sigue siendo, por consiguiente, la ayuda, algo que el Estado social moderno ha superado por mucho. Si existe un argumento liberal positivo en favor del

---

[9] El argumento empírico contra la interpretación de la seguridad equitativa niega la estabilidad de este arreglo. Se supone que no descansa realmente sobre un argumento de principio sino sólo sobre un compromiso práctico. El origen del Estado social es considerado tan sólo como un intento fútil de obtener la paz social. El intento es fútil porque las puertas para luchar por un ingreso político en el sentido estricto están abiertas. *Rent seeking* (Buchanan/Tollison/Tullock [1983], pero también cf. Ricketts [1983]) y la defensa contra ello puede muy bien destruir la paz, la política puede convertirse en el mecanismo mediante el cual las personas luchan unas contra las otras (Olson [1982], de Jouvenel [1990]).

[10] «Liberal» en el sentido europeo, en los EE.UU. se tendría aquí que hablar de «libertario».

Estado social, éste no puede ser un argumento basado en consideraciones éticas.

4. Constitucionalismo liberal y distribución

Hasta aquí hemos considerado una constitución como algo que, si existe, impone restricciones obligatorias al comportamiento individual; según este análisis las instituciones son exógenas y el comportamiento inducido por ellas, endógeno. Ahora bien, aunque éste es un análisis válido, es, sin embargo, sólo parcial. Un análisis completo tiene que convertir en endógenas las reglas mismas. Debe averiguar, por ejemplo, cuáles son los incentivos para atenerse a alguna regla individualmente y para mantenerla, cambiarla o abandonarla políticamente. Los pensadores políticos liberales siempre se han sentido particularmente orgullosos por aplicar un análisis completo. Insisten en no ser utópicos en este sentido específico, y normalmente consideran que en ello reside la fuerza particular o hasta única de su pensamiento. Desde esta perspectiva las propuestas institucionales deben tomar en serio el hecho de que las instituciones no están dirigidas por filósofos sino por seres humanos comunes. Las personas pueden tener opiniones generales, pero naturalmente tienen intereses específicos. Y normalmente los intereses prevalecerán cuando se produzca un conflicto entre opiniones e intereses. La viabilidad y estabilidad de las instituciones, por lo tanto, no dependen simplemente de sus méritos filosóficos. De todos los acuerdos que pueden pretender ser buenos o justos o éticamente aceptables en cualquier otro sentido, sólo aquellos que también son «posibles» resultan de interés. Las «consideraciones de posibilidad» de este tipo son, por consiguiente, una parte genuina del pensamiento liberal.

No es sorprendente entonces que la distribución en general y las dotaciones individuales en particular no sean cuestiones menores sino un tema central del pensamiento político liberal. Daré una imagen de este razonamiento en tres pasos. Primero, mostraré la importancia de la independencia material individual de la política; luego describiré las consecuencias que esto tiene para la democracia, y finalmente tendré que averiguar qué puede significar la independencia de la política bajo las condiciones modernas de profunda interdependencia.

1. La importancia de la independencia individual: En principio, las personas pueden aceptar un argumento en favor de la restricción de la intervención política con respecto a la propiedad individual. Pero esto no implica que se abstendrán de luchar por un ingreso político en la medida que esperan que este ingreso sea mayor que su

ingreso mercantil. Las barreras constitucionales no restringirán permanentemente tales comportamientos. La única salida es reducir la presión misma: las restricciones constitucionales de los instrumentos políticos tienen que estar socialmente fundamentadas, es decir, las personas han de tener algo que perder a causa de la interferencia política. Cuanto más grande sea la dimensión de la vida extrapolítica de las personas, tanto más habrán de oponerse a las intervenciones políticas en este ámbito y tanto más estarán dispuestas a apoyar una constitución que las restrinja, también en aquellos casos en los cuales ellas podrían esperar ganancias de las intervenciones en la propiedad o en los ingresos de otras personas. Las alternativas, entonces, son simples: o bien se otorga peso político a quienes tienen algo que perder, o bien hay que asegurar que todo aquel que tenga peso político tenga algo que perder[11].

2. Las consecuencias para la democracia son claras. Si el sufragio universal no está en juego, entonces ha de haber alguna provisión universal de dotaciones:

> «El hombre rico que puede sentir la vulnerabilidad de sus pretensiones nominales en el estado de cosas existente y que puede, al mismo tiempo, desear que la extensión de la acción colectiva o estatal sea limitada, puede potencialmente estar de acuerdo con una transferencia de riqueza a un hombre pobre de una vez para siempre o cuasi permanentemente, una transferencia hecha a cambio del consentimiento de éste para una constitución genuinamente nueva que explícitamente limitará las transferencias fiscales dispuestas gubernamentalmente.»[12]

Esta cita de Buchanan -quien tampoco es un herético- resulta aquí interesante por dos razones. Primero, Buchanan no usa el concepto de consentimiento (del hombre rico) en un sentido que implique una garantía de cualquier status quo existente; más bien, ese concepto tiene que ser interpretado en el sentido de la teoría de los juegos, es decir, como implicando algún tipo de solución negociada que encierra una relación de poder. Segundo, la distinción entre la transferencia «de una vez para siempre» y la «cuasi permanente» tiene vital importancia para nuestro argumento sobre el Estado social. Para ver esto, hemos de explicar las constelaciones sociales asociadas con cada una de las dos.

3. Autarquía e interdependencia: ¿Cuándo una transferencia de una vez para siempre resuelve el problema del hombre rico? Sólo si

---

[11] Jouvenel (198 1) insiste sobre este punto. Cf. especialmente libros V y VI.
[12] Buchanan (1975:178).

existe una situación que podemos llamar de independencia individual o de autarquía. En este caso, el valor de uso de la propiedad es tal que las personas pueden vivir de ella; las transacciones son atractivas pero no inevitables, la propiedad es un capital del cual puede obtenerse un «ingreso», con o sin transacciones en el mercado. Podemos llamar a esto una situación lockeana o jeffersoniana. Aquí el argumento liberal sobre la distribución anterior al mercado es claro y puede ser tomado literalmente: hay que dar a las personas una dotación inicial que les asegure el sustento y dejar que todo lo demás sea el resultado de sus propias decisiones voluntarias. Se comprende que en esta situación dar más que una ayuda sería precisamente el compromiso problemático descrito más arriba.

La situación de autarquía no es la situación típica en una sociedad moderna. Bajo las condiciones de una división del trabajo ampliamente extendida existe una interdependencia completa. Aquí, las personas, en general, no pueden vivir del uso directo de su propiedad, las transacciones no son sólo atractivas sino necesarias. No es el capital el que decide la manera como las personas pueden vivir, sino el flujo generada por las transacciones. Esto también es verdad para «el hombre rico», ya que toda su propiedad carece de valor si la economía deja de funcionar; lo que llamamos ingreso «de la riqueza» es generado por transacciones del mismo modo como ingreso laboral. Es obvio que una distribución de una vez para siempre de cualquier recurso físico no garantizaría generalmente la independencia de la política. Pero esto no significa que ahora las transferencias se hayan vuelto irrelevantes. El problema que subyace no ha desaparecido, sino que se ha vuelto más difícil que en la constelación clásica. Cuando existe una dependencia completa y ninguna autarquía; entonces no hay reducto alguno que defender contra la interferencia política. La otra cara de la política se convierte necesariamente en dominante; no el riesgo de ser desposeído sino la oportunidad de obtener una parte mayor. No hay razón para esperar que las personas se abstengan de sacar las consecuencias.

En esta situación se puede argumentar, por un lado, en favor de un retorno a la situación clásica, es decir, a la etapa preindustrial, donde, una vez más, la autarquía sería posible. Esto sería consistente aunque extraño, ya que es precisamente el triunfo de las constituciones liberales lo que ha hecho posible estándares de vida sin precedentes, al expulsarnos del paraíso de la autarquía individual[13]. Si esta no es la consecuencia que obtenemos, entonces hemos de concluir

[13] Hayek (1988) al final invirtió explícitamente el argumento. Para él la libertad no es un valor en sí mismo; pero el argumento decisivo en su favor es que resulta instrumental para provocar el «orden extendido».

que la constelación moderna es aquella en la que se lleva a cabo la «transferencia cuasi permanente» de Buchanan. Pero, ¿qué clase de respuesta a nuestro problema es ésta? La principal implicación política del liberalismo es la limitación estricta del ámbito de la decisión colectiva. Por lo tanto, a primera vista, la noción de una transferencia «cuasi permanente» parece crear una paradoja: este tipo de transferencia es una cuestión de una actividad estatal diaria y continua, una cuestión de la agenda normal. Pero, ¿cómo puede alcanzarse por medios políticos la deseada independencia de la política?

5. Una interpretación neoliberal del Estado social

Que una constelación paradójica exista o no depende del escenario implícito que tengamos en mente: el clásico de la autarquía o el moderno de la interdependencia. En mi opinión, es precisamente el escenario implícito usado lo que distingue el liberalismo clásico del neoliberalismo. El neoliberalismo no es un liberalismo cambiado, sino que es un liberalismo bajo condiciones modificadas.

Mientras seguimos con el escenario clásico en mente, la noción de transferencia cuasi permanente tiene que parecer extraña. La protección del alcance del poder colectivo puede ser interpretada de manera directa como si requiriera una restricción constitucional de la agenda política. La línea divisoria importante es entre la libertad privada, por una parte, y la política -como quiera que sea institucionalizada- por otra. Tan pronto como pasamos al escenario neoliberal de la interdependencia estricta, las cosas resultan algo diferentes: al menos el bienestar económico ya no es algo privado en el sentido del pensamiento liberal clásico. Aquí la línea de demarcación del liberalismo clásico todavía es una condición necesaria de la libertad, pero ya no es más una condición suficiente. Bajo condiciones de interdependencia inevitable, la pregunta urgente no es cómo asegurar la privacidad, sino más bien, cómo definir y preservar la libertad individual inmersa en la interdependencia. Preservar lo que en tiempos pasados hizo tan importante la autonomía privada es ahora en sí misma una tarea pública.

La consecuencia general es: no desembarazándose de la actividad política sino sólo a través de la actividad política es posible preservar, bajo las condiciones modernas, aquello que tenían en mente los autores liberales. La pregunta, entonces, ya no es si algo cae o no dentro del ámbito público. La pregunta es, más bien, por qué medios ha de ser tratado en el dominio público, es decir, sobre una base constitucional o sobre una base de coaliciones cambiantes. No es la distinción entre política y libertad privada lo que es relevante para

este problema, sino la distinción entre política arbitraria y acción colectiva constitucionalmente restringida[14]. La consecuencia política para la acción política distributiva es: la «transferencia cuasi permanente» es una alternativa a la «transferencia fiscal dispuesta gubernamentalmente» si es establecida de una manera constitucional, o en otras palabras: si se crean derechos de propiedad que no están sujetos a una decisión política discrecional. La diferencia entre estos derechos de propiedad y las dotaciones clásicas consiste en que son derechos de propiedad referidos a un flujo y no a un capital físico.

Es obvio que somos libres para interpretar al Estado social de la siguiente manera, no como una intromisión en los resultados de una transferencia voluntaria sino como un intento de enfrentarse con el problema de las dotaciones creadoras de independencia. Según esta interpretación, el Estado social no es algo que se agrega a una constitución liberal por razones independientes, sino que es una parte necesaria de ella, ya que proporciona los requisitos o la infraestructura sociales de las instituciones liberales. Visto de esta manera, el hecho de que todo Estado liberal y democrático sea un Estado social no es una coincidencia ni un compromiso peligroso, sino una necesidad derivada de aquella parte de los valores liberales que es sobre lo que insiste un razonamiento constitucional no utópico.

A diferencia de la habitual desconfianza liberal contra el Estado social tenemos ahora un argumento bien definido que en modo alguno consiste en la aprobación indiferenciada del Estado social, sino más bien en un criterio para juzgarlo. Generalmente, como liberal se debe estar interesado en los medios por los cuales una sociedad proporciona dotaciones, mientras que el volumen de provisión no debe constituir el principal centro de interés. Es ilegítima la provisión por decisión mayoritaria y por intervención discrecional, es legítima la provisión por decisiones constitucionales autovinculantes. Los títulos generados por medios constitucionales están fuera del alcance de la negociación y pueden ser considerados como el equivalente a las dotaciones privadas en la situación clásica. La característica decisiva no es que son producidos mediante decisiones colectivas, sino que lo son de una manera tal que quedan protegidos del quehacer político. Tan pronto como la distinción entre la provisión constitucional y el área de «esto no es necesariamente así» se hace explícita, no sólo existe un criterio de demarcación para los filósofos sociales sino también la posibilidad de que la restricción del ámbito político propiamente dicho sea socialmente estable. Si todos arriesgan algo cruzando la línea de demarcación, todos tenderán a abstenerse de ello.

[14] Cf. especialmente Brennan/Buchanan (1985).

6. Discusión y advertencias

Naturalmente, el criterio aquí propuesto es bastante abstracto. Pero, sin embargo, es útil, ya que nos indica dónde es fructífero invertir energía intelectual y dónde resulta estéril. Puede ayudar, verbigracia, en la discusión acerca de qué es lo que puede ser escrito en una constitución. Por ejemplo, un neoliberal no es un enemigo nato de las declaraciones constitucionales de una responsabilidad pública sobre cuestiones como el ingreso mínimo, la educación y la vivienda[15]. Por cierto, un neoliberal tendría que oponerse, por buenas razones liberales, a la introducción de «derechos humanos sociales» individuales definitivos. Pero lo que podría aceptar fácilmente son garantías constitucionales que definan dotaciones relativas mínimas.

Quedan dos puntos para discutir. El argumento aquí presentado no implica que el volumen de la actividad estatal distributiva deba ser completamente irrelevante desde un punto de vista neoliberal. Segundo, tampoco implica que cualquier clase de medida distributiva que sea tomada debe ser considerada aceptable desde un punto de vista neoliberal, en la medida en que es tomada constitucionalmente.

Respecto al volumen de la actividad estatal, se puede decir lo siguiente. Naturalmente, existen fuertes argumentos liberales para la limitación del volumen de la acción política, sea o no constitucionalmente restringida. La razón obvia y casi trivial reside en el hecho de que cualquier recurso que sea políticamente controlado no lo es privadamente. Otra razón no tan obvia se basa en el hecho de que no sólo el poder político justo sino también el poder político arbitrario, no sujeto a restricciones constitucionales, aumenta con el volumen de la actividad estatal. Dado que nunca puede haber una actividad pública determinada totalmente por reglas, hay inevitablemente un poder discrecional que aumenta al menos en proporción a la participación estatal en el PNB, y por lo tanto debería estar restringido. Pero hay que subrayar que estos argumentos, ciertamente liberales, no son específicos para la actividad estatal distributiva, sino que tienen validez general. Por otra parte, el único argumento dirigido específicamente a las actividades distributivas, el argumento de los efectos de incentivo adversos, no es un argumento liberal. Por supuesto que impuestos muy altos (para gasto social o cualquier otro gasto) y altas dotaciones individuales relativas garantizadas pueden tener efectos de incentivo adversos. El crecimiento o el progreso

[15] Cf. La discusión constitucional alemana contemporánea sobre los «fines del Estado».

material puede estar en juego, pero esto no es la libertad y, a veces, puede hasta entrar en conflicto con ella[16].

Respecto del segundo punto, basta recordar el énfasis liberal en la viabilidad de las instituciones. Un criterio decisivo, aunque no sea el único, de la aceptabilidad de alguna regla o institución para un filósofo liberal es rendimiento para seres humanos reales. No todo lo que es establecido constitucional y no arbitrariamente es aceptable para un argumento político liberal. Considérese una disposición constitucional que prohíba de una manera general la herencia de riqueza. Obviamente, ésta sería una manera de asegurar «cuasi permanentemente» las dotaciones necesarias. Una medida de este tipo superaría la prueba de la consistencia filosófica, pero fracasaría muy probablemente en la prueba de la viabilidad institucional. Si la mayoría de las personas quiere de una manera intensa y decidida dejar algo a sus hijos habrá una fuerte resistencia política y una permanente tensión en las instituciones. De una manera más general, esto significaría que lo que un liberal puede proponer depende no sólo del razonamiento abstracto sino también de la información empírica.

Así pues, si no aplicamos el razonamiento constitucional tontamente, la posición aquí asumida seguramente es más fecunda que el inseguro compromiso descrito más arriba. Intelectualmente, es un argumento liberal más consistente que la posición libertaria radical, y políticamente es una posición no sólo defensiva sino activa. El desafío intelectual para un liberal no debe ser la pregunta de si un Estado social es o no legítimo. El desafío debe ser, más bien, la pregunta acerca de qué forma debería tener el Estado social liberal.

(Traducción de Jorge F. Malem Seña)

[16] A veces el comportamiento requerido para el progreso material defendido por los liberales parece en efecto implicar restricciones a la libertad individual. Hayek, por ejemplo, usa un criterio no individualista: las personas sólo deben estar interesadas en el ingreso esperado y, por lo tanto, deben ser completamente neutral con respecto al riesgo. ¿Por qué? La única razón es la maximización del crecimiento agregado, pero éste es un criterio colectivista. Véase a este respecto mi discusión sobre Hayek, Zintl (1983).

BIBLIOGRAFÍA

Bouc, A., *Le liberalisme contre la democratie,* Paris, 1981.

Brennan, G.; Buchanan, J. M., *The Reason of Rules,* Cambridge, 1985.

Brittan, S., *The Economic Contradictions of Democracy,* Brit. J. of Political Science, 5, 1975, pp. 129-159.

Brittan, S., *The Economic Consequences of Democracy,* London, 1977.

Buchanan, J. M., *The Limits of Liberty,* Chicago, 1975.

Buchanan, J. M.; Tollison, R. D.; Tullock, G., (eds.), *Toward a Theory of Rent Seeking,* College Station, Texas, 1983.

Gauthier, D., *Morals by Agreement,* Oxford, 1986.

Hayek, F. A., *The Constitution of Liberty,* Oxford, 1960.

Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, vol. 3: The Political Order of a Free People, London, 1979.

Hayek, F. A., *The Fatal Conceit.* The Errors of Socialism, London, 1988.

Jouvenel, B. de, *On Power. Its Nature and the History of Its Growth,* Westport, Conn, 1981.

Jouvenel, B. de, *The Ethics of Redistribution,* Indianapolis, 1990.

Locke, L, *Second Treatise on Government.* New York, 1952.

North, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance,* Cambridge, 1990.

Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia,* Oxford, 1974.

Olson, M., *The Rise and Decline of Nations,* New Haven, Conn, 1982.

Ricketts, M., *Rent Seeking, Entrepreneurship, Subjectivism, and Property Rights, J. of Institutional and Theoretical Economics (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft)*, 143, 1987, pp. 457-466.

Tilton, T. A., *The Political Theory of Sweedish Social Democracy: Through the Welfare State to Socialism,* Oxford, 1990.

Zintl, R., *Individualistische Theorien und die Ordnung der Gesellschaft. Untersuchungen ziirpolitischen Theorie von* J. M. Buchanan und F. A. V. Hayek, Berlín, 1983.

RACIONALIDAD INDIVIDUAL-IRRACIONALIDAD SOCIAL: EL CONFLICTO JUSTICIA-EFICIENCIA[1]

1. Introducción

Esta charla se enmarca en una reunión de profesionales de Filosofía del Derecho donde se trata de abordar diversas cuestiones relativas al liberalismo. La idea de hablar de algún aspecto de esta cuestión desde el «punto de vista de los economistas» resulta a la vez atrayente y dificultosa. Confío en encontrar un lenguaje adecuado para transmitir algunas de las cuestiones que a nosotros nos preocupan en el análisis del liberalismo económico.

Los economistas tenemos la «costumbre» de valorar las decisiones de política económica tomando en consideración algunos elementos que tienen que ver con la eficiencia, o funcionamiento óptimo del sistema. Y entendemos tal eficiencia en dos aspectos distintos: a) *eficiencia económica* (nos preocupa que el sistema no desaproveche oportunidades), y b) *eficiencia informacional* (nos preocupa que las decisiones políticas puedan ser puestas en práctica a bajo coste).

Aparte de los dos elementos de eficiencia mencionados, es claro que hay otros dos elementos importantes que considerar a la hora de valorar las decisiones gubernamentales: c) *Respeto a las libertades individuales,* y d) *Justicia (o equidad)*.

La defensa a ultranza de la libertad individual subyace a las bases filosóficas del liberalismo económico. En este sentido, el liberalismo considera que el respeto a las libertades individuales es tal vez el más importante entre los valores mencionados, y el primero que hay que garantizar, La idea fundamental que defienden los liberalistas descansa en suponer *que nadie conoce mejor que el propio individuo qué es lo bueno para sí mismo*, y por tanto, la única misión

[1] Agradezco a Antonio Villar sus comentarios y sugerencias.

del Gobierno consiste en la defensa de los derechos individuales, sin realizar ningún tipo de intervención en la actividad económica.

Llevado este principio al funcionamiento de las economías, puede encontrarse que, *en determinadas circunstancias,* al preservar la libertad individual se obtienen (gratis) algunas otras buenas propiedades. En efecto, si las economías reales se ajustan bien al modelo competitivo, opera el llamado *Teorema de la Mano Invisible,* de Adam Smith, por el cual, las acciones individualistas de los diferentes agentes se coordinan de tal forma que el resultado final es *económicamente eficiente.* Por otro lado, este tipo de Institución (a la que denominaremos *Gobierno Mínimo*) realiza una política que resulta ser *informacionalmente eficiente,* ya que el Estado no necesita ninguna información para que el mecanismo de mercado funcione correctamente, pues cada agente, actuando de manera individual, va a conseguir un «buen» resultado colectivo. En estas condiciones, pues, con la sola defensa de la libertad individual, se obtiene eficiencia económica y eficiencia informacional, y la política liberalista pasaría correctamente tres de los cuatro puntos que considerábamos relevantes.

No obstante, hay dos elementos que oscurecen la aparente nitidez de la conclusión anterior. En primer lugar, el observar que el apelativo «óptimo social» (o socialmente eficiente), puede resultar engañoso. El concepto de eficiencia social se corresponde con la idea de que algo (accesible) es eficiente si no existe otra cosa (accesible) que todos los agentes prefieren. En este sentido, la eficiencia y la equidad (o algún sentido de justicia) pueden resultar contradictorias. Basta notar, por ejemplo, que una asignación en la que un solo individuo disfruta de todos los bienes, mientras que los demás no poseen nada es *socialmente eficiente.* Así, la política liberalista podría llevar a la sociedad a situaciones que resultasen muy malas desde el punto de vista de la justicia distributiva.

En segundo lugar, es evidente que la incuestionabilidad del razonamiento previo se rompe si, por alguna razón, el funcionamiento de mercado por sí solo no conduce a la economía a un resultado socialmente eficiente. Cuando esto sucede, los economistas hablamos de fallos de mercado, y entonces el Gobierno mínimo (liberalista) puede incumplir, además del criterio de justicia, el de eficiencia económica.

Las reflexiones anteriores conducen a considerar las posibles soluciones a los problemas mencionados, como una justificación para la creación de Gobiernos con mayor capacidad de intervención.

Consideremos en primer lugar el problema de la falta de equidad. En el contexto ideal en el que opera el Teorema de la Mano

Invisible (una economía perfectamente competitiva, sin fallos de mercado), se verifica el llamado *Segundo Teorema del Bienestar,* que asegura que cualquier asignación eficiente puede ser el resultado final del funcionamiento del mercado competitivo, para *una distribución específica de la riqueza.* En estas condiciones, si somos capaces de elegir una situación final socialmente deseable (eficiente y justa), ésta puede ser el resultado de la acción combinada de una redistribución de los recursos, seguida del libre funcionamiento del mercado. Supongamos entonces que el Gobierno posee la facultad de alterar la distribución de los recursos iniciales. Entonces, éste podría conseguir asignaciones finales *justas y económicamente eficientes.* Llamaremos *Gobierno Redistributivo* a este tipo de institución.

Por otra parte, en el caso de producirse fallos de mercado, se abre la posibilidad de otro tipo de actuación del Gobierno, encaminada a corregir dichos fallos, forzando la cooperación entre los agentes. Llamaremos a esta institución *Gobierno Reformista,* que podría garantizar asignaciones finales económicamente eficientes.

En esta charla intentaremos explicitar los límites de la conclusión liberalista, deteniéndonos fundamentalmente en el primero de los problemas apuntados. Es preciso aclarar bien qué es lo que se entiende por lo *bueno colectivamente*, y observaremos que este intento presenta grandes dificultades. Comenzaremos analizando las bases del comportamiento individual, en términos de *racionalidad,* para pasar de ahí a la definición de racionalidad colectiva. Nos limitaremos a los problemas derivados de las dificultades de agregación de las preferencias individuales, y a los problemas que se plantean cuando se pretenden conjuntar criterios de eficiencia y equidad. Una vez aclarado lo difícil que es llegar a definir un resultado final satisfactorio, comentaremos brevemente las posibilidades de buen comportamiento del Gobierno Redistributivo como una alternativa al Gobierno Mínimo.

A lo largo de la charla aparecerá de manera recurrente el problema de la puesta *en práctica* de las diferentes soluciones. No entraremos en ningún momento a analizarlo, puesto que ello será el objeto de otra de las exposiciones.

2. Racionalidad individual: aspectos descriptivo y normativo

En la Teoría Económica tradicional, los agentes económicos son considerados como *racionales.* El significado del apelativo «racional» se concreta en suponer que el agente, a) tiene objetivos perfectamente definidos, b) actúa con la única motivación de acercarse tanto

como pueda a dichos objetivos, y c) posee la habilidad para distinguir perfectamente cuál entre todas sus posibles líneas de acción es la que mejor se adapta a la consecución de sus objetivos.

Es bastante obvio que las consecuencias que se derivan de una aplicación estricta del concepto previo de racionalidad no puede esperarse que concuerden fielmente con el comportamiento observado de los agentes. Ello se debe a que, en general, los humanos están bastante lejos del modelo del *homo rationalis:* incluso si se da el caso de que tengan objetivos bien definidos, su motivación para alcanzarlos no suele ser completa; lejos de poseer infinita habilidad para calcular las mejores opciones, con frecuencia son punto menos que estúpidos, e incluso cuando son inteligentes, pueden estar cansados, hambrientos o distraídos, ser incapaces de razonar bajo presión, o dejarse guiar más por sus emociones que por su cerebro.

En consecuencia, no podemos esperar que la teoría económica sea *totalmente descriptiva* en el sentido en que lo son la física o la astronomía. Es muy frecuente encontrarse con patrones de comportamiento que no se pueden explicar mediante el paradigma del *hombre racional.* Un gran número de teorías alternativas a la racionalidad sustantiva, desde el trabajo de Simon en 1955 sobre «Racionalidad Acotada», han intentado compaginar la teoría y el comportamiento observado. Ésta es una de las direcciones en que la teoría económica se está desarrollando actualmente[2].

La observación anterior respecto de la inconsistencia aparente entre el modelo de hombre racional y el real pueden llevar a la conclusión errónea de que la teoría económica no va a tener ninguna relevancia a la hora de explicar el comportamiento de las economías reales. No obstante, esto no es así: procesos de selección y de aprendizaje llevan a los humanos a comportarse en multitud de ocasiones «como si» fueran racionales. Así como, por ejemplo, la teoría *biológica* de los juegos está resultando tremendamente acertada desde el punto de vista empírico, a pesar de que nadie supone que los animales se comportan racionalmente, sino que son las *fuerzas de la selección natural* las que señalan pautas de comportamiento de tipo optimizador, también aparecen procesos de selección en la vida económica[3]. Por otro lado, los *procesos de aprendizaje,* condicionan el comportamiento de los agentes, de tal forma que, cuanto más y más familiar resulta una determinada situación, los agentes van ajustando su comportamiento más y más al modelo racional *en dicha situación o en situaciones similares*.

---

[2] Para un ejemplo de los desarrollos recientes en esta dirección, puede verse Rubinstein (1990).

[3] Véase Corchón (1990).

Las observaciones anteriores indican, pues, que dentro de determinados límites aún queda un espacio importante para encontrar aplicaciones descriptivas de la teoría económica[4].

No obstante lo anterior, podemos decir que la visión ofrecida por la teoría económica resulta particularmente adecuada en los aspectos *normativos,* en el sentido de que la teoría prescribe que cada agente debería elegir aquella acción que resulte óptima para él, dada la información de que dispone.

Es importante señalar que las prescripciones anteriormente mencionadas se refieren al agente individual, con el objeto de preservar su comportamiento racional. No obstante, las diversas situaciones en que un individuo debe tomar decisiones son de naturaleza diversa, y puede muy bien ocurrir que, al seguir las indicaciones de la racionalidad, se obtengan resultados extraños o socialmente indeseables. Quizá sea interesante señalar algunas propiedades patológicas que aparecen cuando el proceso de decisión es *interactivo,* en el sentido de que los resultados obtenidos para cada agente no dependen sólo de su decisión, sino también de las decisiones de otros agentes. Un ejemplo de tales propiedades sería el que, cuando estamos ante un proceso de decisión interactivo, *aumentar las opciones no supone que los resultados finales vayan a ser más favorables.* Ello sucede, por ejemplo, en la situación siguiente, modelizada en forma de «juego» que, dadas las fechas en que nos movemos, sería oportuno identificar con la decisión de Hernán Cortés de quemar sus naves en el enfrentamiento con Moctezuma, lo cual le llevó a un resultado mejor que el que habría obtenido si hubiera mantenido abierta la opción de regresar[5]:

	β_1	β_2
α_1	5,5	10,4
α_2	4,-5	6,0

En el ejemplo anterior, la opción α_1 se puede identificar con «luchar sin entusiasmo», o si se prefiere con las espaldas cubiertas, por parte de Hernán Cortés, mientras que α_2 sería «luchar con entusiasmo». Por otra parte, las opciones β_1 y β_2 serían, para Moctezuma, «resistir hasta el límite», o no hacerlo. Dada la superioridad tecnológica de Hernán Cortés, los resultados de las combinaciones

[4] Véase Selten (1985).
[5] Véase Corchón (1991).

de las diferentes opciones pueden interpretarse fácilmente. Nótese que, desde el punto de vista de la racionalidad individual, la opción α_1 domina a la opción α_2. Si Hernán Cortés elige α_1, la mejor opción de Moctezuma es elegir β_1, con lo que ambos obtienen el resultado de 5. No obstante, al quemar las naves, Hernán Cortés deshace la estrategia α_1, y sólo deja abierta la opción α_2, con lo que la mejor opción para Moctezuma pasa a ser β_2 y Hernán Cortés se garantiza un resultado mejor que antes, cuando tenía dos opciones a su disposición.

Otro resultado atípico lo constituye el hecho de que, con frecuencia, la aplicación del criterio de racionalidad individual conlleva ineficiencia social. Para ilustrar esto utilizaremos un ejemplo muy querido para los economistas, el llamado *dilema de los prisioneros*.

Dos hermanos, que tras las vicisitudes de una herencia, no se hablan, comparten una linde de sus terrenos, en la cual deberían construir una valla de separación. El coste de la valla es de 400.000 pesetas, mientras que cada uno de ellos valora el beneficio derivado de la existencia de la valla en 300.000 pesetas. Cada uno de los hermanos puede tomar una de las dos decisiones siguientes: 1) Contribuir al coste de construcción de la valla. 2) No contribuir. Los beneficios derivados de cada una de las cuatro opciones se pueden reflejar en la siguiente tabla:

	C	NC
C	1,1	-1,3
NC	3,-1	0,0

Si ninguno de los dos contribuye, la valla no se realiza. Si ambos contribuyen a partes iguales, la valla se hace y ambos obtienen un beneficio neto de 100.000 pesetas. Si uno de los dos construye la valla en solitario, éste experimenta una pérdida neta de 100.000 pesetas, mientras que el otro obtiene un beneficio neto de 300.000 pesetas.

Obsérvese que, haga lo que haga su hermano, la mejor opción de cada uno de los dos agentes es NC. Ello supone que la racionalidad individual llevaría a recomendar a cada uno de los agentes la no contribución. No obstante, este es un ejemplo en el que sólo hay una opción socialmente eficiente, que es aquella en la que los dos hermanos colaboran a la construcción de la valla. El problema que aquí aparece es el de la contradicción entre la eficiencia social y la racionalidad individual. Sin más, no hay forma de conseguir la coordinación necesaria para que la solución adoptada sea la que corresponde al óptimo social.

3. Racionalidad Colectiva. Preferencias Sociales

Hemos comentado previamente las implicaciones de la racionalidad individual en los procesos de decisión interactiva. La vertiente normativa de comportamiento individual se limita a prescribir a cada individuo su *mejor opción,* posiblemente a expensas de otro individuo, o a expensas de la eficiencia social. Pretendemos ahora analizar lo que debería ser la *racionalidad colectiva,* esto es, si miramos al grupo como un agente único, cuáles deberían ser desde el punto de vista social las prescripciones para obtener las *mejores opciones sociales*.

Es fácil ver que, en este caso, resulta inevitable un *proceso en dos etapas:* en primer lugar, se deben recomendar las acciones que resulten óptimas para el grupo, pero luego queda el problema de conseguir que cada uno de los individuos que componen el grupo encuentre individualmente razonable seguir el comportamiento prescrito para él, como miembro del colectivo.

Es importante señalar desde el principio que las dos etapas del proceso de decisión racional *para grupos* presentan muchas y muy graves dificultades. En primer lugar, aparece el problema de *determinar cuáles son las preferencias del grupo,* es decir, cuáles son las formas razonables de entender *lo que es bueno para el grupo*. En este punto aparecen algunas preguntas inmediatas cuya respuesta no es ni mucho menos obvia: (a) ¿tiene que existir relación entre lo bueno para el grupo y lo bueno para los individuos que lo componen?, (b) si los intereses de los individuos entran en conflicto, ¿cómo se debe decidir qué individuos van a marcar la pauta en las decisiones del grupo y cuáles deben ser relegados?, (c) si la *acción coordinada* del grupo permite obtener mejores resultados que los alcanzables individualmente, ¿cómo se deben repartir entre los componentes los beneficios de la cooperación?, (d) alternativamente, ¿debe definirse lo *bueno para el grupo* en términos de determinadas propiedades éticas?

Por su parte, en la segunda etapa nos encontramos con dificultades no menores. Supongamos que ya hemos definido exactamente qué es lo mejor para el grupo. Si la única forma de conseguir los resultados sociales es a través de las decisiones individuales, aparece el problema que los economistas denominamos *compatibilidad de incentivos,* es decir, cómo conseguir que los agentes, individualmente, decidan tomar aquellas acciones que conduzcan al óptimo social. Volvamos al ejemplo relativo al vallado de las parcelas contiguas mencionado en la sección anterior, y supongamos ahora que el Ayuntamiento decide que las parcelas deben estar debidamente separadas y fuerza a los dos hermanos a contribuir, mediante un impuesto para cada uno de 200.000 pesetas, a la construcción de la valla, que corre a cargo del propio

Ayuntamiento. En este ejemplo, esta Institución (el sector público local), mediante un decreto, constituye un mecanismo que permite alcanzar un resultado cooperativo, imposible de obtener mediante la pura decisión individualista de los agentes.

A lo largo de esta sección nos ocuparemos únicamente de la primera etapa del proceso mencionado. El concepto de eficiencia económica, en contra de lo que a primera vista puede parecer, en general no reduce drásticamente las opciones que pueden ser consideradas socialmente como buenas. Recordemos que una asignación era económicamente eficiente cuando no era posible encontrar otra asignación en la que todos los individuos estuvieran mejor. Así pues, si cualquier cambio en una asignación dada implica que alguien empeora, entonces resulta que tal asignación- es socialmente eficiente desde el punto de vista económico. En consecuencia, el problema con que nos enfrentamos consiste en *aislar* una asignación específica, como aquella *socialmente más deseable* para cada sociedad particular. *Deseamos, en definitiva, poder recomendar a los grupos su mejor opción, de forma análoga a como la teoría de la racionalidad individual recomienda a los individuos su mejor opción*.

¿Qué significa seleccionar un óptimo social? Básicamente, dada una determinada sociedad (individuos con sus recursos, preferencias, etc., empresas con sus posibilidades de producción...), aislar un determinado resultado en base a un proceso específico de decisión colectiva. La vida real proporciona muchos ejemplos de procesos de decisión colectiva: toma de decisiones en base a la opinión de una mayoría especificada (como en los sistemas de asambleas o referéndum); elección por la colectividad de una determinada persona, a la que se otorga un voto de confianza de tal forma que las decisiones sociales son tomadas por esta persona concreta (como pueden ser un alcalde, o un director de Departamento); imposición por la fuerza de las opiniones de un individuo o grupo social, que son los que deciden (como en el caso de las dictaduras políticas), etc.

Nos enfrentamos, pues, al problema de diseñar un proceso de elección colectiva que, en definitiva, seleccionará en cada caso el «óptimo social» adecuado. Por consiguiente, el óptimo social será aceptado como tal si el proceso de decisión colectiva se diseña cumpliendo propiedades que sean admisibles para los individuos que componen la sociedad[6]. La aceptación de las propiedades de un proceso de decisión supone asumir a priori un determinado tipo de compromisos éticos. Nos centraremos aquí en aquellos procesos de decisión

[6] El asumir a priori los requisitos mínimos que debe cumplir el proceso de elección colectiva es el único camino de romper la recursión al infinito de los acuerdos necesarios sobre la forma de agregar las preferencias, para obtener el óptimo social.

colectiva que seleccionan los resultados *tomando en cuenta las preferencias de los individuos que componen la sociedad de referen*cia. Para este tipo de procesos vamos a considerar una serie de requisitos mínimos, que sería razonable exigir para que el proceso pudiera calificarse de «satisfactorio». Teniendo en cuenta que lo que se puede considerar razonable es un tema discutible, es útil pedir sólo condiciones muy débiles, universalmente aceptables, para no restringir demasiado las opciones plausibles. Por ello, vamos a buscar procesos de decisión que *ordenen socialmente todas las alternativas*[7], y que, además sean:

1. *Generales*, esto es, aplicables a cualquier tipo de sociedad[8].
2. *Respetuosos con la Unanimidad*, o dicho de otro modo, que verifiquen el Principio de Pareto: si todos los individuos prefieren la opción x a la y, la regla social debe preferir también x a y.
3. *Informacionalmente eficientes*, esto es, tener un bajo coste de puesta en práctica. Ello supone que deben funcionar con poca cantidad de información[9].
4. *No dictatoriales*, es decir, no pueden limitarse a tomar en consideración las preferencias de un solo individuo[10].

Arrow (1951) probó que las propiedades anteriores son conjuntamente inconsistentes. Esto es, *no existen procesos de elección colectiva que ordenen todas las alternativas y sean simultáneamente generales, respetuosos con la unanimidad, eficientes y no dictatoriales.* Este es, en resumen, el contenido del llamado *Teorema de Imposibilidad*[11]. Ello supone que, a la hora de construir las preferencias sociales (o alternativamente, los índices de *bienestar social* de una determinada sociedad, en base a los cuales se tomarán las decisiones sociales), no podemos pretender preservar todas las

---

[7] La racionalidad arroviana se identifica con el hecho de que el resultado de agregar las preferencias individuales sea un orden social.

[8] Esta propiedad es llamada por Arrow «dominio Universal».

[9] La eficiencia arroviana está vinculada a la propiedad conocida como «independencia de alternativas irrelevantes», cuyo espíritu consiste en asumir la no necesidad de información acerca de aquellas opciones que no se comparan directamente, a la hora de decidir socialmente entre varias alternativas.

[10] La democracia arroviana se identifica con la no existencia de ningún individuo cuyas preferencias sean las sociales (dictador).

[11] El enunciado del teorema especifica que no existe ningún agregador de órdenes individuales (o función del bienestar social) capaz de satisfacer simultáneamente las condiciones de dominio universal, principio de Pareto, no dictatorial e independencia de alternativas irrelevantes. Diversas pruebas del teorema, además de la original de Arrow, pueden verse en Kelly (1978), Suzumura (1983) y Sen (1986).

propiedades anteriores: hay que renunciar a alguna de ellas.

Ya era sabido desde muy antiguo que algunos métodos de combinar preferencias individuales para construir preferencias sociales conducían a inconsistencias. Condorcet (1785) ya observó problemas con la regla de decisión mayoritaria. Las inconsistencias de esta regla atrajeron la atención de pensadores tan pintorescos como C. L. Dogson, más conocido como Lewis Carroll. El caso más famoso es la llamada «paradoja del voto», presentada por Nanson (1882), que proporciona una buena introducción a la naturaleza del problema: Consideremos un ejecutivo que planea una determinada campana publicitaria. En principio, hay tres opciones a considerar: A) un sistema de pequeños regalos; B) un sistema de descuentos, y C) un sorteo para un gran regalo. El ejecutivo encarga a tres técnicos en publicidad que le aconsejen sobre las diferentes alternativas. En el informe del primer técnico, se considera A) la mejor opción, seguida de B) y ésta de C); para el segundo técnico, la mejor opción es B), seguida de C) y ésta de A); finalmente, el tercer técnico considera preferida la opción C) a continuación A) y finalmente B). A la vista de estos informes, ¿qué alternativa debería elegir el ejecutivo? Nótese que en este ejemplo, si se pretende utilizar la regla de decisión mayoritaria, *no hay ninguna decisión posible. En efecto, la alternativa A es socialmente preferida a B, puesto que hay dos individuos (el primero y el tercero) que la colocan por delante; por otro lado, B es socialmente mejor que C, puesto que una mayoría de individuos (primero y segundo), la prefieren. Si la preferencia social fuera consistente, A tendría que ser socialmente preferida a C, pero lo que ocurre es que C es socialmente preferida a A, puesto que una mayoría de agentes (segundo y tercero), la prefieren*. En este ejemplo, el proceso de decisión mayoritaria no permite tomar ninguna decisión.

El interés del resultado anterior radica en el hecho de que la regla de decisión mayoritaria es muy atractiva como procedimiento de decisión social. En particular, verifica las condiciones de respeto a la unanimidad, eficiencia y no es dictatorial. Sin embargo, *no es general*. Es importante notar que el Teorema de Imposibilidad nos advierte de que *cualquier* procedimiento de decisión tiene que fallar en alguna de las propiedades especificadas.

Puede resultar ilustrativo el observar los fallos de alguna otra regla de decisión. Un método de decisión muy antiguo es la llamada *Cuenta de Borda,* por la cual se otorga un cierto número de puntos a la alternativa más preferida, una cierta cantidad (menor) a la segunda, y así sucesivamente. Luego resulta «socialmente» elegida la alternativa con más puntos. Este es un procedimiento de decisión muy usado en concursos literarios o festivales. Consideremos, de nuevo, el ejemplo de la campaña publicitaria, y supongamos que la

ordenación del primer técnico es: 1, 2, 3; la ordenación del segundo técnico es 2, 3, 1, y, finalmente, la ordenación del tercer técnico es 3, 1, 2. Si, al disponer de tres alternativas, otorgamos tres puntos a la más preferida, dos a la segunda, y uno a la tercera, en este ejemplo cada una de las alternativas recibe seis puntos, y el resultado es un empate, no una inconsistencia. Sin embargo, la Cuenta de Borda no es informacionalmente eficiente, pues es necesario conocer toda la ordenación de cada individuo para poderla aplicar.

Consideremos, finalmente, una regla de decisión social quizá absurda, pero no por ello ilusoria: supongamos que la preferencia social está totalmente determinada por un cierto código tradicional que ordena totalmente los estados sociales. Este tipo de regla satisface las condiciones de generalidad, eficiencia informacional, no dictatorial, pero no respeta la unanimidad, pues la ordenación social ha de seguir la prescrita por el código, *incluso si todos los individuos prefirieran otra diferente.* Un ejemplo reciente de este tipo de procedimiento podría aplicarse a la discusión en Italia respecto a la despenalización de la blasfemia, donde las voces en contra, curiosamente, surgen del Vaticano, un Estado diferente.

Los ejemplos anteriores sirven como ilustración del Teorema de Imposibilidad. La fuerza de este resultado radica en el hecho de que *siempre* podemos predecir el fallo de alguna de las propiedades, ante cualquier tipo de proceso de decisión social con que nos encontremos.

4. Dificultades con el concepto de Justicia o Equidad

El Teorema de Imposibilidad de Arrow señala las limitaciones que debemos imponer a los posibles procesos de decisión colectiva. No podemos imponer todas las condiciones anteriores, pues resultan inconsistentes. Emprendamos, entonces, un camino distinto. De entre las propiedades anteriores, vamos a conservar la más indiscutible: *el respeto a la unanimidad,* con lo que excluimos las reglas de «inspiración divina», y veamos si es posible completar esta propiedad con algún requisito ético del tipo justicia o equidad, de forma que obtengamos criterios de decisión colectiva operativos. La propiedad de respeto a la unanimidad implica que la asignación social elegida debe ser *eficiente económicamente, o en otras palabras, debe ser un Óptimo de Pareto.* En efecto, tomemos una asignación que no es un Óptimo de Pareto. Ello significa que existe otra posibilidad tal que algunos individuos mejoran, sin que nadie empeore. Para los primeros, la segunda opción es *igual de buena* que la primera. Por tanto, toda la sociedad declararía como preferida la segunda opción, y en consecuencia, la primera nunca puede ser declarada

como *la opción preferida socialmente*.

No obstante, el criterio de respeto a la unanimidad sólo permite comparar asignaciones en las que la preferencia de los individuos es unánime. El problema que aparece con este tipo de criterio es que *no compara* aquellas asignaciones en las que unos individuos mejoran y otros empeoran. Tomemos un caso en el que todos los individuos menos uno mejoran, mientras uno empeora: el criterio de respeto a la unanimidad tomado en solitario, no compara estas dos asignaciones, y por tanto, restringe muy poco las opciones que sí pueden ser consideradas como socialmente preferidas.

Queremos avanzar más, y ser capaces de discriminar entre los diferentes óptimos, quedándonos únicamente con aquellos que «pasen» algún test de justicia o equidad.

Una forma de construir test de equidad consiste en intercambiar los roles o las dotaciones de los diferentes individuos. La idea de colocarse en la posición de otro individuo aparece de diferentes formas en muchas culturas, aunque su empleo ha conducido a muy variadas consecuencias en las diversas sociedades. En la ley judaica se dice «haz con los demás lo que quisieras que los demás hiciesen contigo». La «ley moral» de Kant está muy relacionada también con esta idea de ponerse en la posición de los demás. En este sentido, merece la pena citar la interpretación de Sidgwick al enunciar su principio de «equidad»: *cualquier acción que cualquiera de nosotros juzgue buena para sí mismo, es implícitamente asumida como buena para cualquier otra persona similar en similares circunstancias*[12].

Un criterio de justicia relacionado en cierta forma con la idea anterior es el criterio de *ausencia de envidia,* de Foley (1967), que cualifica a una asignación como satisfactoria desde el punto de vista de la equidad cuando ningún individuo envidia la suerte de ningún otro individuo de la sociedad. De forma más precisa, una asignación posee la propiedad de ser libre de envidia si dada una pareja arbitraria de individuos de la sociedad, se cumple que ninguno de ellos desearía cambiar su asignación con la que tiene el otro.

Cuando se consideran economías en las que no hay producción, el concepto de ausencia de envidia es particularmente interesante, pues es fácil encontrar asignaciones que sean, simultáneamente, libres de envidia y eficientes[13]. La idea es muy sencilla: supongamos

[12] Véase Sidgwick (1907), Libro III, Cap. XIII. Sidgwick atribuye esta idea a Kant «lo que es bueno para mí debe ser bueno para cualquier otra persona en circunstancias similares que es el modo en que yo acepto la máxima kantiana- entiendo que es ciertamente fundamental, efectivamente cierto y no carece de importancia práctica».

[13] Acerca de las asignaciones eficientes y libres de envidia en economías de intercambio, así como criterios relacionados, véase Thomson y Varian (1985).

inicialmente que en la economía sólo hay un bien, y dividamos este bien a partes iguales entre todos los individuos. Evidentemente, esta asignación es libre de envidia y eficiente (nadie envidia la suerte de nadie y no se desaprovecha ninguna oportunidad). Si ahora disponemos de diversos bienes, el proceso de asignar idénticas cantidades a todos los individuos, si bien continúa siendo libre de envidia ya no resulta eficiente, a no ser que todos los individuos tengan idénticos gustos. Si los individuos tienen gustos diversos, habrá alguna otra asignación que todos preferirán. Esta nueva asignación puede obtenerse dejando a los individuos intercambiar competitivamente sus bienes, obteniendo otra que ahora sí es eficiente y conserva el principio de ausencia de envidia, ya que los intercambios han sido voluntarios y por tanto nadie envidia la asignación de ningún otro agente.

El hecho de que, en economías de intercambio el criterio de ausencia de envidia resulte compatible con la eficiencia, no se extiende a las economías con producción. Consideremos el ejemplo siguiente[14]: dos agentes, por medio de trabajo, producen un bien. El salario conjunto de estos agentes se mide en términos de la cantidad de bien que han producido, esto es, si producen una unidad de bien, se repartirán un salario de una unidad monetaria. Por cada unidad de trabajo del agente 1 (digamos una jornada), se obtiene una unidad de bien. Sin embargo, el agente 2 es mucho más torpe, y necesita 10 jornadas de trabajo para producir una unidad de bien (o dicho de otro modo, con una jornada de trabajo produce 1/10 de bien). Así pues, si el agente 1 trabaja una proporción x de su jornada, y el agente 2 trabaja una proporción y de su jornada, generarán un «salario conjunto» de $x + y/10$ unidades monetarias. Cada agente dispone de una jornada de trabajo.

Por otra parte, la utilidad que el agente 1 deriva de cobrar un salario de a pesetas, junto con tener una proporción $(1 - x)$ de su jornada libre es de $u_1 = (1 - x)+2a$; la utilidad del agente 2 cuando cobra un salario de b pesetas, y tiene una proporción $(1 - y)$ de su jornada libre, es de $u_2 = (1 - y) + 4b$.

Una asignación $\{(x, a); (y, b)\}$ será eficiente cuando no sea posible encontrar otra factible en la que alguien mejore sin perjudicar al otro. Nótese que, para que la asignación $\{(x, a); (y, b)\}$ sea eficiente, se tiene que cumplir que $x = 1$, puesto que si no, $\{(1- \varepsilon, a); (y, b)\}$ se podría sustituir por $\{(1, a +\varepsilon); (y, b)\}$, que es mejor para el agente 1. Análogamente, $y = 0$, puesto que si no, $\{(1, a); (\delta, b)\}$ puede sustituirse por $\{(1, a); (O, b - \delta/10)\}$, que es mejor para el agente 2. Así pues, las posibles asignaciones eficientes son aquellas en que el

[14] Este ejemplo está tomado de Pazner y Schmeidler (1974).

agente 1 trabaja toda la jornada, mientras que el agente 2 holgazanea toda la jornada. Dicho de otro modo, asignaciones del tipo {(1, a); (O, b)}, con a + b = 1.

Tomemos una asignación eficiente arbitraria. ¿En qué condiciones el agente 1 envidia al 2? Siempre que $2a < 1 + 2b$, esto es, siempre que $b > 1/4$. Por otro lado, el agente 2 envidiará al 1 siempre que $1 + 4b < 4a$, esto es, si $b < 3/8$. Por consiguiente, cuando $b < 1/4$, el agente 2 envidia al 1; si $1/4 \leq b \leq 3/8$, ambos agentes se envidian mutuamente, y si $b > 3/8$, el agente 1 envidia al 2. En este ejemplo, por tanto, no existen asignaciones que sean, simultáneamente, eficientes y libres de envidia. En términos más coloquiales, si el agente «poco productivo» cobra un salario bajo (aun sin trabajar), envidia al agente productivo. Si por el contrario, cobra un salario alto, entonces es el agente productivo el que le envidia.

Otra alternativa para interpretar la idea de *ponerse en la situación de otro,* consiste en suponer que el juicio acerca de la «bondad», desde el punto de vista ético de una determinada asignación se realiza suponiendo que a priori el individuo no sabe qué posición exacta es la que le tocará ocupar en la sociedad que está siendo analizada. Más precisamente, la idea sería la siguiente: supongamos que se trata de analizar si una determinada asignación es «justa» para una determinada sociedad. Tomemos entonces el caso de un individuo *que sabe va a ser miembro de dicha sociedad, pero no lo es todavía.* Este individuo se enfrenta a una lotería por la cual le tocará ocupar uno (indeterminado a priori) de los puestos de esta sociedad. No se trata ahora de intercambiar los roles de cada pareja de individuos, sino de analizar la sociedad desde el punto de vista de este *entrante hipotético*.

Uno de los criterios de equidad que contemplan las sociedades desde esta perspectiva es el criterio de justicia de Rawls (1958) (1963). La idea de Rawls consiste en defender como justos aquellos resultados que se derivan de una posición inicial de equidad. Dos son los tipos de principios que Rawls considera que se deben satisfacer en la «posición inicial»: *a) La máxima libertad para cada individuo, compatible con la máxima libertad para los demás, y b) las desigualdades sociales deben estar limitadas de forma que la sociedad consiga la mejor situación posible para el individuo con peor nivel de bienestar.*

Para que un criterio como el anterior sea operativo, tenemos que ser capaces de *comparar el bienestar de los individuos.* No podemos identificar «quién es el individuo que está peor» sin realizar este tipo de comparaciones. En este punto se plantea un problema de carácter algo espinoso: si el *bienestar individual* es algo subjetivo, ¿cómo se puede pretender establecer comparaciones de bienestar entre los

individuos? Si bien el supuesto de comparabilidad es un truco para poder construir una teoría operativa, es bien cierto que nada impide pensar que en un futuro los avances de la ciencia podrán crear un «felicidómetro»[15], de forma que el nivel de bienestar individual se pueda correlacionar perfectamente con algún tipo de reacción cerebral, que pueda ser propiamente cuantificada.

El criterio de Rawls, pues, hace referencia a las comparaciones de bienestar entre los individuos, y opera de tal forma que ningún potencial entrante puede objetar la «buena fe» de esta sociedad, ya que ésta intenta conseguir que la peor posición sea lo mejor posible.

No obstante su indudable atractivo como criterio de justicia, el criterio de Rawls *(o criterio maximin),* plantea una serie de problemas que merece la pena comentar. En primer lugar, no está muy claro que se pueda considerar un criterio inapelable de equidad, puesto que, al mirar sólo el máximo bienestar posible del individuo que está peor, es ciego respecto del resto de la sociedad. Tomemos el siguiente ejemplo: consideremos una sociedad compuesta por tres agentes, de forma que el bienestar se mide en términos de renta. El agente A posee 100 millones de pesetas; el B posee 10 millones, y el C 500.000 pesetas. Tomemos ahora la situación siguiente, en la que A posee 109.300.000 pesetas, y tanto B como C poseen 600.000. Desde el punto de vista de Rawls, esta distribución es preferida a la primera, sin embargo, no se puede considerar muy satisfactoria desde el punto de vista de la equidad. En segundo lugar, el criterio de Rawls no contempla ningún tipo de trade-off, en el sentido de que prefiere una pequeña ganancia del individuo que está peor, antes que ganancias grandes de los demás individuos. Por ejemplo, consideremos el caso de una sociedad en la que el individuo que está peor vive en un lugar muy aislado, de forma que para incrementar su bienestar con algún tipo de servicio (digamos, ponerle teléfono), es necesario realizar una gran inversión. Alternativamente, con ese mismo dinero, podría construirse un parque público que incrementaría mucho el bienestar de todo el resto de la sociedad. El criterio de Rawls prima el pequeño incremento del único individuo aislado sobre el gran incremento del resto de la sociedad.

El criterio *utilitarista* puede ser defendido también sobre la base del *entrante hipotético*. Harsanyi (1955) defiende la idea de que las preferencias *éticas* de los individuos deben satisfacer un criterio de impersonalidad, en el sentido de que *el estado social elegido debe pasar el test de ser aceptable cuando el individuo no sabe cuál será su posición, ya que se enfrenta con igual probabilidad de ocupar cualquier de las posiciones de la sociedad*. La diferencia entre las interpretaciones

[15] Véase, en este sentido, Ng (1983, Introducción).

de Harsanyi y Rawls radica en que Rawls no asigna probabilidades a las distintas posiciones de la sociedad, mientras que Harsanyi las considera equiprobables. Podríamos decir que la posición de Rawls es *la más pesimista posible,* en el sentido de que el entrante potencial se coloca como si le fuese a tocar ocupar la peor posición de la sociedad. Alternativamente, la posición de Harsanyi consiste en considerar todas las posiciones equiprobables, y suponer, además, que los individuos satisfacen los postulados de Von Neumann y Morgenstern de comportamiento ante el riesgo[16]. Así, las preferencias éticas se determinan mediante la maximización del bienestar esperado, y bajo el supuesto de equiprobabilidad, ello conduce a la maximización de la suma de utilidades individuales. Este criterio, de maximización de la suma utilidades individuales es normalmente conocido como *criterio utilitarista*, y de esta forma queda sustentado sobre un criterio de equidad, entendida como *impersonalidad*.

Analicemos un poco más las consecuencias del criterio utilitarista, para ser conscientes de si es o no satisfactorio como criterio de equidad. Los ejemplos siguientes nos pueden dar una pista de sus posibles dificultades. Consideremos una sociedad esclavista compuesta por 99 hombres libres y un esclavo. Este último sirve a todos los demás, y es terriblemente desgraciado. Dada idéntica probabilidad de estar en cualquiera de las posiciones de esta sociedad, es posible que algunos estuvieran dispuestos a tomar un riesgo de un 1 por 100 de ser el esclavo, dado que existe un 99 por 100 de opciones de no serlo. En este sentido, podría llegar a concluirse que una sociedad esclavista puede ser moralmente aceptable. Seguramente que mucha gente no estaría de acuerdo con este tipo de test. Otro ejemplo que sirve para observar las dificultades que presenta el criterio utilitarista como criterio de equidad sería el siguiente: supongamos que el bienestar de los individuos se identifica con su renta. Entonces, el criterio utilitarista asocia a cada sociedad como índice de bienestar, su renta per cápita. Ello significa que, dadas dos posibilidades, el criterio utilitarista prefiere aquella con renta per cápita más alta. Así, si consideramos las dos posibilidades siguientes: 1) la mitad de la población a renta 100, y la otra mitad a renta cero; 2) todos los individuos de la población a renta 49, el criterio utilitarista declara preferida l), en contra de 2).

Los casos mencionados ponen de manifiesto que definir un criterio de justicia universalmente aceptable es un problema sin solución. Todos los criterios presentados poseen propiedades que los hacen atractivos desde el punto de vista de la equidad, pero ninguno de ellos está exento de problemas. La elección, por tanto, entre uno u otro es un tema abierto a la voluntad de cada grupo, sociedad o planificador.

---

[16] Véase Von Neumann Morgenstern (1944).

No hay razones objetivas incuestionables que lleven a preferir un criterio sobre otro, o una función de bienestar social específica sobre otra diferente. La elección es, simplemente, un tema de preferencias de unas determinadas propiedades éticas sobre otras, y, en general, la posición más sensata sería aquella que consiste en elegir un determinado criterio de equidad para cada tipo de problema, sin pretender encontrar uno universalmente aceptable.

5. Conclusiones

Hemos repasado a lo largo de las secciones anteriores las dificultades que se plantean a la hora de seleccionar *la mejor opción desde el punto de vista social*. Supongamos, no obstante, que tenemos un criterio de justicia aceptado unánimemente por la sociedad, y que somos capaces de seleccionar la situación final *eficiente y justa* que deseamos para nuestra sociedad. Imaginemos, además, que nos encontramos en una economía *sin fallos de mercado*.

Sabemos entonces que, todo lo que hay que hacer para conducir a la sociedad a la situación deseada es *redistribuir los recursos entre los agentes, y luego dejar funcionar a cada uno según su propio interés.* Este era el cometido del gobierno que hemos llamado «redistributivo». Es importante señalar que la redistribución de los recursos sólo puede realizarse si el gobierno conoce cuáles son los recursos que cada individuo posee. Por tanto, para poder realizar su tarea redistributiva, el gobierno necesita información que en principio sólo poseen los agentes individuales. Esta necesidad de información rebaja considerablemente la eficiencia informacional del Gobierno Redistributivo respecto del Gobierno Mínimo.

En estas condiciones, si quisiéramos enfrentar el comportamiento de los gobiernos mínimo y redistributivo, en un mundo sin fallos de mercado, ante los cuatro tipos de valores que mencionábamos en la Introducción, encontraríamos el siguiente esquema:

	Libertad	Justicia	Ef. Económ.	Ef. Inform.
Gobierno mínimo	B	M	B	B
Gobierno Redistributivo	R	B	B	R

Para terminar, dos comentarios. En primer lugar, la clasificación anterior no resulta tan nítida para el Gobierno Redistributivo. Es bien sabido que en la vida real, los gobiernos no realizan redistribuciones de recursos, sino que lo que hacen es colocar un sistema

redistributivo posterior al funcionamiento del mercado, esto es, un sistema de impuestos y transferencias. Este tipo de redistribución, aunque con menores requerimientos informacionales, conduce a la economía a un subóptimo[17], por lo que las ganancias en equidad se hacen, de alguna manera, a costa de pérdidas en eficiencia económica. En segundo lugar, la clasificación anterior está realizada en el supuesto *de que no haya fallos de mercado*. Si los hay, ambos tipos de Gobierno fallan en la obtención de la eficiencia económica[18].

Finalmente, comentar que no hemos mencionado para nada los aspectos relativos a los problemas de la *puesta en práctica,* que complican aún más el realizar una valoración de los distintos sistemas gubernamentales en los cuatro aspectos mencionados.

BIBLIOGRAFÍA

Arrow, K. J., *Social Choice and Individual Values,* Yale U. Press, New Haven, 1951.

Arrow, K. J. y Intriligator, M. D. (eds.), *Handbook of Mathematical Economics,* Amsterdam, North Holland, 1986.

Arrow, K. J. y Honkapohja (eds.), *Frontiers of Economics,* Oxford, Blackwell, 1985.

Auerbach, A. J. y Feldstein, M. (eds.), *Handbook of Public Economics,* vol. II, Amsterdam, North Holland, 1987.

Auman, R. J., «What is Game Theory trying to Accomplish?», en Arrow & Honkapohja (eds.), 1985.

Condorcet, M., *Essai sur l'Application de l'Analyse a la Probabilité des Decisions Rendues a la Pluralité des Voix,* París, 1785.

Corchón, L. C., «On Natural Selection in Oligopolistic Markets», *A Discusión N.º 32*, U. Alicante, 1990a.

Corchón, L. C., «Una Introducción a los Juegos en dos etapas o por qué Hernán Cortés quemó sus naves y salió ganando con ello», *De Economía Pública,* N.º 9:3-26, 1990b.

Foley, D., «Resource Allocations in The Public Sector», *Yale Economic Essays,* N.º 7:73-76, 1967.

Hurwicz, L.; Schmeidler, D. y Sonnenschein, H. (eds.), *Social Goals and Social Organization,* Cambridge, Cambridge U. Press, 1985.

Inman, R., «Markets, Government and the Political Economy», en Auerbach & Feldstein (eds.), 1987, pp. 674-777.

Kelly, J. S., *Arrow Imposibility Theorems,* New York, Academic Press, 1978.

Nanson, E. L, «Methods of Elections», *Transactions and Proceedings of the Royal Society of Victoria,* 18, 1882.

NG, Y. K., *Welfare Economics,* Hong Kong, McMillan Press, 1983.

[17] Véase Stiglitz (1982).

[18] Para un análisis más detallado, véase Inman (1987).

Pazner, E. y Schmeidler, D., «A Difficulty in the Concept of Fariness», *Review of Economic Studies*, 41:441-443, 1974.

Rawls, J., «Justice as Fairness», *Philosophical Review*, 67, 1958.

Rawls, J., «The sense of Justice», *Philosophical Review,* 72, 1963.

Rubinstein, A., «New Directions in Economic Theory-Bounded Rationality», *Revista Española de Economía,* 7:3-15, 1990.

Selten, R., «Comments to Auman's paper», en Arrow & Honkapolija (eds.), 1985.

Sen, A., *Collective Choice and Social Welfare,* Amsterdam, North Holland, 1970.

Sen, A., «Social Choice Theory», en Arrow Intriligator (eds.), vol. III: 1073-1181,1986.

Sidwick, H., *The Method of Ethics,* London, McMillan, 1907.

Suzumura, K., *Rational Choice, Collective Decisions and Social Welfare;* Cambridge, Cambridge U. Press, 1983.

Thomson, W. y Varian, A., «Theories of Justice based on Symmetry», en Hurwicz, Schmeider c Sonnenschein (eds.), 107-130, 1985.

Von Neumann, J. y Morgenstern, O.; *Theory of Games and Economic Behavior,* Princeton, Princeton U. Press, 1944.

RACIONALIDAD INDIVIDUAL Y COLECTIVA: MECANISMOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS DE ARTICULACIÓN[1]

1. Introducción

Como economista en un foro eminentemente jurídico me propongo aquí un triple objetivo. Primero, exponer el punto de vista y los conceptos básicos con los que los economistas analizamos el papel del Estado en la economía y la determinación del tamaño deseable del Sector Público, tema que constituye la cuestión de fondo de estas *Jornadas sobre Neoliberalismo y Estado*. Frente a posturas doctrinales y al ondear de las banderas ideológicas, la moderna teoría económica señala con claridad las vías prometedoras y los caminos prohibidos para un análisis serio de la cuestión.

Segundo, dado el carácter pluridisciplinar del acontecimiento, no estará de más aprovechar la ocasión para ilustrar los principios de procedimiento de los economistas. Mediante una drástica reducción del universo de discurso en el que la racionalidad de los individuos adopta una forma extremadamente simple y axiomatizada, el economista teórico se plantea cuestiones perfectamente definidas que tienen una respuesta no ambigua. Cuestiones que a pesar de su aparente sencillez reflejan los problemas más profundos en la interacción entre individuos independientes y que bastan para generar las grandes perplejidades de la problemática económica. Esta es la metodología fundamental que ha hecho de la economía una ciencia cuyo desarrollo ha adoptado la forma de una sucesión de modelos de complejidad creciente tan característica de los programas de investigación de las ciencias maduras. La formalización ha dado rigor a la teoría y vitalidad a la sucesión de modelos. Sin embargo, las mismas características que hacen de la ciencia económica un instrumento

---

[1] Department d'Economia, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Este trabajo ha sido financiado por la DGICYT.

extremadamente afilado para diseccionar la realidad social, justifican la recomendación vehemente de que un instrumento tan cortante no debe dejarse nunca en manos inexpertas o malintencionadas. Somos los propios economistas los que debemos impedir extrapolaciones no justificadas en la interpretación de los resultados formales.

Tercero, intentaré -con prudencia, eso sí- aventurarme en el campo de la ciencia jurídica y sugerir algunos temas en los que las técnicas de análisis de los economistas puedan ser de alguna utilidad. En particular, ilustraremos cómo un modelo tomado a préstamo de los economistas puede ser útil para analizar, desde una óptica prescriptiva, el diseño legislativo como un mecanismo de articulación entre la racionalidad individual y la colectiva.

2. Los mecanismos económicos y la información

El punto de partida de la visión del economista es que las partículas elementales del universo económico son los individuos que interaccionan entre sí mediante relaciones de intercambio. Las acciones de los individuos consisten básicamente en elegir una de entre muchas alternativas posibles. Se supone que el *principio de racionalidad* informa esa conducta, en el sentido de que dicha elección se efectúa de acuerdo con unas preferencias que ordenan todas las alternativas imaginables. De este modo, se dice que una conducta es racional si existe un orden de preferencias que explique las elecciones del individuo. La «racionalidad» o el origen de las preferencias mismas no se cuestiona. Cada individuo, en tanto que «homo economicus», queda pues caracterizado por unos recursos iniciales (es decir, un conjunto de bienes), un orden de preferencias y una tecnología que determina sus posibilidades de transformar unos recursos en otros.

Si tanto los objetivos (satisfacer las necesidades) como las restricciones impuestas por la naturaleza (las restricciones tecnológicas y la limitación de los recursos iniciales) están bien definidos el problema de la racionalidad económica puede reducirse a un sencillo problema de maximización condicionada. La filiación individualista de estos planteamientos es clara.

Sin embargo, la racionalidad de la conducta individual es la parte más trivial de lo económico. El guiso empieza a adquirir sustancia cuando se considera que la división del trabajo aumenta la productividad, lo cual implica la especialización en la producción. Por otra parte, las preferencias de los consumidores son tales que se prioriza siempre la diversificación del consumo. La especialización en la producción y la diversificación en el consumo conducen inevitablemente

a la necesidad del intercambio. Aparece aquí con todo su esplendor la dimensión social de lo económico.

Estas consideraciones sitúan el problema en un nivel distinto desde el momento en que toda relación de intercambio, y en general todas las relaciones sociales, son el resultado de la interacción de múltiples racionalidades individuales distintas. Se plantea entonces la cuestión de hasta qué punto se puede hablar de racionalidad colectiva y en qué medida se relaciona ésta con la racionalidad individual.

En su célebre manual, Samuelson afirma que la primera lección que debe aprenderse de Economía es que, con frecuencia, las cosas no son lo que parecen. Y pone un énfasis especial en advertir de los peligros de la *falacia de la composición*, que consiste en predicar del todo lo que sólo es cierto de la parte. Ciertamente, una manera de mantener limpia una ciudad es que cada ciudadano mantenga limpia la parte de la calle que le corresponde. La extrapolación de lo particular a lo colectivo funciona en este caso. Pero en muchos otros no y la articulación entre lo individual y lo colectivo es mucho más sutil e inesperada aunque no por ello deja de ser predecible. La predicción es posible pero es contraintuitiva. Si, por ejemplo, en un espectáculo público en la calle tenemos dificultades para ver lo que pasa, podemos ponernos de puntillas y mejorar la situación significativamente. Pero si todos deciden hacer lo mismo, y adoptan la conducta óptima desde un punto de vista individual, el resultado final es desastroso: todos siguen viendo el espectáculo tan mal como antes pero tienen que soportar la incomodidad adicional que resulta de mantenerse de puntillas.

Hemos definido la racionalidad individual como la simple adecuación de la conducta a unos intereses o prioridades coherentes. De modo análogo podríamos hablar de racionalidad social siempre que la conducta del sistema entero fuera adecuada a un sistema de prioridades bien establecido. Se plantea entonces el problema de cómo construir un sistema de prioridades sociales a partir de prioridades individuales. Este tema, conocido como agregación de preferencias, ha sido el centro de atención fundamental de la teoría de la elección social. Y como se indica en el trabajo de Herrero existen serias dificultades para construir consistentemente una racionalidad social a partir de la racionalidad individual.

El problema que nos interesa analizar aquí se sitúa en un plano de análisis posterior. Se trata de examinar desde un punto de vista prescriptivo los mecanismos de coordinación que permiten realizar unas preferencias sociales, cuyo origen o justificación no se cuestiona. Esta es la perspectiva que Sen[2] denomina «ingenieril» y consiste

[2] Véase Sen, *On ethics and economics,* Basil & Blackwell, 1987.

en determinar los procesos de decisión que permiten alcanzar una situación social deseable de acuerdo con un criterio de bienestar social dado. Hemos solventado así, de un plumazo, toda la Teoría de la Elección Social.

La decisión social óptima varía según cuál sea el entorno económico (hay una acción óptima para cada situación). Si conociéramos los datos sobre la situación (es decir, la información acerca de las preferencias, la tecnología y los recursos iniciales) el problema se reduciría de nuevo a un problema técnico de maximización. Pero un elemento adicional complica la situación: la información sobre la economía está dispersa entre los agentes. La adopción de un plan conjunto coherente requiere el *intercambio de información*.

Un mecanismo económico es un modelo que describe los procedimientos adoptados por una comunidad de individuos para coordinar sus acciones. En particular debe describir los flujos de información entre los agentes y el uso que éstos hacen de ellos para tomar sus decisiones. Transmitir y procesar información es muy costoso. Por otra parte, es muy posible que los individuos no estén dispuestos a proporcionar la información exigida por un mecanismo. Por ello es una característica importante de los mecanismos el minimizar la información, de un lado, y proporcionar incentivos para la revelación correcta de los datos por parte de los agentes económicos, de otro.

3. La mano invisible y los fallos del mercado

A principios de la década de los sesenta Arrow y Debreu demostraron la existencia y eficiencia del equilibrio competitivo en un celebrado trabajo en el que demostraban rigurosamente las condiciones bajo las cuales es cierta la conjetura de la Mano Invisible de Adam Smith. En ausencia de bienes públicos, efectos externos y rendimientos crecientes, si existen muchos agentes compradores y vendedores y un mercado para cada bien en el que se forma un precio competitivo conocido por todos, el sistema de precios proporciona información suficiente acerca de los datos de la economía para que las decisiones descentralizadas e interesadas de todos los agentes económicos conduzcan a través de los mecanismos de la oferta y la demanda a un estado económico caracterizado por la eficiencia (en el sentido de Pareto) en la asignación de los recursos.

Dos son las consideraciones básicas que no permiten interpretar este resultado como una apología del liberalismo económico. En primer lugar, el concepto de eficiencia económica u óptimo de Pareto es totalmente insensible a las consideraciones distributivas y por

tanto no está claro que sea un objetivo social legítimo[3]. En segundo lugar, el resultado de Arrow y Debreu no demuestra la superioridad del mecanismo de mercado competitivo, sino que establece rigurosamente las condiciones bajo las cuales tal pretensión está justificada. Desafortunadamente, estas condiciones no son tan generales como sería de desear y existen muchos casos en los que se produce una ruptura radical entre lo individual y lo colectivo. Veamos algunos ejemplos sencillos en los que aparece esta brecha entre la racionalidad individual y la colectiva.

3. 1. Los bienes públicos

En Economía, se llama bien público a aquel que es susceptible de un consumo colectivo. Una patata no es un bien público porque el acto de consumo por parte de A impide que B pueda consumirla. Por el contrario, una emisión de radio es un bien público puesto que millones de individuos pueden disfrutarla *simultáneamente.* Según esta definición, que un bien sea público o no depende de su naturaleza y no del tipo de organización de la cual se haya dotado la sociedad considerada.

Supongamos que tres individuos A, B y C valoran una emisión de radio en 10, 6 y 5 pesetas respectivamente. Una emisión de radio vale 12 pesetas. No hacer la emisión es ineficiente. En efecto, existe una asignación alternativa -que consiste en pagar cuatro pesetas cada uno- que significa un beneficio de seis pesetas para A, dos para B y una para C: todos están mejor que antes. Poseyendo toda la información es fácil determinar lo que es ineficiente. Pero supongamos ahora que la valoración de cada individuo es información privada de modo que nadie sabe la valoración del vecino. Conociendo que su declaración acerca de la valoración subjetiva del bien público puede afectar a su contribución a la financiación del mismo, el individuo C puede argüir que no le interesa el programa de radio.

---

[3] Un estado económico es eficiente (óptimo en el sentido de Pareto) si es imposible mejorar a algún individuo sin perjudicar a nadie. Por consecuencia, si una asignación de recursos es ineficiente, será posible encontrar una asignación alternativa que sea unánimemente preferida a dicha asignación. Dicho de esta forma parece difícil oponerse al criterio de unanimidad implícito en la noción de eficiencia. Piénsese, no obstante, que si tenemos cuatro manzanas a repartir entre A y B y se las damos todas a A alcanzaremos una asignación eficiente (para mejorar a B es inevitable quitar una manzana a A, lo cual le perjudica). En realidad todas las distribuciones que repartan todas las manzanas son eficientes. No todas ellas serán justas. Las distribuciones ineficientes son aquellas que no reparten todas las manzanas: siempre será posible repartir la manzana no distribuida y alcanzar una situación unánimemente preferida a la inicial.

Con todo, los individuos A y B pueden acordar, por ejemplo, pagar siete y cinco pesetas respectivamente, con lo que cubrirán el coste del programa y obtendrán beneficios de tres y una pesetas respectivamente. Pero C también puede disfrutar de la emisión del programa sin que se note, obteniendo un beneficio de cinco pesetas: ¡sale a cuenta simular una valoración inferior a la real! Si esto es cierto, todos tratarán de simular indiferencia y, si todos lo hacen, el bien público acabará por no producirse. En efecto, con la información disponible (que no es la real) la decisión óptima es no hacerlo.

3.2. El dilema del prisionero

Dos delincuentes han sido detenidos. El juez sabe con certeza que son culpables de un crimen por el que se les puede condenar a diez años de cárcel a cada uno. Pero no tiene pruebas suficientes y sin una confesión de uno de ellos lo máximo que puede imponerles es cuatro años de cárcel. Decide entonces ponerlos en celdas aisladas y ofrecerles lo siguiente: la pena que les va a corresponder dependerá del comportamiento de ambos: si los dos confiesan ocho años a cada uno (de hecho tiene pruebas suficientes para condenarles a diez). Si uno confiesa y el otro no, máxima pena para el primero y mínima para el segundo. Si ninguno de los dos confiesa no tiene más remedio que ponerles cuatro años por falta de pruebas. Las consecuencias de las estrategias respectivas de confesar, C, y no confesar, N, se representan esquemáticamente en la tabla adjunta.

		B	
		C	N
A	C	8 8	10 2
	N	2 10	4 4

Figura 1: El dilema del prisionero.

Obsérvese que en este caso, contrariamente a lo que ocurre en la decisión de un consumidor competitivo al comprar una bolsa de patatas a un precio dado, ningún individuo puede conocer exactamente las consecuencias de su acción, puesto que el resultado depende también

de lo que haga el otro. Esta interdependencia estratégica hace mucho más difícil definir qué significa conducta racional en este contexto. Afortunadamente, en este ejemplo las cosas son bastante sencillas puesto que para ambos jugadores confesar es una estrategia dominante. En efecto, si B ha decidido confesar A se encuentra con que debe escoger entre ocho años (si también confiesa) o diez años (si a pesar de todo prefiere no confesar). Está claro que preferirá confesar. Pero si B ha decidido no confesar debe escoger entre dos años (si confiesa) o cuatro años (si no confiesa). También en este caso A prefiere confesar. Por lo tanto si B confiesa como si no, la mejor respuesta de A es confesar. Si ambos confiesan, el resultado de la conducta racional individual es que pasarán ocho años en la cárcel. Pero éste es un resultado ineficiente[4]: si en vez de perseguir cada uno su propio interés hubiesen pactado no confesar hubieran conseguido salir con sólo cuatro años, situación que es unánimemente preferida. Y aunque pacten, una vez seguros de que el acuerdo se va a cumplir, la tentación de que cualquiera de ellos decida traicionar el acuerdo y reducir la pena a sólo dos años es casi irresistible.

Existen muchas situaciones económicas interesantes que tienen la misma estructura formal que el dilema del prisionero: dos empresas o países que compiten en el mercado de un mismo producto se ven forzadas por la lógica de la maximización del beneficio privado a una reducción de precios que les conduce inexorablemente a niveles de beneficios muy inferiores. Aquí no hay mano invisible que armonice la racionalidad individual y el interés colectivo. Todo lo contrario, se necesita una mano muy visible que corrija el funcionamiento espontáneo de los individuos guiados por su oportunismo.

3.3. El modelo de Hotelling

Supongamos que dos vendedores de helados venden un producto uniforme al mismo precio. En una playa de 600 metros de longitud hay un individuo en cada metro tomando alegremente el sol y dispuesto a comerse un helado. Como los dos vendedores son indistinguibles lo comprará al vendedor que le caiga más cerca. Su objetivo es minimizar la distancia. Los vendedores deben escoger dónde ubicarse en la playa. Su objetivo es conseguir el número máximo de clientes.

¿Cuál es la ubicación socialmente óptima? Afortunadamente en este caso no hay duda. Si el primer vendedor se sitúa en el metro 150

[4] Obsérvese que aquí el resultado es ineficiente desde el punto de vista de las preferencias de los dos jugadores (es decir, de los delincuentes).

(el punto A de la figura) y el segundo en el 450 (el punto B de la figura) resultará que el punto C separa a los clientes de ambos. De este modo obtendrán 300 clientes cada uno. Por otra parte ningún consumidor deberá andar más de 150 metros para conseguir un helado.

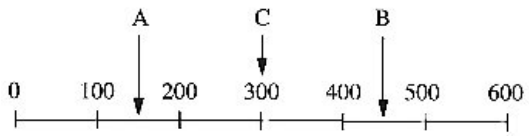


Figura 2: La playa de Hotelling.

¿Qué ocurrirá si el primer vendedor decide ubicarse en el punto 150, que es el que le corresponde en el óptimo social? Pues sencillamente que si el segundo vendedor se coloca en el punto 151 conseguirá 450 clientes (todos los que quedan a la derecha del 150). No cabe duda de que no va a renunciar a una oportunidad tan jugosa. El primer vendedor se da cuenta de que cualquiera que sea el punto que escoja, el segundo vendedor se colocará junto a él, pero decantado hacia el «lado largo» del mercado. Anticipándose a su conducta, el único modo de evitar esta apropiación es escoger una ubicación en la que no haya lado largo, a saber, el punto 300. El razonamiento del segundo vendedor será idéntico y tendremos que el resultado de las decisiones independientes de los dos vendedores guiados por sus intereses privados ha conducido a una situación absurda desde el punto de vista social en la que los vendedores están situados el uno junto al otro en el centro de la playa, siguen repartiéndose los clientes a partes iguales, pero algunos consumidores tienen que andar 300 metros para consumir su helado. Los intereses individuales han conducido a un estado social subóptimo. Si en vez de consumidores distribuidos uniformemente a lo largo de una playa pensamos en votantes distribuidos a lo largo del espectro político podemos explicar la tendencia de los partidos políticos a ubicarse en el centro.

4. Los fallos del Estado

Desgraciadamente, cuando se producen fallos del mercado la mera transferencia de la responsabilidad al gobierno no soluciona los problemas. La intervención del gobierno supone diseñar un nuevo mecanismo de asignación de recursos en el que interviene un agente adicional que, al igual que los demás, va a tener problemas de recopilación y procesamiento de información. No está claro cómo la

introducción de este nuevo agente podrá sortear los problemas que dieron luz a los fallos de mercado. Este ha sido el drama del moderno Estado de Bienestar: la decidida voluntad política de intervenir en el sistema social y las sólidas justificaciones teóricas, éticas y prácticas para hacerlo no se han visto acompañadas por un esfuerzo paralelo en articular los mecanismos económicos específicos a través de los cuales poner en práctica esta intervención.

El diseño de un mecanismo no se reduce al mero enunciado de los grandes objetivos sociales que se pretende alcanzar. Hay que indicar sobre qué información y sobre qué criterios se basan las decisiones concretas que hay que adoptar en cada situación. Al directivo de una empresa pública no basta con indicarle que debe mejorar la situación del país. Hay que indicarle si debe utilizar los precios de mercado de los factores productivos para computar los costos y si debe minimizarlos o, por el contrario, debe priorizar la utilización de ciertos factores productivos (si lo que se pretende es reducir el desempleo) aunque ello suponga incrementar los costes o incluso incurrir en pérdidas. El veredicto final sobre un mecanismo económico se basará siempre en los resultados para el entero sistema social de la interacción de los comportamientos prescritos a los distintos agentes. No basta con analizar las consecuencias a corto plazo para un solo agente. Como ya señalamos al hablar de la falacia de la composición, ocurre muy a menudo que la presencia de múltiples agentes con intereses diversos y su interacción estratégica conduce a resultados totalmente inesperados, y un cierto tipo de actuación que en principio parece plausible y deseable tiene efectos contraproducentes.

El gobierno, en tanto que agente económico, tiene una característica peculiar que le distingue de los demás agentes y le abre muchas posibilidades: está investido de poderes coactivos. Consecuentemente, la clase de mecanismos posibles se amplía considerablemente. Ello permite la consideración de una nueva clase de mecanismos que posibilitan la existencia de intercambios no voluntarios. Sin embargo, es esa misma posibilidad la que aumentará los incentivos de los individuos a ocultar las características no observables.

Como las decisiones coactivas tienen poderosos efectos redistributivos, existen mecanismos de control para proteger los derechos de los agentes privados que explican la burocratización y falta de flexibilidad que caracterizan las actuaciones de las administraciones públicas. Se trata pues de un arma de doble filo: los poderes coactivos de uno de los agentes amplían considerablemente la clase de mecanismos posibles, pero los instrumentos de control que tales poderes exigen para evitar abusos dan lugar a las graves limitaciones señaladas por Stiglitz[5]

[5] J. E. Stiglitz, *The Economic Role of the State*, Basil Blackwell, 1989.

que ponen en tela de juicio la creencia indiscriminada en el Sector Público como alternativa indiscutible al mercado.

Las actuaciones del Sector Público en el mercado de trabajo se caracterizan por la uniformidad salarial y el carácter vitalicio de los contratos. En general, tenderá a dar un peso excesivo a los criterios de equidad y uniformidad. La actividad de la administración induce a la aparición de «cazarrecompensas» -que se limitan a explotar la discrecionalidad de la administración pública no sometida a los criterios de mercado y viven de subvenciones y contratos especiales- y hace rentables actividades que consisten exclusivamente en saltarse la ley -como es el caso de los contrabandistas-. Pero las disfunciones más comunes son algo más sutiles y por ello menos obvias. Toda intervención del gobierno genera una reacción de los individuos que a menudo conduce a situaciones muy distintas a las inicialmente previstas. Veámoslo con un sencillo ejemplo numérico en el cual, en un contexto tan complejo y múltiples como el de las modernas economías de mercado, el excesivo celo redistributivo genera ineficiencias y desigualdades no queridas.

Consideremos el problema de la fijación de tarifas de un servicio público como el correo. En la tabla adjunta se indican los costes y el número de usuarios de cada servicio postal. Dado que los costes unitarios son distintos, una alternativa posible es fijar el precio de cada servicio de acuerdo con su coste. Sin embargo, ello significa que los campesinos, que son precisamente una de las clases sociales menos favorecidas, tienen que pagar precios muy altos.

	Interurbano	**Rural**	**Urbano**	**Total**
Coste unitario.....	30	50	10	
Número de usuarios.	10	10	40	60
Costes totales.....	300	500	400	1.200

Una idea bastante común consiste en usar la financiación del servicio público con propósitos redistributivos. Si se establece un precio único de 20 pesetas por servicio postal -del tipo que sea- se obtienen unos ingresos de 1.200 por los 60 servicios, lo cual cubre exactamente los costes totales de los mismos, tal como se indica en la última columna del cuadro. Se produce entonces un subsidio encubierto: los ricos habitantes de las ciudades están financiando los servicios postales de las pobres zonas rurales, pagando 20 pesetas por un servicio cuyo coste real es de 10 pesetas. Sin embargo, el afán redistributivo abre una vía de actuación al sector privado y acaba conduciendo a una situación que no tiene

ninguna justificación ética ni económica. Si una compañía de mensajeros se percata de la situación puede ofrecer servicios urbanos (que le cuestan 10 pesetas) a 15 pesetas, lo que le producirá unos beneficios de 200 pesetas, que es lo mismo que ahorrarán los usuarios urbanos. La situación del servicio público se deteriorará rápidamente: en vez de las 1.200 pesetas esperadas de ingresos obtendrá 400 pesetas e incurrirá en unos costes (los rurales más los interurbanos) de 800, lo cual significará unas pérdidas de 400 pesetas. A la larga no tendrá más remedio que cargar un precio de 40 pesetas, que es el que le permite equilibrar el presupuesto tras la pérdida de los usuarios urbanos. Ahora son los usuarios interurbanos quienes soportan el subsidio a las zonas rurales: el afán redistributivo ha desembocado en un beneficio extraordinario para una empresa privada de mensajería y en una carga excesiva sobre los pocos usuarios interurbanos.

Llegamos a una primera conclusión: como consecuencia de las inevitables reacciones estratégicas de los demás agentes, las directrices básicas que hay que dar a los agentes decisores del Sector Público deben ir mucho más allá de la mera afirmación de los grandes objetivos sociales que hay que alcanzar. Pero eso no es todo. A menudo se piensa en el gobierno como un agente único y dotado de una racionalidad propia. Sin embargo, al igual que ha sucedido con la empresa, los economistas teóricos han dejado de contemplar al gobierno como una unidad de simple decisión para visualizarlo como una forma organizativa alternativa que regula y coordina las decisiones de múltiples agentes con informaciones y objetivos diversos. Su funcionamiento interno se caracteriza por unas relaciones jerarquizadas que normalmente no están reguladas por precios. Será de interés estudiar la descentralización de las decisiones, los flujos de información, el diseño de la estructura jerárquica, y la elaboración de estructuras de remuneración que generen los incentivos apropiados para hacer coincidir en la medida de lo posible los objetivos individuales con los objetivos de la organización y garanticen el cumplimiento de los objetivos sociales. Mercado, empresa y administraciones públicas son formas alternativas de organización dirigidas a la solución del problema de la asignación de recursos. Pero el discurso actual de los economistas hoy no es tanto un debate sobre el tamaño relativo de cada una de estas formas organizativas consideradas como productos acabados, como un esfuerzo riguroso por diseñar estructuras organizativas alternativas para la empresa y la administración pública que permitan transmitir eficientemente la información, coordinar eficazmente las decisiones independientes y canalizar los intereses individuales en la dirección de los colectivos.

5. Economía y Derecho

En el modelo de Arrow-Debreu se analizan el funcionamiento y las propiedades de un mercado competitivo en el supuesto de que todos los empresarios maximizan los beneficios. Buena parte de la formación de los estudiantes de Economía consiste en enseñarles a hacer precisamente lo que allí habíamos supuesto.

Análogamente, la formación de los estudiantes de Derecho consiste básicamente en saber, dada una acción concreta de un individuo, qué debe hacer el juez para aplicar correctamente el Derecho. Se trata ante todo de conocer para aplicar. Idealmente el fallo no es más que una consecuencia lógica de las premisas, que son los fundamentos de Derecho, de un lado, y los antecedentes de hecho, de otro. La realidad, no obstante, es considerablemente más compleja y multitud de dificultades se interponen en el camino del estudioso. No hay hechos en bruto sino hechos interpretados a través de normas. Nuestro ordenamiento jurídico está plagado de lagunas, inconsistencias y ambigüedades. Todo ello hace que el trabajo de un juez incorpore decisiones y que realizar este trabajo correctamente sea algo extremadamente delicado y difícil. En ello reside la sutileza que requiere la formación del jurista.

Pues bien, al igual que en la Teoría Económica del Bienestar se supone que todo el mundo hace perfectamente lo que tanto cuesta enseñar, voy a empezar haciendo la heroica hipótesis de que el sistema normativo tiene las propiedades de plenitud y consistencia, de un lado, y que los jueces aplican correctamente el Derecho en todo caso. En un sistema de tal naturaleza a cada acción le corresponde una, y sólo una consecuencia, de modo que todo el mundo sabe a qué atenerse y la seguridad jurídica es total.

Vamos a situamos ahora en un contexto muy abstracto y vamos a describir una sociedad como un conjunto de n individuos, que toman decisiones acerca de qué hacer. Sea a_i la acción del individuo i y $a = (a_1, a_2, ..., a_n)$ la acción conjunta de todos los individuos. Un estado social es una descripción de la situación de cada uno de los individuos. Denotaremos por s_i a la situación del individuo i y por $s = (s_1, s_2, ..., s_n)$ al estado social que describe la situación de todos los individuos.

Los individuos, en el ejercicio de sus libertades eligen sus acciones, lo cual hace que se pase de un estado inicial s a otro s'. De este modo, el efecto conjunto de las acciones de los agentes determina el estado social final. Denotemos por $\Phi:(a;s) \rightarrow s'$ a la función que describe cómo el estado final s' depende del estado inicial s y de las acciones de todos los individuos.

Vamos a suponer que los individuos tienen sus preferencias, no sólo sobre los distintos estados sociales, sino que tienen en cuenta

las acciones que los han originado de modo que, dados dos pares *(a, s)* y *(a', s')*, siempre pueden decir cuál de ellos prefieren. Si prefieren el primer par al segundo escribiremos $(a, s)P_i(a', s')$, donde P_i es una relación binaria que expresa las preferencias del individuo *i*. Obsérvese que no hacemos ninguna hipótesis acerca de estas preferencias y en particular no postulamos las razones por las cuales se prefiere una acción a otra: puede ser por motivos económicos, éticos, altruistas o religiosos.

La segunda hipótesis que voy a postular es que la sociedad en su conjunto también tiene unas preferencias sobre los pares *(a, s)*. Con esto obviamos el análisis de las decisiones institucionales colectivas[6] y el problema de determinar la posible relación que tienen con las preferencias individuales. Estas «preferencias sociales además de recoger de alguna u otra forma las preferencias de las mayorías (es decir, un modo de agregar preferencias), de promover una sociedad próspera y criterios generales de eficiencia y justicia distributiva[7] deben incluir también valores fundamentales de libertad, igualdad y justicia. En particular se ponen límites al ejercicio de las libertades individuales a través de derechos individuales fundamentales.

Un sistema jurídico prohíbe cierto tipo de acciones pero los individuos pueden escoger llevarlas a cabo. Sin embargo, un sistema jurídico altera la relación que existe entre acciones y consecuencias y, de este modo, influye sobre las acciones. Si la ley prohíbe aparcar en un determinado lugar puedo hacer caso omiso y seguir aparcando pero la consecuencia es que (con una cierta probabilidad) tendré que pagar una multa.

La estructura del problema es semejante al planteamiento de los mecanismos descentralizados de asignación de recursos en el siguiente sentido. La realización de las preferencias sociales -que recogen las preferencias y respetan los derechos básicos de los individuos de la sociedad- se representa mediante la función σ que prescribiría en cada caso las acciones que hay que llevar a cabo para pasar de un estado social a otro. Pero en nuestras sociedades los mecanismos de decisión son descentralizados, por razones informacionales, pero también por razones más fundamentales: un ingrediente básico de estas preferencias colectivas consiste en el establecimiento de ciertos límites a las decisiones que puede tomar la sociedad en contra de intereses valiosos de los individuos. Como señala Caracciolo, «la protección consiste básicamente en conceder, como

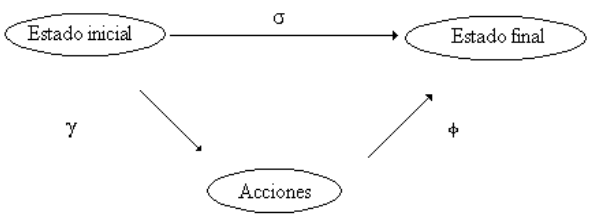
---

[6] Véase por ejemplo, R. Caracciolo, «Derecho y decisiones colectivas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 10, 1991, pp. 25-48.

[7] Soy expresamente vago en todos estos aspectos: una discusión detallada nos llevaría demasiado lejos. Baste decir aquí que éstos son aspectos que los economistas han incorporado sistemáticamente en su análisis de las preferencias sociales.

condición mínima, el control personal y exclusivo sobre determinados tipos de comportamiento». Cada individuo escoge de modo independiente su acción preferida a_i. Pero las consecuencias de su acción dependen de las acciones de los demás individuos, de un lado, y del sistema jurídico, de otro.

Dotar de contenido a un planteamiento tan abstracto es labor ciertamente complicada. Pero podemos ya plantearnos formalmente algunas cuestiones de interés. En la transición de un estado social a otro los individuos toman libremente sus acciones Controlan pues la función γ representada en la figura 2. A través del sistema jurídico, la sociedad controla la función φ que transforma acciones en consecuencias. Al tomar sus decisiones los individuos tienen en cuenta el estado inicial, sus preferencias subjetivas y las consecuencias de sus acciones (lo cual significa que tienen en cuenta el sistema jurídico).



Dadas unas preferencias sociales (es decir, un sistema de valores que prioriza alternativas teniendo en cuenta criterios económicos, de justicia, derechos individuales básicos, etc.), se plantean entonces dos grandes cuestiones:

a) En qué medida el sistema jurídico actual -representado por una función de realización φ que transforma acciones en consecuencias- induce a los individuos a actuar conforme a las preferencias sociales.

b) ¿Existe algún sistema jurídico que mejore el funcionamiento del actual, en el sentido de que conduzca a estados sociales más deseables?

El sistema jurídico se constituye fundamentalmente en un mecanismo de articulación entre la racionalidad individual y la colectiva, el modo de conseguir ciertos objetivos sociales de progreso económico y social, ejercicio de libertades y respeto a los derechos básicos del individuo. El modelo abstracto que hemos planteado nos

permite contemplar el sistema jurídico como un mecanismo para canalizar los intereses individuales en la dirección de los objetivos que la sociedad se ha marcado. Lo hemos conseguido haciendo abstracción de toda la problemática de la aplicación del Derecho.

Durante mucho tiempo se identificó el contenido de la Ciencia Económica con el estudio de un mecanismo de interacción específico: el mercado. También la Ciencia Jurídica -por lo menos en la Europea continental- se ha limitado hasta fechas muy recientes al análisis de la aplicación del Derecho, es decir, al estudio del funcionamiento de un mecanismo específico: el ordenamiento jurídico vigente.

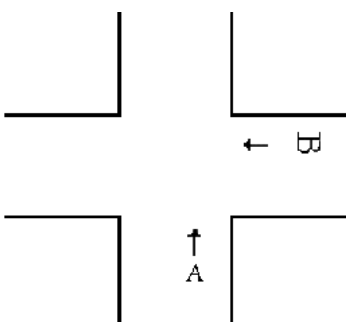
En fechas recientes este servilismo respecto de un mecanismo específico ha sido abandonado en favor de un planteamiento más general en el que el mercado no es más que uno de los múltiples mecanismos de articulación entre la racionalidad individual y la colectiva. En el campo del Derecho y en nuestro país, trabajos como los de Atienza y Calsamiglia[8] apuntan ya a la necesidad de una consideración instrumental de la legislación como mecanismo para alcanzar ciertos objetivos colectivos. El planteamiento aquí propuesto pretende enfatizar que la discusión necesaria sobre las preferencias sociales, su origen, su posible dependencia de las preferencias subjetivas de los individuos, su dependencia de criterios morales o religiosos debe separarse, para los propósitos del análisis teórico, de una actividad que los juristas deben reivindicar que consiste en la articulación de mecanismos jurídicos coherentes que consigan los objetivos definidos por esas prioridades sociales. Se puede admitir que la «intención del legislador» u objetivos últimos del sistema normativo puedan tener orígenes externos al Derecho, sea un parlamento o unos principios éticos. Pero debe competer a los juristas decidir cómo legislar, es decir, cómo traducir estas intenciones en normas que induzcan sobre individuos libres comportamientos compatibles con las preferencias sociales. Y como ha sucedido en Economía, lo más probable es que no tarden en destilar de estos análisis resultados que confirmen en teoría la presencia permanente de teoremas de imposibilidad y paradojas que ponen en evidencia que la falacia de la composición es una constante en todas las ciencias sociales. Para legislar no basta con una mera declaración de intenciones. El diseño de un mecanismo jurídico es algo más complejo.

Un ejemplo más puede ayudar a aclarar conceptos. Consideremos una situación como la descrita en la figura: dos vehículos, A y B, se mueven en las direcciones indicadas. Si ambos siguen a la misma

[8] M. Atienza, *Razón práctica y legislación*, Actas del Congreso de la IVR, Gottingen 1991, y A. Calsamiglia, «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?, *Doxa*, vol. 13, 1993.

velocidad se producirá una colisión. Cada uno de los conductores tiene dos acciones posibles: parar o avanzar. De la acción de uno solo de los agentes no podemos inferir las consecuencias: el resultado final es consecuencia de la interacción de las dos decisiones. Detenerse le supone a A una molestia equivalente a 2.000 pesetas en cualquier caso. Pero avanzar le supone una pérdida de 100.000 pesetas si B decide hacer lo mismo (hay colisión) y ninguna pérdida en caso de que B decida detenerse. La situación de B es parecida: le supone una molestia equivalente a 1.000 pesetas detenerse. Pero avanzar le supone una pérdida de 100.000 pesetas si A decide hacer lo mismo y ninguna pérdida en caso de que A decida detenerse. En la figura 3 representamos la situación de los dos vehículos, y un cuadro esquemático que recibe el nombre de matriz de pagos: cada casilla representa las implicaciones para cada uno de los jugadores de un par de estrategias. Al decidir su acción A escoge la fila relevante y B escoge la columna. Se llama *equilibrio de Nash* (o solución del juego) a todo par de estrategias en las que cada agente está escogiendo su mejor acción *dada la acción del otro*. Pues bien, resulta que en este juego hay dos situaciones de equilibrio que son que uno de los dos se detenga y que el otro avance. El hecho de que existan dos equilibrios implica la necesidad de coordinarse para saber quién pasa primero. Y las indecisiones se pagan con accidentes.

Una solución posible consiste en diseñar un mecanismo de mercado y subastar el derecho de paso. En este caso la puja entre los dos conductores subiría hasta 1.000 pesetas, punto a partir del cual el conductor B se retiraría. A tendría el derecho de paso (por menos cantidad de la que estaría dispuesto a pagar) y las 1.000 pesetas recaudadas podrían utilizarse para compensar a B por su espera. No sólo hemos coordinado las decisiones de los agentes, sino que incluso hemos puesto en marcha mecanismos redistributivos para compensar por las pérdidas a uno de los individuos.



		B	
		Parar	Avanzar
A	Parar	-2 / -1	-2 / 0
	Avanzar	0 / -1	-100 / -100

Figura 3

Los costes de poner en práctica este mecanismo en cada cruce de carretera es tan inmenso que, en general, se ha recurrido a otros tipos de mecanismos de coordinación. La preferencia social en este caso es evidentemente evitar accidentes (en caso de que los conductores no se pongan de acuerdo y decidan avanzar simultáneamente) o paradas innecesarias (lo que puede ocurrir si suponiendo que el otro no va a detenerse ambos deciden parar). En efecto, ambas situaciones son ineficientes (en el sentido de Pareto, es decir, son dominadas por otras situaciones que son unánimemente preferidas).

Un mecanismo alternativo al mercado sería proponer una norma general y abstracta del tipo «tienen preferencia de paso los vehículos que vienen por la derecha». Supongamos que la sanción impuesta al que no cumpla la norma es de 10.000 pesetas. Ahora el conductor B tiene derecho de paso y A la obligación de detenerse. Pero siempre existe la posibilidad de que A decida no cumplir la ley. Una ley bien diseñada hará que esté en el interés de A cumplir la norma. Observemos, en primer lugar, que lo que en el esquema formal anterior llamamos la función φ viene representado en nuestro ejemplo por la matriz de pagos que indica las consecuencias para cada agente de cada par de acciones. Tenemos también en este ejemplo unas preferencias sociales que indican que hay que evitar las casillas superior izquierda e inferior derecha -que son ineficientes- y escoger una de las dos restantes (que son óptimos de Pareto). El diseño de un sistema normativo es algo más complicado que la mera declaración de intenciones del tipo «se prohíbe tener accidentes». La norma establece una prioridad de paso arbitraria (de hecho totalmente insensible a consideraciones económicas que aconsejaban dar prioridad al conductor A que en algún sentido «tenía más prisa») y una sanción en el caso de infracción. En realidad lo que ocurre es que la norma *modifica la matriz de pagos* con la que se enfrentan los dos conductores, es decir, modifica la función φ que asocia acciones y consecuencias. La nueva matriz de pagos será:

		B	
		Parar	Avanzar
A	Parar	-2 / -1	-2 / 0
	Avanzar	-10 / -1	-110 / -100

Figura 4

Lo único que ha cambiado de un caso a otro es que si A decide hacer caso omiso de la norma deberá pagar una multa de 10.000 pesetas (por lo que en caso de que B también decida avanzar su pérdida será de 110.000 pesetas). ¿Cuál es la solución de este juego? El conductor B razona del modo siguiente: si A se detiene yo perderé 1.000 pesetas si también me detengo y no perderá nada si sigo avanzando. Por tanto, si A se detiene lo que me conviene es avanzar. En cambio, si A no se detiene perderé 1.000 pesetas si me detengo y perderé 100.000 pesetas si decido avanzar. Por tanto, lo que me conviene hacer si A no se detiene es parar. En otras palabras, lo que le conviene hacer es lo contrario de lo que haga A. Está en la misma situación de perplejidad que antes.

El razonamiento de A es distinto. Si B es prudente y decide parar aunque no se lo exija la ley -piensa- perderé 2.000 pesetas si paro o 10.000 pesetas si no paro (que es el importe de la multa). Entre perder 2 ó 10 prefiero perder 2: en caso de que B decida parar lo que me conviene es parar. Si B, haciendo uso de su prioridad de paso decide no detenerse entonces perderé 2.000 pesetas si me detengo y 110.000 pesetas si no me detengo. Resulta pues que para A detenerse es ahora una estrategia dominante: *haga lo que haga B lo que te interesa es detenerse.* Por tanto A se detendrá y en este caso lo que le conviene a B es no parar. El juego tiene ahora una solución única y Pareto óptima.

Lo importante de este ejemplo es poner de manifiesto el modo indirecto en que la norma incide en el comportamiento de los agentes. Muchos aspectos adicionales deberán tenerse en cuenta a la hora del diseño legislativo entendido como la mera articulación entre los intereses privados y los colectivos. Toda norma se inserta en un sistema jurídico y no es obvio cómo diseñar los mecanismos respetando ciertas condiciones de consistencia, plenitud y economía.

La legalización de la droga constituye un buen ejemplo. Muchos reducen la discusión al terreno de la moral o de los derechos. Lo que hemos tratado de decir aquí es que incluso si se admite que el consumo de drogas es algo no deseable socialmente y que debe evitarse (es decir, si estamos de acuerdo en los objetivos sociales), muchos argumentan que la prohibición de la droga genera muchas más acciones delictivas y mucho más consumo de droga y que su legalización contribuiría a reducir su indeseable consumo: la prohibición genera un mercado de tráfico de drogas tan rentable que los efectos finales son peores. No sostengo que el argumento sea correcto o no, pero sí defiendo que un correcto diseño legislativo no puede dejar estas cuestiones sin responder.

6. Conclusiones

La Economía y el Derecho son ciencias sociales que pueden tener en común mucho más de lo que tienen. En el presente trabajo me he esforzado en dar una visión algo distinta de la habitual de cómo estas disciplinas pueden influirse.

En primer lugar, la relación entre ambas disciplinas debe ir bastante más allá de la mera reducción de los fenómenos a dinero. Es cierto que buena parte de la Economía utiliza los precios y las correspondientes valoraciones monetarias como criterio último de valoración social. Algo tan cualitativo, diverso y difícilmente cuantificable como las preferencias individuales (que en principio pueden atender a consideraciones de tipo ético, religioso, altruista, además de las puramente económicas) se reducen a números fácilmente comparables. Que dichas comparaciones cuantitativas correspondan a algún criterio de deseabilidad social bien definido es precisamente lo que establece el teorema de la Mano Invisible. Pero, como hemos insistido, este teorema tiene un ámbito de aplicación limitado debido a los fallos del mercado, de un lado y al hecho de que la eficiencia paretiana es un criterio de deseabilidad social muy poco satisfactorio por ser totalmente insensible a cualquier definición aceptable de justicia o equidad, de otro. El tipo de interacción entre la Economía y el Derecho que postulamos tiene un carácter mucho más metodológico.

Como es típico en los modos de abstracción de los economistas he recurrido a hipótesis. En particular, he supuesto que los grandes objetivos sociales y su legitimación eran dados -dejando de lado toda la problemática de la Elección Social- y que el Derecho es algo dado y ya construido -dejando de lado también todas las aportaciones de autores como Dworkin y Calabresi-. Naturalmente, eso no son más que hipótesis de trabajo que me permiten diseccionar el objeto de estudio para analizarlo[9]. Esta reducción del universo de discurso me ha permitido plantear el *Derecho como un mecanismo de coordinación, como un instrumento de articulación entre la racionalidad individual y la colectiva*.

El paralelismo con el enfoque de la moderna Teoría Económica del Bienestar es evidente. En ambos casos se trata de un planteamiento fundamentalmente prescriptivo en el cual los mismos mecanismos de coordinación económica o jurídica se constituyen en objetos de elección. Esta elección se realiza en términos de la medida en

[9] Consciente, claro está, de que la disección -al separar brutalmente cosas que van indisolublemente unidas- acaba muchas veces con la vida del ser estudiado. Pero no por ello deja de ser un procedimiento imprescindible para el análisis.

que mecanismos alternativos permiten alcanzar ciertos objetivos sociales. Aparecen entonces dos campos de análisis.

El primero se centra, como ha ocurrido en Economía, en el sentido que pueda tener la racionalidad colectiva y de qué consideraciones depende la formación de preferencias colectivas que son las que definen la intención del legislador. Estaríamos hablando de la racionalidad ética del Derecho.

El segundo, al que hemos dedicado aquí nuestra atención de modo preferente en este trabajo, tiene que ver con lo que Bobbio[10] llama racionalidad fuerte o adecuación de medios a fines en la creación de legislación, por contraposición a una razón débil que se limita a aplicar a casos concretos las reglas establecidas. Tomando las preferencias sociales como un dato, se trata de diseñar los mecanismos jurídicos que induzcan a los individuos a comportarse de forma que se alcancen los fines especificados en las preferencias sociales.

Ni en Economía ni en Derecho nos limitamos ya a contemplar el mundo como la plasmación de unos valores y de una lógica que se revelan y se imponen a la mente humana de la misma manera que se creía que lo hacían las leyes de la naturaleza. Por el contrario, nuestras sociedades son el resultado de decisiones acerca de los mecanismos de interacción, de las instituciones y de los sistemas jurídicos, cuyo diseño y mejora permanente debe ser siempre el objetivo último de economistas y juristas.

El éxito de la gran labor de ingeniería social que nos toca a los economistas y a los juristas de hoy para diseñar nuestra sociedad no depende sólo del ardor con el que defendamos los grandes ideales sociales, sino también del empeño y el rigor con el que nos apliquemos a identificar y sortear todas las dificultades de tipo informacional y motivacional que se interponen en el funcionamiento de nuestras instituciones.

[10] N. Bobbio, «La razón en el Derecho», *Doxa*, vol. 2, 1985.

LÍMITES ECONÓMICO-POLÍTICOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

1. Presentación

Esta ponencia trata de eludir la confrontación entre dos teorías normativas: por un lado, el utilitarismo clásico, interpretado a menudo como legitimador de una amplia intervención social de un estado benefactor, al menos si éste es democrático, en favor del interés público; por otro lado, la doctrina de los derechos humanos, usada con frecuencia para tratar de imponer límites morales a la intervención estatal, en favor de la libertad.

Se pretende, por el contrario, recapitular una serie de análisis económico-políticos y actualizar su contrastación sobre el crecimiento de la intervención estatal de la sociedad, sus efectos, sus eventuales límites y los posibles remedios. Partiendo del pensamiento económico y politológico de esta segunda mitad del siglo, el material aquí presentado se remite más bien a un enfoque individualista metodológico (de lejana y vaga raíz utilitaria). Sin embargo, las conclusiones no se identifican con la prescripción intervencionista que a ésta se suele achacar. Más bien se trata de suscitar la reflexión y el debate sobre las implicaciones normativas de tales teorías analíticas.

Así, el material aportado pretende sugerir elementos de respuesta a preguntas como éstas:

-¿Es la expansión de la actividad del estado inevitable o inexorable?
-¿Tiene algún limite histórico, natural o técnico?
-¿Favorece o perjudica el crecimiento económico?
-¿Está vinculado de algún modo a la igualdad?
-¿Comporta una expansión de la democracia o su reducción?

El tratamiento es más bien divulgativo y de síntesis, completamente informal, con el único ánimo de suscitar el interés por el tema y el diálogo interdisciplinario.

2. Los hechos

El volumen de la intervención del estado y la variedad de ámbitos de la vida económica y social en los que se hace presente han aumentado espectacularmente en los últimos decenios. Hay varias unidades de medida que pueden dar cuenta de este aumento.

La primera, circunscrita a un ámbito de intervención máxima, es la producción económica realizada por las empresas de propiedad estatal. Un ejemplo típico de esta intervención, que ha afectado a todos los países desarrollados, fue el impulso nacionalizador dado por los gobiernos laboristas en Gran Bretaña desde 1945; mediante la apropiación estatal de empresas productoras de bienes privados, como la electricidad, el gas, el carbón, el acero y el transporte, ampliada más tarde a campos como la aeronáutica y la construcción naval, en 1977, es decir, en vigilias de la victoria electoral del programa privatizador de Margaret Thatcher, este conjunto de empresas producía el 13 por 100 del PIB. En otro caso, el de Francia, el acceso al poder de la Unión de la Izquierda en 1981, con un programa nacionalizador, llevó esta producción al 17 por 100 del PIB.

Otra unidad de medida, complementaria de la anterior, puede dar cuenta de aquel tipo de intervención estatal que no absorbe o sustituye totalmente a la iniciativa privada, sino que la limita o coarta mediante regulaciones. La expansión estatal de este tipo que más se ha desarrollado en los últimos decenios incluye al menos dos áreas. Una se refiere a las regulaciones de las actividades económicas, incluidos la concesión de permisos de entrada o creación de nuevas empresas y los controles sobre los precios, productos, servicios ofrecidos, beneficios y mercados a los que sirven las empresas privadas. La otra área son las regulaciones sociales, desarrolladas más recientemente, con objeto de proteger al consumidor, el medio ambiente, los depósitos de los ahorradores y la seguridad en el trabajo o promover una acción afirmativa en favor de las minorías. Hay que tener en cuenta que, en algunos casos, estas regulaciones sociales tienden a eliminar algunas regulaciones económicas y restablecer las condiciones de la competencia de mercado (como, por ejemplo, cuando se trata de defender los derechos del consumidor).

Sin embargo, todas las regulaciones son comparables con otras formas de intervención: así, una licencia discriminatoria para el

ejercicio de una profesión o la realización de un negocio es equiparable a un subsidio, mientras que la limitación de uso de un terreno, por ejemplo, equivale a un impuesto, cuyos montos serán cargados probablemente en el precio de los productos de las empresas reguladas y, por tanto, podrían también ser medidos en unidades monetarias. También puede conseguirse una aproximación a la medida de su crecimiento de otras dos maneras. Una es la contribución de las empresas reguladas a la producción total: según datos de los Estados Unidos, las empresas privadas reguladas, que producían un 8 por 100 del PIB en 1965, habían alcanzado un 26 por 100 en 1978, en vísperas de la etapa de gobierno desregulador de Ronald Reagan. La otra es la producción legislativa: así, el Registro Federal norteamericano (que no incluye las regulaciones de los estados) había pasado de tener 2.600 páginas dedicadas a regulaciones en 1936 a tener 424.000 páginas en 1970 y 742.000 en 1977.

Una tercera estimación de la actividad estatal puede alcanzarse mediante el número de empleados del estado. La media de los veintiún países capitalistas más desarrollados se sitúa en una proporción de empleados estatales con respecto a la población activa total de alrededor de un 20 por 100 (aunque en algunos países escandinavos ha superado el 30 por 100). En España, en los últimos diez años la proporción se ha acercado a esa media, ya que el número de funcionarios ha pasado de 1,3 millones a 2,1 millones, lo cual significa un aumento del 62 por 100 (mientras que el número de altos cargos casi se ha multiplicado por ocho, pasando de 835 a 6.406).

Por último, la intervención estatal puede ser mesurada en términos monetarios, comparando, por ejemplo, la proporción del gasto público con el producto interior bruto (PIB). Con datos referidos a los países capitalistas más desarrollados, se observa que esta proporción se había mantenido estable dentro de cada país desde mediados del siglo XIX (es decir, desde que hay datos) hasta principios del siglo XX. El crecimiento del gasto público empezó a ser más rápido que el PIB desde 1900, y particularmente desde la Primera guerra mundial, y se aceleró en la segunda mitad del siglo hasta los años ochenta. Como media, la proporción del gasto público sobre el PIB en la Comunidad Europea (9 países) pasó de un 32,3 por 100 en 1960 a un 48,7 por 100 en 1987 (aunque en países como Suecia ha rebasado ampliamente el 60 por 100). En España, en 1960 el gasto público se situaba en un 19,8 por 100 del PIB, en 1975 en un 25 por 100 y en 1990 en un 42,8 por 100.

Una matización a las medidas anteriores subraya que los términos monetarios de la intervención estatal tienden a sobrevalorarla, ya que ésta es relativamente menor si se mide en unidades físicas de

producto (horas, kilogramos, metros cuadrados, kilómetros...). Esta desviación procedería de la concentración de la actividad productiva estatal en ciertos sectores que tienen una función de producción trabajo-intensiva, es decir, con altos costes salariales que aumentan más que proporcionalmente con el crecimiento de la renta de la población y más dificultades para incrementar la productividad. Sin embargo, no puede olvidarse que las transferencias monetarias no productivas, que es el tipo de gasto público que más ha aumentado en los últimos decenios, no tienen la característica señalada, de modo que las anteriores unidades de medida deberían ser contempladas como mutuamente complementarias.

(Fuentes de datos: Papeles de Economía Española, 37, 1988; y 38, 1989; International Monetary Fund, 1991; Lane-McKay-Newton, 1991).

3. Las interpretaciones

Hay una multiplicidad de interpretaciones teóricas sobre las causas y los factores explicativos del vertiginoso crecimiento que, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, ha tenido la intervención estatal.

Un primer tipo de explicación, hoy poco aceptado, presta especial atención a hechos históricos singulares, como por ejemplo una guerra. Tras ella, los políticos y funcionarios serían capaces de consolidar la concentración de poder y el volumen ampliado de la burocracia aunque hubiera desaparecido el hecho que los había originado (Peacock-Wiseman, 1961). Esta interpretación parece más o menos verosímil si se observan aisladamente los datos de algunos países en los que se disparó la producción estatal y el gasto público durante la Primera y la Segunda guerras mundiales, como Gran Bretaña y los Estados Unidos. Sin embargo, comparando su crecimiento con el de un conjunto más amplio de países, no se encuentra una clara correlación entre el crecimiento de la intervención estatal y su implicación en la Segunda guerra mundial o su neutralidad; incluso, afinando las mediciones, parece haber habido menos crecimiento entre los países que participaron en la guerra que en aquellos que restaron al margen de la misma.

Dos son, de hecho, los principales enfoques actualmente vigentes en la teoría económica para dar cuenta del crecimiento del gasto público. Uno sitúa el origen de su expansión en la demanda de bienes y servicios públicos, y el otro busca la explicación básica en la oferta, es decir, en las motivaciones e intereses de los propios gobernantes.

La demanda de intervención estatal

El primer enfoque se basa en gran parte en las teorías de los fallos del mercado para satisfacer de un modo eficiente la demanda de ciertos bienes. Según estas teorías, habría al menos cuatro tipos de actividad en los que la iniciativa privada no podría responder satisfactoriamente a la voluntad de los consumidores potenciales.

El primero es el llamado «monopolio natural». Éste existiría en aquellas actividades en que los costes medios disminuyen a medida que aumenta la producción, es decir, en las que se requiere una alta inversión inicial, y al mismo tiempo existe una demanda limitada. Como consecuencia de ello, en estos sectores (entre los cuales el ejemplo clásico son los ferrocarriles) no caben varias empresas que presentan la misma oferta y son los poderes públicos los que deben encargarse de organizar el suministro. Vale la pena señalar, sin embargo, que en rigor la condición monopólica no puede ser considerada «natural», sino más bien técnica, ya que la forma de la curva de costes puede cambiar con la innovación tecnológica y el tamaño del mercado de un bien puede crecer con un cambio de la renta o de los gustos del público.

El segundo tipo de actividad en el que se suele racionalizar la intervención estatal es aquella que está orientada a la producción de bienes públicos. Quizá sea conveniente aclarar que no se entiende por tales aquellos que son producidos por las empresas públicas (evidentemente, esto implicaría una tautología en la frase anterior), De hecho, unos mismos bienes son producidos alternativamente por la iniciativa privada y por el estado en países de muy parecidos niveles de renta y características culturales (por ejemplo, la electricidad, los viajes aéreos, las bibliotecas, los programas de televisión y un largo etcétera). Se entiende por bienes públicos aquellos que son ofrecidos conjuntamente a los consumidores y que no permiten la discriminación entre éstos, a diferencia de lo que sucede con los bienes privados a través de los precios. Se cuentan entre ellos desde la defensa nacional y la justicia hasta los parques públicos y los programas de televisión no codificados, los acuerdos de los convenios colectivos para fijar salarios y condiciones de trabajo, las carreteras sin peaje y las medidas anticontaminantes, mientras que son bienes privados aquellos que se ofrecen de un modo personalizado y discriminante a los consumidores, como la enseñanza, la atención sanitaria y el suministro de agua corriente.

Dada la posibilidad de que cada individuo acceda al consumo de bienes públicos aun sin haber contribuido a su provisión (mediante la milicia, los impuestos o la acción colectiva), no existe ninguna garantía de que en una sociedad de individuos libres tal contribución

se lleve efectivamente a cabo. Por ello es posible que, aun en un colectivo cuyos miembros estén sincera e intensamente interesados en el disfrute de esos bienes, predominen los comportamientos de *free-rider* o gorrón y no se provea la oferta deseada en ausencia de coerción (Olson, 1971).

Un tercer tipo de actividad en la que, a priori, es posible esperar una aceptación social de la intervención estatal es aquel que produce efectos externos (o externalidades) negativos. Entre los ejemplos típicos se hallan la fábrica contaminadora, cuyos humos producen molestias y costes sanitarios a la población circundante, y la línea de ferrocarril, cuyos destellos dañan las cosechas vecinas al trazado. La teoría económica de los derechos de propiedad ha puesto de manifiesto que estos costes sociales también pueden ser sufragados como consecuencia de un acuerdo obtenido por negociación libre entre las partes. De este modo, por ejemplo en la primera situación, o bien se acordaría instalar un filtro en la chimenea pagado por los vecinos, si su precio fuera inferior al de las molestias y la asistencia sanitaria para curar las enfermedades provocadas por el humo, o bien la empresa contaminante indemnizaría a los vecinos si el precio de instalar el filtro fuera mayor. Sin embargo, cualquiera de estos acuerdos requeriría unos altos costes de transacción entre las partes -para negociar, llegar a un pacto y vigilar su efectivo cumplimiento-, por lo que cabría que éstas aceptaran una regulación coercitiva de la emanación de gases si los costes de organización de la misma fueran menores que aquellos costes de transacción (Coase, 1988).

El argumento se completa con la tesis que el nivel de todas estas demandas de intervención estatal es una función positiva del nivel de renta per cápita y de su distribución igualitaria (mientras que el precio relativo de una unidad de servicios públicos y el tamaño de la población influirían en sentido inverso). Esto podría explicar su tendencia a la expansión (el argumento procede de la ley de Wagner 1877, en Musgrave-Peacock, 1958).

En resumen, las teorías de los fallos del mercado proporcionan una racionalidad a ciertas formas de intervención estatal y al consiguiente aumento del gasto público, es decir, les dan una justificación en aras del interés común de la sociedad. Sin embargo, de la racionalidad de tales intervenciones y del hecho de que el estado efectivamente intervenga en la vida económica y social, no se deriva necesariamente que las intervenciones realmente existentes se basen en un deseo de proteger el interés público. De hecho, hay evidencia de muchas intervenciones estatales perniciosas para el crecimiento económico y la eficiencia productiva, que seguramente pueden ser mejor explicadas desde el enfoque de la oferta.

Además, la demanda resulta sobredimensionada o potenciada cuando la decisión se toma por una vía electoral.

Democracia y redistribución

Si la decisión sobre la intervención estatal se toma mediante elecciones de los ciudadanos entre programas de partidos que proponen diversas alternativas, es de prever que el nivel de intervención que se alcance esté muy próximo al deseado por el sector decisivo del electorado. Dadas unas ciertas condiciones del sistema político que sería excesivamente prolijo exponer aquí, la teoría supone que, en la mayor parte de los casos, este electorado decisivo será el situado en torno a la mediana de la distribución de preferencias de los electores (genéricamente, un electorado más o menos «centrista» hacia cuyas posiciones tenderán a converger los principales partidos con expectativas de ganar).

Sin embargo, esta posición mediana en el espacio político-ideológico no necesariamente se corresponde con una posición mediana en la distribución de la renta. En general, parece que la desigualdad económica implica que sea mayor el número de ciudadanos con un nivel de renta inferior a la media, de modo que cabe considerar que el votante mediano es más pobre que la media y, por tanto, tenderá a demandar un nivel más alto de intervención estatal, en beneficio propio, que el que sería de esperar por el nivel general de renta per cápita de la sociedad.

Esta tendencia a demandar un nivel alto de intervenciones estatales, con intención redistributiva, crea, además, una dinámica expansiva. La propia disminución de las desigualdades producida por la intervención estatal da, como consecuencia, la elevación del nivel de renta del votante mediano, lo cual genera mayor demanda de intervención. Imaginemos, por ejemplo, una medida como los impuestos progresivos. Éstos aumentan la cuota de impuestos pagada por el votante más rico y reducen la cuota de impuestos pagada por el votante mediano, con lo que aumentan la renta de éste. Dado que la elasticidad de la demanda de intervención estatal con respecto a la renta suele ser superior que la elasticidad de la demanda de intervención estatal con respecto a la cuota de impuestos, el votante mediano aumentará la demanda en una medida superior que la disminución de demanda del votante más rico. Globalmente, una medida redistributiva como ésta hará aumentar, pues, la demanda de intervención estatal y el gasto público.

Por otra parte, la disminución de las desigualdades implica una mayor difusión de la instrucción y la información, la cual favorece

una percepción más clara de los propios intereses por esos sectores relativamente menos favorecidos y una mayor capacidad de los mismos de expresar sus deseos en la esfera política, bien sea mediante la acción de los grupos de presión, bien mediante una mayor racionalidad de su decisión de voto.

Desde este punto de vista, el crecimiento del gasto público puede ser contemplado como un resultado del crecimiento de los grupos que comparten unos mismos intereses y los pueden identificar y articular. Más concretamente, la expansión de las clases medias (y la nivelación consiguiente de las diferencias de renta entre una amplia parte de la población), así como su percepción de los beneficios de la redistribución, habrían sido una importante fuente de apoyo político a la expansión de la intervención estatal (Downs, 1957; Peltzman, 1980; Meltzer-Richard, 1981; Colomer 1992).

Esta interpretación podría explicar, entre otros muchos hechos recientes, que el gasto público haya crecido más rápidamente en los países desarrollados que en los países subdesarrollados; que, entre los países desarrollados, haya crecido más rápidamente en aquellos en los que han gobernado partidos con políticas más redistributivas, como Suecia, que en los de características contrarias, como los Estados Unidos; que, entre los países subdesarrollados, haya crecido más en aquellos en los que ha habido democracia y niveles educativos más altos que en otros con parecidos niveles de renta; y que en países con pasado autoritario reciente, como Japón o la misma España, haya crecido mucho más con democracia que sin ella.

La oferta estatal

El otro enfoque teórico interpreta algunas de las correlaciones anteriormente mencionadas con un signo inverso de causalidad. Según éste, no se trataría tanto de que la demanda empuje la intervención estatal y luego ésta tenga efectos no intencionados más o menos perversos, como de que los gobernantes -básicamente, los políticos profesionales y los altos funcionarios- la haga crecer en su propio beneficio, aun en detrimento de los intereses más comunes de la sociedad.

Este enfoque requiere adoptar como punto de partida unos supuestos de motivaciones autointeresadas, no sólo de los ciudadanos, los votantes y los grupos de presión -como se hace implícitamente en el enfoque anterior-, sino también de los gobernantes. Es decir, supone admitir que las motivaciones básicas de los seres humanos no se dividen en dos grupos, según si gozan o están privados de los placeres del poder estatal, sino que son fundamentalmente las

mismas, es decir, deseos de riqueza, prestigio, poder y estatuto, con unos u otros énfasis según cuál sea su campo específico de actividad.

No hay duda de que, desde este punto de vista, la motivación básica de los políticos profesionales debe de ser la conquista, el mantenimiento y la ampliación del poder político a su disposición, aun en el caso de que éste sea concebido como un simple instrumento al servicio de otros objetivos (como, por ejemplo, la realización de unos ideales éticos). Entendiendo que poder significa tener la capacidad de provocar acciones ajenas que no se producirían de otro modo, es importante comprender que la disposición de votos, recursos humanos, capacidad legislativa, aparato administrativo y fondos financieros, está en la constitución misma del poder. Así, y aun siendo una definición parcial, cabría aceptar, por ejemplo, la veracidad incluida en la máxima según la cual «mandar es gastar».

Obsérvese que, en algunas de las medidas de la intervención estatal proporcionadas al principio de esta comunicación, hemos subrayado su crecimiento relativo (producción y gasto público sobre el PIB, funcionarios sobre la población activa), pero, dado que las variables de referencia (PIB, población activa) también han crecido de un modo continuado a lo largo del siglo, de hecho la dimensión de los recursos a disposición de los gobernantes han crecido aún más de lo que los datos relativos indican. Concretamente, cabe estimar que los recursos financieros a disposición de los gobernantes del estado español en 1992 deben de haberse al menos triplicado en relación con los de 1976.

El otro hecho relevante en este enfoque es la reproducción en la esfera estatal de la separación entre propiedad y control, característica de la gran empresa privada moderna. Así como existe un vínculo electoral entre los ciudadanos y los políticos electos (e indirectamente los cargos de elección indirecta o designación digital por éstos), no se da ninguna forma de control comparable con respecto a los funcionarios que llevan a cabo las decisiones públicas y administran los recursos correspondientes. La asimetría entre político y burócrata es muy notable, ya que, si bien del primero depende la distribución del presupuesto entre las diversas áreas de la administración, el segundo goza de una posición monopólica en la provisión de los recursos administrativos, en la asignación de capital y trabajo para la producción de los bienes o la prestación de los servicios demandados e incluso en la disponibilidad de información sobre esta asignación.

Se establece así una interrelación a través de la cual cada sector de la burocracia extrae presupuesto de los políticos para sus oficinas, departamentos y agencias y los políticos consiguen la prestación de los bienes y servicios demandados por el público, rentables electoralmente, pero a menudo muy ineficientes en comparación con el

óptimo que se alcanzaría en una situación de competencia perfecta. Si los políticos y los burócratas persiguen sus propios intereses, la asimetría mencionada facilita la expansión del gasto y del personal funcionario (Niskanen, 1971; Orzechorski, 1977).

¿Tiene un límite la expansión estatal?

De algunos de los análisis anteriormente presentados cabría inferir la expectativa de que la intervención estatal tienda a expandirse sólo hasta un cierto nivel, del que incluso podría sospecharse que en algunos países más desarrollados ya se habría alcanzado.

Por un lado, algunos autores han argumentado que el aumento de la renta produce un aumento menos que proporcional del gasto público, de modo que habría un límite al antes mencionado crecimiento relativo (aunque no al crecimiento absoluto, como acabamos de decir) del gasto público con respecto a la renta.

Por otro lado, está establecido que la igualación de las rentas hace aumentar la demanda de intervención estatal, pero, según otros analistas, a partir de un cierto nivel de igualdad este aumento de la demanda desaparecería. En las sociedades más desarrolladas, al haberse nivelado relativamente las rentas y haber disminuido las posibilidades de aumentar la educación de la población (precisamente porque la escolarización se ha universalizado hasta hacer a todos suficientemente capaces de darse cuenta de cuáles son sus intereses), la presión para que continúe la expansión del gasto público disminuiría. Así, cabría prever un mayor crecimiento de la intervención estatal en los países subdesarrollados que en los desarrollados (excepto en países como el Japón, donde la reducción de desigualdades es reciente, y siempre dependiendo del volumen que alcancen las oleadas migratorias hacia los países desarrollados de sectores de población en situación de pobreza y sin escolarizar).

Otra línea de razonamiento llama la atención sobre el carácter moderador del gasto público que tiene la descentralización de los estados. El argumento parte de la tesis de que, si hay centralización, no hay competencia entre sectores de la administración y la burocracia tiene por ello más capacidad de conseguir la expansión del presupuesto, mientras que, por el contrario, la descentralización mejoraría la eficiencia y, por tanto, reduciría el tamaño de la intervención estatal.

De este modo, con el crecimiento de la renta aparecerían dos tendencias contradictorias. Por una parte, la tendencia ya mencionada a que un aumento de la renta provoque un aumento general de la demanda y del gasto público. Por otra parte, la tendencia a que un aumento de la renta provoque un aumento mayor de la demanda de

servicios de tipo personal, más propios de las administraciones subcentrales, de modo que induzca una mayor descentralización financiera y, a través de ella, una mayor eficiencia y una disminución del gasto público total (Castells, 1991).

Sin embargo, no hay una evidencia empírica concluyente de esta relación. En los Estados Unidos, por ejemplo, la centralización (medida por la proporción de gasto federal sobre gasto público total) ha aumentado desde 1900, pero una gran parte de este aumento se produjo antes de la Primera guerra mundial, es decir, antes del inicio del crecimiento continuado del gasto público. En la segunda postguerra, en cambio, ha aumentado ligeramente la descentralización mientras el gasto público se disparaba. En la España de los años ochenta, sin ir más lejos, es evidente que han aumentado visiblemente la descentralización y el gasto público a la vez.

Con respecto a las teorías de la oferta, y en particular sobre el papel motor de la expansión del gasto público que desempeña la burocracia, cabe señalar dos factores que limitan esta expansión. Una es la intolerancia del político al déficit financiero de la agencia o departamento administrativo bajo su jurisdicción. De acuerdo con ello, la expansión ineficiente de la actividad estatal puede llegar hasta el punto en que los beneficios públicos de la misma queden completamente absorbidos por la administración, pero no más allá. No es difícil demostrar formalmente que este nivel máximo implica un volumen de producción o gasto público igual al doble del que se daría en una situación de competencia perfecta. El otro factor es la elasticidad de los votos al gasto público del gobierno saliente, la cual puede provocar la intervención controladora del político sobre el burócrata antes de que se haya alcanzado el límite que acabamos de mencionar.

(Nota. Puede ser interesante señalar que, midiendo la actividad estatal mediante porcentajes del gasto público sobre el PIB, no hay garantía de que se vaya a alcanzar ningún límite, ni siquiera del 100%. Así, por ejemplo, las transferencias estatales, como becas, pensiones y subsidios, pueden ser sometidas a impuestos, aunque sea incorporándolas al monto total de la renta del individuo o la familia, con los cuales es posible financiar nuevas transferencias. De hecho, en Israel se ha rebasado este límite contable.)

4. Las consecuencias

En algunas ideas mencionadas al dar cuenta de los análisis explicativos sobre el crecimiento de la intervención estatal ya se ha aludido a sus consecuencias sobre la eficiencia económica, la igualdad y la democracia.

En general, existe un acuerdo relativamente amplio en valorar la expansión del gasto público como un factor negativo para el crecimiento económico (Buchanan-Wagner, 1977; Landau, 1985 Spann, 1977).

Por un lado, la producción estatal suele implicar la existencia de un monopolio en su rama o sector de actividad, lo cual comporta un nivel de producción inferior y un precio superior a los de mercado. La separación entre políticos y burócratas y la tendencia de éstos a absorber los beneficios públicos en gastos administrativos y de personal, acentúan la ineficiencia de ese monopolio.

Por otro lado, la regulación procede en muchos casos de la captura del gobierno por los grupos de interés, obtenida a cambio de favores políticos. La teoría de la acción colectiva muestra que son los miembros de los grupos pequeños los que tienen mayores incentivos para organizarse y presionar, hasta imponer «la explotación del grande por el pequeño», es decir, el decantamiento de la intervención estatal a favor de intereses minoritarios en la sociedad (Stigler, 1975; Becker, 1983).

También en el terreno electoral se puede apreciar este decantamiento, sobre todo si la sociedad es compleja y el sistema de partidos simple, ya que en tales situaciones, y en general siempre que las votaciones no son por temas sino por conjuntos globales de los mismos, suele ser rentable electoralmente confeccionar programas partidistas por agregación de intereses mayoritarios e intereses minoritarios (Downs, 1957; Colomer, 1992).

Parece, pues, que, si cada uno de los actores relevantes en el proceso de decisión pública está motivado por la satisfacción de su propio interés, tiende a producirse una coalición entre los grupos de presión minoritarios, los gobernantes electos y los burócratas en favor de la expansión de la actividad del estado, a menudo a costa de los intereses de eficiencia y prosperidad económica de la mayoría de la sociedad.

Con respecto a la igualdad, ya hemos expuesto el carácter redistributivo que tienen muchas de las intervenciones estatales, bien a favor de una reducción de las desigualdades, según el enfoque de la demanda, bien a favor de minorías relativamente privilegiadas en el enfoque de la oferta. Ambas apreciaciones pueden ser hasta cierto punto compatibles si se acepta que una gran parte de los beneficiarios de los servicios públicos creados en los últimos decenios han sido sectores de las clases medias, lo cual provoca una reducción de la medida global de la desigualdad en la sociedad, pero sigue dejando relativamente insatisfecha a una mayoría de ciudadanos que se encuentran en inferiores condiciones de vida. En cualquier caso, es relevante señalar la contradicción entre los efectos redistributivos y

las potencialidades futuras de crecimiento y, por tanto, de mejora general del nivel de vida de la sociedad.

Por último, pero no menos importante, parece muy claro que la expansión de la actividad estatal tiene efectos negativos sobre la democracia, sobre todo por causa del aumento de la autonomía de decisión de la clase política que conlleva. Puede sostenerse incluso que el deterioro contemporáneo de la viveza de la vida democrática en muchos países, simultanea a la expansión del estado y a la difusión de los regímenes democráticos en el mundo, ha implicado una refutación de muchas de las promesas originarias de los clásicos de la teoría democrática en los que algunos habían querido fundar su legitimidad, al menos en lo que se refiere a las ideas de autogobierno o soberanía popular.

Dicho en pocas palabras, el crecimiento del volumen, de la variedad de áreas de competencia y de la complejidad de las decisiones públicas apenas ha ido acompañado de la menor innovación en las formas y oportunidades de participación política de los ciudadanos, que siguen concentradas en el voto infrecuente y global. Este desfase provoca que el elector, a la hora de elegir partido, tenga que decantarse en función de la posición programática que se le ofrece en algún tema particular o de alguna otra característica de la candidatura (incluidas, por ejemplo, su fiabilidad democrática o las condiciones del candidato), considerada prioritaria para el ciudadano, a pesar de su probable desacuerdo o ignorancia sobre las posiciones de ese partido, o las líneas de gobierno que verosímilmente introducirá en caso de vencer, en muchos otros temas. Ello tiende a provocar, lógicamente, insatisfacción con muchos aspectos de la gestión pública entre los propios votantes del partido en el gobierno y, en general, produce la sensación de dar a los gobernantes un enorme margen de decisión autónoma, no emanada del mandato de los electores.

La desproporción entre el gran poder real de toma de decisiones de los gobernantes y la pequeña influencia de los ciudadanos en las mismas se agrava si concurren otros factores, como por ejemplo, la mayoría parlamentaria absoluta de un solo partido, el incumplimiento de las pocas promesas electorales claras y concretas con las que el elector se ha podido identificar al emitir su voto, o la corrupción.

Nos detendremos brevemente en este último aspecto. Dejando de lado la falacia de identificar los comportamientos ilegítimos con aquellos que están penalizados en un código vigente en unos concretos momento y lugar, entendemos por corrupción al menos tres tipos de comportamientos.

Primero, la obtención de un privilegio, beneficio o ventaja privada mediante un uso de recursos públicos no sometido a la decisión o control democrático (incluidas la directa apropiación privada de bienes

estatales y el tráfico de influencias). La oportunidad de este tipo de comportamientos aumenta con el monto de los recursos públicos y con las motivaciones egoístas de los gobernantes, las cuales se acentúan cuando la clase política en el gobierno es improvisada y sin cualificar, el ejercicio legal de la política profesional tiene pocos incentivos económicos y hay pocas reglas de control.

Segundo, la obtención de recursos privados para la financiación de los partidos mediante un uso, análogo al tipo anterior, de recursos públicos no sometidos a control. Este comportamiento puede darse con mayor probabilidad cuando las motivaciones estrictamente egoístas de los políticos son sustituidas por el patriotismo de partido o la militancia intensiva.

Tercero, la obtención de recursos o beneficios públicos mediante una apropiación estatal de recursos privados no sometida a decisión o control democráticos. Un ejemplo de este tipo sería la apropiación pública de plusvalías inmuebles creadas por una intervención estatal, actuación que no suele ser paralela a la apropiación de las minusvalías que crea también a menudo esa intervención. Así, tanto si la intervención estatal crea externalidades positivas como si las crea negativas, siempre es el agente económico privado el más perjudicado, bien sea por expropiación, bien por estatalización del negocio potencial inducido por aquella intervención.

En estos dos últimos casos, en los que el beneficiario previsto es un partido o una institución pública, también cabe que algunos intermediarios obtengan un beneficio privado. Es conveniente señalar, sin embargo, que sólo se supone un comportamiento corrupto de ciudadanos privados en este último caso de intermediación autointeresada y en algunos casos de tráfico de influencias, mientras que en todos los tipos de corrupción mencionados se da por supuesta la intervención de políticos o funcionarios que violan las reglas de decisión democráticas.

La corrupción no es, pues, siempre perjudicial para las condiciones de eficiencia del proceso económico. De hecho, algunas apropiaciones estatales de plusvalías, por ejemplo, pueden ser beneficiosas para el resto de la sociedad, o al menos tener un efecto redistributivo, mientras que otras pueden ser perjudiciales. En otros casos, la evaluación resulta dudosa o relativa a quien la haga, como en el caso de que el objeto de la acción sea rellenar las arcas de los partidos con el fin de incrementar su propaganda. Lo que sí que en cualquier caso resulta perjudicado por la corrupción es la igualdad democrática de derechos de los ciudadanos, ya que los comportamientos mencionados siempre implican arbitrariedad.

Este desfase entre el alcance de las decisiones públicas tomadas por los gobernantes en el seno de las instituciones y la escasez y

simplicidad de la intervención ciudadana en las mismas, ha desgarrado a los viejos partidos «de masas» e ideológicos, donde se agregaban demandas ciudadanas ampliamente representativas en torno a programas con posiciones políticas coherentes en los distintos temas. En gran parte, ésta es una de las causas de que muchos partidos, y particularmente en aquellos lugares, como España, donde la tradición democrática es escasa, tiendan a estar formados muy mayoritariamente por profesionales de la política o aspirantes a serlo. Así aumenta la confrontación entre la «clase política» y los funcionarios con respecto a la ciudadanía, entre gobernantes y gobernados. Mientras los ciudadanos incrementan su incomodidad con respecto a los políticos, éstos alimentan la sensación de que, muchas veces, «gobernar es resistir».

5. Remedios

Hay dos tipos de respuesta posibles a los procesos recientes de expansión de la ineficiente y no controlada democráticamente intervención estatal.

La primera respuesta, habitualmente llamada «neoliberal», consiste en disminuir la intervención estatal; es decir, en llevar a cabo una serie de privatizaciones y desregulaciones e introducir criterios de competencia en el seno de la administración (Swann, 1988).

Más concretamente, se incluyen en esta orientación las medidas destinadas a sustituir las decisiones no controladas pero vinculantes de políticos y altos burócratas por los acuerdos pactados entre agentes privados en el mercado; a aumentar la eficiencia de la administración pública mediante concursos internos entre diversos departamentos de la administración o entre empresas públicas y empresas privadas para la adjudicación de contratos para la prestación de servicios; a incentivar la productividad de los burócratas y funcionarios mediante remuneraciones diferenciales como las que se usan habitualmente en la empresa privada; a disminuir los gastos y el financiamiento público de los partidos e introducir mayor control sobre sus finanzas.

Estas medidas pueden producir un aumento de la eficiencia, aunque no necesariamente de la igualdad o de la democracia: disminuyen las distorsiones introducidas por el procedimiento democrático de decisión, pero no siempre mejoran la representatividad social de las decisiones y a menudo crean nuevas externalidades.

No hay duda, de todos modos, de la coherencia teórica de este proyecto, que ha inspirado en parte a muchos gobiernos democráticos en los años ochenta. En la práctica, junto a algunos resultados

exitosos, otros insuficientes y otros perversos y no-intencionados, tal vez lo más importante que esta experiencia neoliberal ha mostrado es que no hay nada de inevitable ni inexorable en el crecimiento de la actividad estatal. De hecho, hoy es más fácil darse cuenta de que, en Europa, la intervención del estado disminuyó o estuvo estancada durante el siglo XIX y ha crecido en el siglo XX, sobre todo en su tercer cuarto. Así como en estos últimos años parece haberse producido una tendencia a la desaceleración de su crecimiento, es desde luego posible en el futuro su reducción.

La segunda respuesta, a la que quizá cabría llamar «neodemocrática», sería aquella que tendiese a hacer posible una participación más frecuente y pormenorizada de los ciudadanos en las decisiones públicas, sin por ello aumentar excesivamente los costes de la acción. Los modernos medios telemáticos, telefónicos y televisivos permiten una innovación en este terreno sin parangón con lo que ha sido la práctica de los regímenes representativos en los últimos trescientos años. Los partidos, las elecciones de representantes y los parlamentos podrían desempeñar de este modo un papel más activo en la selección y énfasis de problemas y en la presentación de programas y alternativas, pero sin monopolizar en sus estrechos cauces las oportunidades de intervención de los ciudadanos en la toma de decisiones.

Tal vez también podría encontrarse un óptimo en una combinación de las dos orientaciones mencionadas, es decir, en un proyecto de democracia austera que fuera más capaz de promover a la vez la prosperidad y la participación de los ciudadanos. Es, en todo caso, una tarea que queda por hacer.

BIBLIOGRAFÍA

William J. Baumol: *Macroeconomics of Unbalanced Growth,* «American Economic Review», 57, junio 1967.

Thomas E. Borcherding (ed.): *Budgets and Bureaucrats: The Sources of Government Growth,* Duke University Press, Durham N. C., 1977.

James M. Buchanan y R. E. Wagner: *Democracy in Deficit: The Political Legacy of Lord Keynes,* Academic Press, New York, 1977.

Antoni Castells: *Factores explicativos del gasto público: una aproximación empírica,* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.

Ronald Coase: *The Firm, the Market, and the Law,* The University of Chicago Press, 1988.

Josep M. Colomer (ed.): *Lecturas de teoría política positiva,* Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1992.

Anthony Downs: *An Economic Theory of Democracy,* 1957 (trad. cast., *Teoría económica de la democracia,* Aguilar, Madrid, 1973).

International Monetary Fund: *Government Finance Statistics Yearbook.*

Daniel L. Landau: *Government Expenditure and Economic Growth in the Developed Countries: 1952-76,* «Public Choice», 47, 1985.

Jan-Erik Lane, David McKay, and Kenneth Newton: *Political Data Handbook. OECD Countries,* Oxford University Press, 1991.

R. A. Musgrave y A. T. Peacock (eds.): *Classics in the Theory of Public Finance,* Macmillan, Londres, 1958.

William H. Niskanen: *Bureaucracy and Representative Government,* Aldine-Atherton, Chicago, 1971.

Mancur Olson: *The Logic of Collective Action,* Yale University Press, 2.º ed., 1971.

William Orzechowski: *Economic Models of Bureaucracy: Survey, Extensions, and Evidence,* in Borcherding, 1977.

Papeles de Economía Española: «El gasto público en la democracia», 37, 1988.

—«La empresa pública en España», 38, 1989.

Sam Peltzman: *The Growth of Government,* «The Journal of Law and Economics», xiii, 2, octubre 1980.

Robert M. Spann: *Public versus Private Provision of Governmental Services,* in Borcherding, 1977.

—*The Macroeconomics of Unbalanced Growth and the Expanding Public Sector,* «Journal of Public Economics», diciembre 1977.

George Stigler: *The Citizen and the State,* The University of Chicago Press, 1975.

Dennis Swann: *The Retreat of the State. Deregulation and Privatisation in the UK and US,* Harvester-Wheatsheaf, New York-London, 1988.

A R T Í C U L O S

EL CONCEPTO NORMATIVO DE «PERSONA» Y LOS REQUISITOS MÍNIMOS DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA*

1 En la bibliografía teórico-política se suele destacar que en las democracias de las naciones occidentales desarrolladas la ciudadanía y el estado se entrelazan a través de tres componentes fundamentales: el imperio de la ley, la democracia representativa y las provisiones para la seguridad social a través del estado benefactor. Desde hace aproximadamente dos décadas se discute extensamente sobre la viabilidad del sistema conformado por estos tres componentes básicos. En efecto, a la vieja tradición socialdemócrata, que ponía el acento en la armonía y la realimentación mutua entre los tres componentes, se ha ido oponiendo con creciente vehemencia una corriente neoliberal o neoconservadora, la cual insiste en señalar los conflictos e incompatibilidades que resultan de la vigencia simultánea de los tres subsistemas [Offe (1987) 501 ss.; Wolin (1987) 467 ss.; Guariglia (1989*b*) 476 ss.]. Este desafío contra las bases políticas y económicas del estado de bienestar ha sido seguido por un no menos violento ataque contra sus bases filosóficas por pensadores tales como R. Nozick, etc. Como respuesta, han ido apareciendo en los últimos diez años intentos cada vez más comprensivos y refinados de justificación para la existencia de una base mínima de oferta de «bienes básicos» (dicho en sentido lato, que comprende

* La primera versión de este trabajo fue leída en la mesa plenaria sobre «Neoliberalismo y socialismo» del VI Congreso Nacional de Filosofía de México, que tuvo lugar en Chihuahua el 7 de octubre de 1991. Los temas centrales del mismo fueron expuestos también en el curso de *Problemas de ética aplicada a la democracia* que di en el segundo cuatrimestre de 1991 para estudiantes y algunos graduados de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a Margarita Valdés, Ernesto Garzón Valdés y demás miembros del Congreso, a los estudiantes del curso y a María Julia Bertomeu, con quien he discutido en varias oportunidades el contenido básico de mi propuesta y de sus posibles aplicaciones, sus observaciones y críticas que ayudaron a mejorar sensiblemente la exposición de mis argumentos y de los temas tratados.

servicios, recursos, etc.), por parte del estado a cada uno de sus ciudadanos. En las condiciones sociales, económicas, culturales y políticas actuales de América Latina, se hace imprescindible asumir ese debate y actualizarlo, a fin de ensayar respuestas teóricas para la deficiencia manifiesta de criterios públicos basados en principios de equidad en la redistribución de los magros recursos estatales en la actual crisis fiscal. En lo que sigue presentaré sucintamente dos propuestas particularmente importantes de justicia distributiva, debidas fundamentalmente a John Rawls y sus seguidores, por una parte, y a Amartya Sen, por la otra. Tratando de mediar entre ellas, desarrollaré, por último, una posición propia que toma como punto de partida los principios sustantivos de justicia que he presentado y defendido argumentativamente en trabajos anteriores. Mi intento es el de mostrar que una versión argumentativa del universalismo kantiano, como la que yo sostengo, está en mejores condiciones de proveer criterios universales pero interpersonales e inequívocamente aplicables para determinar la provisión mínima de «bienes básicos» que exige una concepción justificada de justicia distributiva.

2. Desde fines del siglo pasado dos han sido las corrientes que tradicionalmente proporcionaron las principales líneas argumentativas para justificar criterios públicos de justicia distributiva: el utilitarismo y el kantismo. Las propuestas utilitaristas fueron extensamente adoptadas por la teoría económica a causa de la drástica restricción que imponen a la información relevante al reducir los problemas distributivos a la alocación de «utilidades». Éstas, a su vez, son definidas como unidades mínimas determinadas por la satisfacción de los deseos y las preferencias de los miembros de una sociedad en su conjunto. En efecto, si se define la «utilidad» como la preferencia que una persona que se sitúa alternativamente en dos estados posibles de cosas, *A* y *B,* tiene por el resultado que el estado de cosas *A* tiene para sí sobre el estado de cosas *B,* entonces se le puede asignar al estado de cosas *A* el nivel 1 de preferencia y al estado de cosas *B* el nivel 0, de modo tal que toda otra combinación de estados de cosas *P* y *Q* puede ser mensurada de acuerdo con la similitud que tenga con la combinación entre los estados de cosas *A* y *B* tomada como standard de evaluación. Ahora bien, dado que para cada uno de los individuos de una sociedad que se concibe como formada por individuos idénticos, la suma de sus utilidades describe las preferencias que él tendría en comparación con todas las vidas posibles de sus yoes alternativos, al elegir entre resultados posibles solamente para sí mismo «él debe elegir el modelo de todos los resultados que produzca la mayor utilidad total, [puesto que] los resultados son los mismos para cualquier otro» (Mirrlees (1982), pág. 71, cp. págs. 65 ss.).

La propuesta utilitarista ha dado lugar a una extensa serie de

objeciones, dentro de las cuales dos son, a mi juicio, decisivas. Por un lado, la maximización de la utilidad global entre los individuos de una determinada sociedad no impide que la distribución interna de esas utilidades entre los distintos individuos se haga de acuerdo con modelos de suma iniquidad, como por ejemplo destinando al grueso de los individuos a una situación de penuria y elevando la cantidad total de satisfacciones de unos pocos a una situación de opulencia. En efecto, dado que se funde al conjunto de los individuos en uno solo que es quien lleva a cabo el cálculo de las utilidades, es imposible separar de este conjunto cada uno de los individuos en particular y asignarle sumas parciales de utilidades [Rawls (1972) 22-27; Sen y Williams (1982) 4-7]. En segundo término, el utilitarismo elimina por dos vías diferentes la noción misma de «persona». La primera, como señalamos antes, está íntimamente unida a la imposibilidad de tener en cuenta en la suma de las utilidades a cada uno de los individuos tomados aisladamente. Como señalan Sen y Williams, no se trata de un mero efecto colateral de la teoría, sino que es directamente implicado por la restricción informativa que establecen como punto de partida: «esencialmente el utilitarismo considera a las personas como lugares de recolección de sus respectivas utilidades, como sitios en los que tienen lugar actividades tales como desear y sentir placer y dolor. Una vez que se ha tomado nota de la utilidad de las personas, el utilitarismo no tiene otro interés directo en cualquier información acerca de ellas» [(1982) 4]. La otra vía está relacionada con la homogeneización de las diversas concepciones del bien que se dan de hecho en una sociedad pluralista en una sola que se impone sobre la totalidad de los miembros de una sociedad como aquella que se basa exclusivamente en deseos y preferencias racionalmente determinadas en términos de placer y dolor. Desde este punto de vista, como fue subrayado por Rawls, el utilitarismo constituye una versión del «perfeccionismo» sobre la base de definir al bien como «la satisfacción del deseo racional» [(1972) 25].

3. Así como en el conocimiento teórico en general y en las ciencias naturales en especial no podemos prescindir de la noción de «objeto» como aquella que organiza y unifica el conjunto amorfo de los «datos», de la misma manera en ética no podemos prescindir de una noción teórica similar, la de «sujeto», también con la misma característica conceptual, es decir, como soporte y unificador de los distintos datos que tienen que ver con la «acción» y con la interacción. Esta noción teórica constituye, en realidad, uno de los supuestos metaéticos de la disciplina, que está ligado a nociones emparentadas como las de «identidad personal», «plan de vida», etc., que han sido y son objeto de una intensa discusión independiente, en la que no podemos entrar. Aquí nos limitaremos a señalar que a la noción de «sujeto»

le corresponde en el plano estrictamente normativo una noción específica, que es propia de la ética y cuyo descubrimiento con las características que hoy posee, debido a I. Kant, produjo una transformación radical de la disciplina: me refiero a la noción de *«persona»*.

La noción de «persona» es, a su vez, un término teórico que solamente se puede especificar a través de sus conexiones conceptuales con ciertos principios universales, tales como el que Kant dio en la tercera formulación del imperativo categórico, de acuerdo con la cual se debe actuar «de modo tal que utilices la humanidad tanto en tu persona como en la persona de otro cualquiera siempre como fin en sí mismo y nunca como medio» (*GMS* IV 61). Precisamente fue esta fórmula la que Hermann Cohen retomo primeramente hacia el último tercio del siglo pasado en el *Anexo a la Historia del materialismo* de F A. Lange y luego, con más detalle, en su *Ética de la pura voluntad* [Cohen (1914) 58 ss.; (1907) 222 ss.; cp. Guariglia (1922a)], como la concepción básica de la que debía partir toda teoría moral, jurídica y política de justicia distributiva. A partir de entonces, la consideración de la «persona» munida de derechos inalienables asegurados por principios básicos de justicia se ha convertido en central para toda la corriente universalista kantiana. Ahora bien, al renunciarse a toda fundamentación trascendental de la noción de «sujeto», como ocurre en la filosofía moral contemporánea, es necesario reconstruir en otro nivel, lógico y procedimental, la conexión de la noción de «persona» con, por una parte, los criterios básicos de justicia y, por la otra, con sus supuestos pragmáticos y teórico-sociales de los que emerge onto y filogenéticamente. No es, por lo tanto, por azar que en torno a ella se desarrolle una de las discusiones más vivas dentro del *status quaestionis* de esta corriente. Sin embargo, es a mi juicio completamente acertado establecer un orden de prioridades como meta última que se propone lograr una filosofía moral universalista, dentro del cual, como dice John Rawls, «los dos conceptos modelos básicos de la justicia como equidad son aquellos de una *sociedad bien ordenada* y de una *persona moral*. El objetivo general de éstos es el de precisar aquellos aspectos esenciales de nuestra concepción de nosotros mismos como personas morales y de nuestra relación con la sociedad como ciudadanos libres e iguales» (Rawls, 1980, 520).

En efecto, un concepto como el de «persona» implica una multiplicidad de determinaciones y supuestos fácticos, que solamente pueden ser concebidos si nos representamos conjuntamente las condiciones de una moderna sociedad, tanto desde el punto de vista jurídico como social y económico. En primer lugar, la noción central de persona incluye la de una finalidad en sí misma, es decir, la idea de una autonomía plena basada exclusivamente en la autodeterminación de la propia razón. Pues en el significado mismo de persona está contenido

no solamente su carácter de «libre», que implica tanto la madurez y capacidad para formularse y proponerse sus propios fines como *bienes,* sino también el necesario desarrollo intelectual para poder disponer de los medios para alcanzarlos, así como la capacidad moral de asumir la responsabilidad por las acciones que en la ejecución de ese proyecto se lleven a cabo. La noción de «persona» tiene una estructura teleológica, pues involucra la noción de «interés» entendida en su estricto sentido práctico, como el interés de todo individuo en el desarrollo de sus propias capacidades intelectuales, emocionales y creativas en consonancia con el paralelo desarrollo de similares capacidades intelectuales, emocionales y creativas en consonancia con el paralelo desarrollo de similares capacidades por parte de los otros miembros de una comunidad social y política. Este interés, por lo tanto, involucra a cada individuo pero en su calidad de miembro de una comunidad racional o, como diría Jürgen Habermas, «comunicativa» (Habermas, 1983, 130).

Desde su «Constructivismo kantiano», Rawls se ha esforzado por precisar la relación existente dentro de su *Teoría de la justicia* entre la noción de persona y de sus intereses de orden superior con la necesidad de asegurar para cada miembro de la sociedad bien ordenada la existencia de determinados *«bienes primarios»* que le permitan realizar aquellos intereses ligados a su calidad de persona moral [Rawls (1980) 525 ss.]. A fin de preservar la concepción de «justicia como equidad» como una concepción política y no metafísica de justicia, es decir, una concepción que es independiente de cualquier visión «comprensiva» del bien, sea ésta de carácter religioso, metafísico, etcétera, Rawls ha buscado establecer una lista de «bienes primarios» que sean «neutros» con respecto al contenido específico de las concepciones del bien y de los planes de vida de los distintos miembros de la sociedad. En otros términos, dada la pluralidad de concepciones del bien, que existen de hecho en una sociedad democrática, los «bienes primarios» serán aquellos que permitan desarrollar imparcialmente esas concepciones del bien, siempre que se respeten los principios básicos de justicia [Rawls (1980) 525-128; (1982) 160-164; (1985) 231-234; (1988) 252-255)].

Los bienes primarios enumerados por Rawls son los siguientes: (i) las libertades básicas, por ejemplo, libertad de pensamiento y de consciencia, libertad de asociación y la libertad definida por la libre disposición e integridad de la persona, así como el imperio de la ley; finalmente, las libertades políticas. (ii) Libertad de movimiento y de elección de ocupación sobre la base de una diversidad de oportunidades abiertas a todos. (iii) Poderes y prerrogativas de funciones y posiciones de responsabilidad, particularmente aquellas que pertenecen a las principales instituciones políticas y económicas. (iv) Ingreso y

riqueza, entendidas como medios para cualquier propósito, y (v) Las bases sociales del respeto de sí mismo [Rawls (1982) 162-167].

La cuestión que esta lista de bienes primarios pretende solucionar es la de establecer un criterio que permita distinguir entre reclamos justificados e injustificados por parte de los ciudadanos, dentro de un ordenamiento político democrático que admite desde un comienzo una pluralidad de puntos de vista comprensivos sobre el bien, sin tener que favorecer a uno de ellos más que a los otros. Pues, a juicio de Rawls, la concepción de justicia como equidad no pretende establecer comparaciones interpersonales de bienestar entre los ciudadanos ni pretende estimar el grado de éxito que alcanzan los individuos en la realización de sus planes de vida, ni menos aún, juzgar el valor intrínseco de esos fines como bienes, siempre que éstos sean compatibles con los principios de justicia [Rawls (1988) 258]. Es en este punto el que se han concentrado las críticas más agudas a la propuesta rawlsiana de los bienes primarios, ya que éstos aparecen claramente como inflexibles a las variaciones individuales que permiten transformar de un modo muy distinto iguales cuotas de bienes primarios en partes ampliamente desiguales de bienestar. Amartya Sen ha reiterado esta crítica en diversos trabajos de la última década, señalando que un índice igualitario de bienes primarios no puede tomar en cuenta las desventajas de los individuos que sufren de alguna discapacidad o de los pobres relativos en países desarrollados que carecen de las habilidades necesarias para convertir su cuota de bienes primarios en formas efectivas de bienestar [Sen (1990) 115-116; Daniels (1990) 276-277]. Pese a la defensa ensayada por Rawl y por Daniels, la crítica se mantiene y muestra un punto débil de la teoría rawlsiana de justicia precisamente en su posible aplicación a aquellos casos más flagrantes de desigualdades que requieren ser compensadas por un estado benefactor. Luego de la exposición del intento de Sen de saldar este débito, retornaremos sobre este punto.

4. Las deficiencias que afectan seriamente las versiones más elaboradas del utilitarismo tradicional, tales como fueron expuestas más arriba en el § 2, han estimulado la elaboración de versiones transformadas y ampliadas que guardan del «utilitarismo filosófico» solamente la tesis central que el hecho decisivo para cualquier moral es aquel que tiene que ver con el *bienestar individual* [Sen (1985) 185]. Ahora bien, aún conservando la noción de «bienestar individual» como básica para una teoría ética que pretenda establecer criterios objetivos de distribución de bienes, Sen objeta la identificación del concepto de «bienestar» con el concepto de «utilidad» en cualquiera de las versiones antes mencionadas. En su lugar Sen introduce la noción de *«funcionamiento»* para acciones, como leer, comer, etc., o estados, como estar bien alimentado, estar libre de malaria, cólera,

etcétera, o no estar avergonzado por la calidad de sus zapatos o de su ropa. El conjunto de los funcionamientos que una persona lleva efectivamente a cabo constituirá lo que Sen denomina *«el vector de funcionamientos»,* el cual pasa a ser la *caracterización primaria* del bienestar de esa persona. Es necesario distinguir, por lo tanto, entre la noción de riqueza y la de funcionamiento. Si uno toma como ejemplo el consumo de comida, por una parte, y el estado nutricional, por la otra, es claro que esta relación variará con el metabolismo, el tamaño, la edad, el sexo, las condiciones climáticas, la presencia o ausencia de enfermedades parasitarias, etc. La riqueza contribuye, por cierto, al funcionamiento, pero un simple índice de ingresos no puede ser considerado un índice de bienestar [cp. Sen (1985) 197-99]. Tampoco es suficiente para determinar este último limitarse al vector de funcionamientos efectivamente realizados por una persona, sino que se debe pasar a la *«capacidad»* para elegir un funcionamiento, es decir, al conjunto de los funcionamientos que están a su alcance. La capacidad, por lo tanto, muestra «la libertad real de elección que una persona tiene sobre las vidas alternativas que él o ella puede llevar» [Sen (1990) 114; cp. (1985) 200-203].

Al introducir esta nueva noción, Sen se aproxima al punto de vista de la persona desarrollado por la tradición kantiana. En efecto, al realzar la importancia de la *capacidad* en la elección y determinación de sus actividades y estados, Sen se acerca a una noción de libertad positiva como la sostenida por Rawls. En definitiva, sostiene Sen, «consideraciones con relación al bienestar (...) y a la libertad de acción pueden figurar en un sistema en el cual las contribuciones positivas en conflicto tienen que ser sopesadas entre sí cuando debemos enfrentar una elección. Algunas de las libertades relevantes pueden dar lugar, directamente, a nociones de derechos. Por ejemplo, demandas mínimas de bienestar (bajo la forma de funcionamientos básicos, como por ejemplo, no sufrir hambre) o de libertad de actuar (en la forma de capacidades mínimas, como por ejemplo, poseer los medios de evitar el hambre) pueden ser vistas como derechos que exigen ser atendidos» [Sen (1985) 217]. Ahora bien, ¿cómo fijar un estándar interpersonal, aunque sea de referencia, para establecer comparaciones interpersonales en la fijación de los niveles mínimos y máximos que se deben satisfacer de acuerdo con un criterio equitativo para la infinita variedad de «funcionamientos» individuales? Sen se ha defendido de la acusación de Rawls de que él sostiene una concepción «comprensiva» del bien como base de sus criterios de justicia distributiva, y ha sostenido que una teoría de la justicia como equidad debe preocuparse seriamente por la *libertad real* de que gozan las diferentes personas para llevar a cabo vidas diferentes [Sen (1990) 112]. Se puede estar de acuerdo con esta última afirmación de Sen y

admitir que la introducción de las nociones de «funcionamiento» y «capacidad» ha contribuido en gran medida a precisar las vías por las que es necesario avanzar metódicamente a fin de lograr criterios que contemplen todos los aspectos envueltos en una distribución equitativa de bienes básicos, y considerar, sin embargo, que su teoría lleva implícita una concepción del bien como el estado de «florecimiento» de los funcionamientos y capacidades de cada individuo, sin la cual carece de referencia focal última. Es, precisamente, la determinación de este «florecimiento» el que aparece como problemático.

5. La propuesta que a continuación deseo presentar, está precisamente relacionada con las dos dificultades centrales que he subrayado en la versión de Rawls y en la de Sen respectivamente. El aspecto que, a mi juicio, es necesario destacar no ha sido tomado suficientemente en cuenta y reside en el alto grado de complejidad que debemos suponer desde un comienzo en la noción de persona. Algunos de sus rasgos más sobresalientes fueron expuestos en el § 3. Aquí me limitaré a señalar el grado de exigencia que está implícito en el umbral mismo del concepto de persona bajo la forma de uno de los dos más altos intereses que Rawls le asigna, a saber: el de establecer, revisar y perseguir su propia concepción del bien. No es necesario considerarse partícipe de la difusa pero estimulante renovación de la tradición aristotélica en ética que ha tenido lugar en los últimos diez años bajo la forma de neoaristotelismo o comunitarismo para mostrar hasta qué punto la noción del bien individual tiene elementos objetivos y exigentes. En efecto, la teoría de la deliberación de Aristóteles muestra que la capacidad de separar el bien aparente del bien sin más, para utilizar sus términos (*Eth. Nic.* III 6, 1113*a*15 ss.), no solamente es lo distintivo del hombre de sabiduría práctica, sino que requiere además un conocimiento *teórico* considerable. En las condiciones de la sociedad moderna, disponemos de lo que se puede denominar una «información media standard» que entremezcla conocimiento científico, técnico, económico y social, producto tanto de la educación como del propio desarrollo de una sociedad altamente diversificada. Si a eso le añadimos aún la reflexión y el dominio sobre nuestras emociones, angustias y pasiones, podemos fácilmente concluir que la operación prudencial de elegir un fin como un bien no solamente tiene claros aspectos objetivos que requieren un estricto aprendizaje sino también exige una capacidad reflexiva y crítica considerable, que normalmente resumimos en esa propiedad del carácter que llamamos «madurez».

La versión del universalismo kantiano que yo sostengo pretende hacer frente al desafío que nos lanza la necesidad de establecer un cierto criterio interpersonal de «madurez» en la consideración de las personas. A diferencia de Rawls y su escuela, la que representa una

versión constructivista y monológica del universalismo kantiano, la versión dialógica de éste ha sido desarrollada fundamentalmente por Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas. La posición que yo adopto difiere de la de ambos en varios puntos fundamentales. Contra Apel, no admito *ninguna fundamentación última* de los principios morales universales en la pragmática trascendental del lenguaje y veo más bien en ese intento de derivación de normas a partir de hechos un caso más de falacia naturalista [cp. Guariglia (1990a) 88-89]. Más afín me considero a la versión falibilista y discursiva desarrollada por Habermas. A pesar de ello, a mi juicio, su intento de convertir las metarreglas del diálogo en un criterio procedimental de universalizabilidad que sea la justificación última de toda norma, renuncia por anticipado a formular todo principio sustantivo último de justicia que pueda servir como criterio formal para el ordenamiento de una sociedad justa [cp. Habermas (1983) 75, 103, etc.]. Yo admito y doy por supuestas las metarreglas del diálogo justamente como metarreglas de la argumentación, de la misma manera que doy por supuestas otras metarreglas, lógico-prácticas y semánticas, del lenguaje moral, comenzando por el principio mismo de universalización al que considero un esquema formal en sentido estricto [Guariglia (1988 y 1989a) *passim*]. Desde un punto de vista, por lo tanto, no hay modo de evitar el formular y proponer principios sustantivos de justicia como criterios de universalizabilidad, por cierto con el mismo carácter de hipótesis necesarias, razonables y falibles con que están propuestos en el constructivismo. Los que yo propongo tienen, empero, un estatus intermedio entre las reglas puramente procedimentales sostenidas por Habermas y los principios constructivos de Rawls, en el sentido de que son principios *argumentativamente* admitidos y, de este modo, *probados,* entendiendo por esto último que la negación de esos principios *implica por las reglas lógicas de la pragmática del diálogo con sentido,* la afirmación de los principios contradictorios, cuya aceptación equivale en cada caso, *eo ipso,* al abandono del juego moral y a la reasunción inmediata del estado de naturaleza [Guariglia (1990a) 91-92].

(I) Ningún miembro de la sociedad interferirá nunca las acciones de otro miembro usando de la violencia en cualquier grado ni pretenderá mediante la aplicación de coacciones un asentimiento forzado para la satisfacción de sus propio fines.

(II) Todo miembro de la sociedad tendrá siempre iguales prerrogativas que cualquier otro miembro de ella. Cualquier desigualdad entre ellos no podrá fundarse en la mera diferencia numérica de las personas.

(III) A fin de garantizar la defensa de los derechos que a cada miembro de la sociedad confieren los principios (I) de la *dignidad* y

(II) de la *igualdad,* todo miembro de la sociedad deberá tener iguales posibilidades para alcanzar una *capacidad madura* que le permita hacer uso de sus derechos y articular *argumentativamente sus demandas*.

A partir de estos principios es posible desarrollar una concepción ética universalista consistente que fije no solamente los límites restrictivos de toda interacción entre personas, sino también aquellos derechos positivos que se han ido incorporando a la noción de «persona» como aspiraciones básicas que toda sociedad moderna y diferenciada debe asegurar a sus miembros. En efecto, el principio III o de autonomía fija el umbral que buscamos para los reclamos que toda persona como tal tiene legítimamente con relación a la sociedad en que vive, si ésta aspira a satisfacer un criterio básico de equidad. Pues, lo que este principio hace explícito es el derecho de cada uno a tener aseguradas iguales oportunidades para desarrollar aquellas mínimas capacidades físicas, psíquicas, cognitivas, morales y estéticas, que lo conviertan en un ser que se autodetermine maduramente. El grado variable en que en cada caso individual se requerirá una provisión de asistencia por parte de la sociedad, estará fijado por las necesidades individuales que imprescindiblemente deben ser satisfechas para alcanzar la capacidad de articular lingüística y argumentativamente sus demandas dentro del rígido marco provisto por los principios de dignidad e igualdad, y de sostenerlas mediante razones generales, que puedan ser a su vez rebatidas por otras razones de acuerdo a las reglas lógicas y pragmáticas de la argumentación.

Esta versión argumentativa o dialógica del universalismo kantiano permite mediar entre la propuesta de Rawls y la de Sen. En efecto, dado que las personas son en esta versión como en todo el universalismo consideradas como iguales y libres, tendrán que estar a su disposición los mismos «bienes primarios» que Rawls propone para todo ciudadano de una sociedad democrática. La inflexibilidad de estos bienes primarios, como bien señaló Sen, tiene una doble fuente: por un lado, el completo subjetivismo (o individualismo) que Rawls admite para las concepciones del bien como una de las exigencias estrictas de la concepción de justicia como equidad; por el otro, la extrema variabilidad de los funcionamientos individuales que condicionan negativa o positivamente la capacidad de cada uno en convertir los bienes primarios en oportunidades de bienestar. Como señalé antes, era éste el punto fuerte de la propuesta de Sen, al tener en cuenta precisamente estos dos datos básicos en su teoría de justicia distributiva, al precio de introducir, explícita o implícitamente como estándar interpersonal de comparación, una concepción del bien último o florecimiento individual como modelo mínimo de los funcionamientos y capacidades. En mi propuesta se da lugar a las diferencias

de capacidades entre los sujetos morales con el objeto de flexibilizar la cantidad de bienes primarios que en cada caso se deberá emplear para compensar deficiencias o ventajas de funcionamientos, pero el estándar interpersonal que se impondrá para ello como criterio estará dado no por las aspiraciones subjetivas de autorrealización ni por un modelo perfeccionista de florecimiento impuesto comunitariamente, sino por el nivel de capacidad global (biológico, psíquico, emocional y cognitivo) requerido para cada miembro de la comunidad a fin de que éste pueda articular argumentativamente sus demandas. De este modo la propuesta argumentativa recoge e incorpora los reclamos elementales de nutrición, salud y educación que se dan en las situaciones de los miembros de sociedades no desarrolladas, independientemente de que estos reclamos estén presentes o no en las concepciones individuales del bien. Es decir, incorpora un concepto del «verdadero interés» de los miembros de esa comunidad que está por encima de sus convicciones individuales, sin que, por ello, se exponga a una objeción de «perfeccionismo» [cp. sobre la «teoría del verdadero interés», L. Nelson (1988) 361 ss.]. En este aspecto se aproxima a la posición sostenida por Sen, pero a diferencia de éste establece un criterio formal y no sustantivo del bien, basado en las condiciones de ejercicio de la razón argumentativa práctica que establece los niveles de capacidad y autorreflexión que se considerarán mínimos como propios de una persona madura. Con ello nos aproximamos a la propuesta rawlsiana, con dos importantes diferencias. (i) En las condiciones de las sociedades subdesarrolladas en especial de América latina, pero ahora también, por la experiencia reciente, del Este de Europa, la capacidad de proponer y revisar sus propias concepciones del bien no aparece como una evidencia histórica, cultural y social, como se puede presumir en las condiciones de una sociedad democrática desarrollada, sino más bien como una meta para el desarrollo social a llevar a cabo a través de las tareas tradicionales del estado: salud, educación y seguridad social. (ii) Dada esta incapacidad efectiva condicionada por los factores históricos, económicos, sociales y culturales que han influido en el estado actual de la población en sus distintos niveles (piénsese simplemente en la herencia de las diversas dictaduras padecidas en los dos continentes), existe una desigualdad de hecho entre el nivel existente de los grupos más favorecidos y los menos favorecidos de la sociedad, que obliga a una representación de intereses, tanto en la interrelación de los miembros de la comunidad entre sí, por ejemplo en la familia, la escuela, la universidad, la empresa, etc., como en la relación entre los ciudadanos y el estado. En esta representación de intereses es admisible un cierto grado de tutelaje sólo en la medida en que éste sea la única vía de hacer efectivo el verdadero interés de los representados en alcanzar su plena

madurez y desprenderse lo antes posible de esa misma relación de tutelaje. Cualquier abuso que no respete estos precisos límites del tutelaje cometerá una lesión del principio III de autonomía, que puede tipificarse como «paternalismo».

Un último aspecto que deseo destacar de la posición universalista argumentativa reside en el contenido de las concepciones del bien que se pueden sostener dentro de una sociedad equitativa y democrática. Rawls ha enfatizado repetidamente que el único límite impuesto a las concepciones individuales del bien es el que proviene del respeto a los otros miembros como ciudadanos libres e iguales, de modo tal que son igualmente admisibles *todas las concepciones individuales* del bien, las que tienen abiertas para sí un espacio público para extenderse y conseguir adherentes. El estado en una sociedad justa está igualmente interesado e igualmente desinteresado en todas ellas. Interesado, en la medida en que representan legítimos fines sostenidos por algunos de sus ciudadanos, y desinteresado, en la medida en que el contenido de estos fines le es completamente indiferente, siempre que se respeten los dos principios básicos de justicia política [Rawls (1988) 264-268)]. De un modo similar, Habermas ha argumentado que en las condiciones de la sociedad occidental la praxis social ha distinguido entre cuestiones de justicia, que exigen universalizabilidad, obligatoriedad, etc., y aquellos valores culturales que corporizan concepciones de la «buena vida». Las cuestiones morales en sentido estricto deben ser separadas de las cuestiones evaluativas que involucran a los ideales de la buena vida, es decir, a las concepciones del bien, las que quedan al margen de una moral universalista en sentido lato [Habermas (1983) 117-119]. La posición sostenida hasta el momento por mí respeta completamente esa misma distinción entre principios universales y valores particulares, si bien introduce un matiz que varía en un aspecto importante la relación entre los ciudadanos tomados en su conjunto y los ideales de vida que se dan en el seno de su sociedad. Estos ideales de vida, corporizados en valores hedónicos, estéticos, religiosos, etc., no quedan amparados de toda crítica intersubjetiva por el hecho de constituir un fin individual permitido para un ciudadano o un grupo de ellos, sino que en la medida en que este ideal de vida sustente determinadas demandas que este grupo de ciudadanos dirigirá al conjunto de ellos y al estado, en el examen de la razonabilidad de las demandas por parte de los demás ciudadanos habrá inevitablemente espacio para reflexionar sobre los mismos aspectos valorativos de la concepción de la buena vida implícita en esas demandas bajo la forma de críticas estéticas, hedónicas, terapéuticas, etc. El respeto por la diversidad de las concepciones del bien en una sociedad democrática no implica *per se* que todas

sean igualmente razonables o que carezcan todas de fundamentación de igual manera y se tenga que admitir un completo relativismo valorativo a la manera de Max Weber [véase al respeto mi discusión, Guariglia (1986) caps. 7 y 8]. La exigencia de articular y sostener argumentativamente las propias demandas como requisito para ser considerado una persona madura trae consigo la necesaria admisión de que existe un grado distinto de razonabilidad en las demandas que no se basa exclusivamente en sus aspectos técnicos y/o económicos sino también, en última instancia, en sus mismos núcleos valorativos y en los ideales de vida que públicamente se propugnan. Al admitir la crítica también en el interior de los contenidos mismos de las concepciones del bien, estamos acercándonos a un posible ideal regulativo de buena vida como criterio último de preferibilidad intersubjetiva sin caer por ello en la Caribdis del perfeccionismo.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles, *Ethica Nicomachea*, ed. I. Bywater, Oxford, Clarendon Press, 1962.

Apel, K.-O., *Diskurs und Verantwortung: Das Problema des Übergangs zur postkontventionellen Moral,* Frankfurt: Suhrkamp, 1988.

Cohen, H., *Ethik des reinen Willens*, 2.ª ed., Berlín, Bruno Cassirer, 1907.

Cohen, H., *Einleitung mit kritischen Nachtrag zur neunten Auflage der Geschichte des Materialismus*, 3.ª ed. Leipzig: F. Brandstetter, 1914, to. I.

Daniels, N., «Health- Care Needs and Distributive Justice», *Philos. & Public Affairs* 10 (1981), pp. 146-179.

Daniels, N., *«Equality of What: Welfare, Resources or Capabilities?», Philos. a. Phenomenol. Research* 50 Suppl. (1990) 273-296).

Gorr, M., «Reason, Impartiality and Utilitarianism», en: Potter & Timmons, 1985, pp. 115-138.

Guariglia, O., *Ideología, verdad y legitimación*, Buenos Aires: Sudamericana, 1986.

Guariglia, O., «El *principio* de universalización y la razón práctica» (1.ª parte), Crítica 20 (1988), pp. 31-54.

Guariglia, O., «El principio de universalización y la razón práctica» (2.ª parte), Crítica 21 (1989*a*), pp. 3-41.

Guariglia, O., «Democracia, justicia y crisis fiscal», Criterio 62, n.º 2039, nov. 1989*b*, pp. 475-478.

Guariglia, O., «Los fundamentos discursivos de la democracia y los conflictos de intereses», Diánoia 36 (1990*a*), pp. 83-95.

Guariglia, O., «El universalismo en la ética contemporánea», Revista Latinoam Filos. 16 (1990*b*), pp. 353-372.

Guariglia, O., «Universalismo y particularismo en la ética contemporánea» (en italiano), *Teoría* (Pisa) 12 (1992), n.º 2.

Habermas, J., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln,* Frankfurt: Suhrkamp, 1983.

Habermas, J., «Moralität und Sittlichkeit», en: Kuhlmann, 1986, pp. 16-37.

Hare, R. M., *Moral Thinking,* Oxford: Clarendon Press, 1981.

Hare, R. M., *Essays in Ethical Theory,* Oxford: Clarendon Press, 1989.

Kant, I., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke,* ed. W. Weischedel, Tomo IV, Darmstadt: Wiss. Buchges., 1963.

Kuhlmann, W., editor, *Moralität und Sittlichkeit: Das Problem Hegels und die Diskursethik,* Frankfurt: Suhrkamp, 1986.

Mill, J. S., *Utilitarianism. On Liberty. Essay on Beentham,* edited with and Introduction by Mary Warnock, Glasgow, Collins Fount Paperbacks, 1979.

Mirrlees, J. A., «The Economic Uses of Utilitarianism», en: Sen y Williams, ed., 1982, 63-82.

Nelson, L., *Ética crítica,* edición, estudio preliminar y traducción de O. Guariglia, Buenos Aires: Sudamericana, 1988.

Offe, C., «Democracy against the Welfare State? Structural Foundations of Neoconservative Political Opportunities», *Political Theory* 15 (1987), pp. 501-537.

Potter, N. y Timmons, M. (editores), *Morality and Universality: Essays on Ethical Universalizability,* Dordrecht-Boston: D. Reidel, 1985.

Rawls, J., «Kantian Constructivism in Moral Theory», *Journal of Philosophy* 77 (1980), pp. 515-572.

Rawls, J., «Social Unity and Primary Goods», en: A. Sen y B. Williams, 1982, pp. 159-185.

Rawls, J., «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philos & Public Affairs,* 14 (1985), pp. 223-251.

Rawls, J., «The Priority of Right and ideas of the Good», *Philos & Public Affairs* 17 (1988), pp. 251-276.

Schneewind, J. B., *Sidgwick's Ethics and Victorian Moral Philosophy,* Oxford: Clarendon, 1977.

Sen, A. y Williams, B., ed., *Utilitarianism and Beyond,* Cambridge - London - New York, Cambridge UP, 1982.

Sen, A., «Well-Being, Agency and Freedom», *Journal of Philosophy* 82 (1985), pp. 169-221.

Sen A., «Justice: Means versus Freedoms», *Philos & Public Affairs* 19 (1990), pp. 111-121.

Silveerstein, H., «Universality and Treating Persons as Persons», *Journal of Philosophy* 71 (1974), pp. 57-71.

Singer, M. G., *Generalization in Ethics* (1.ª 1961), New York: Atheneum, 1971.

Singer, M. G., «The Ideal of a Rational Morality», *APA Proceedings: Presidential Adress* (1986), pp. 15-38.

Taylor, Ch., «The Diversity of goods», en: Sen y Williams, ed., 1982, 129-144.

Wellmer, A., *Ethik und Dialog.* Frankfurt: Subskamp, 1986.

Wimmer, R., *Universalisierung in der Ethik,* Frankfurt: Suhrkamp, 1980.

Wolim, S., «Democracy and the Welfare State: the Political and Theoretical Connections Between Staatsräson and Wohlfahrtstaasraäson», *Political Theory* 15 (1987), pp. 467-5.

REGLAS, INSTITUCIONES, TRANSFORMACIONES. CONSIDERACIONES SOBRE EL PARADIGMA «EVOLUCIÓN DEL DERECHO»*

Sumario: 1. Conceptos de derecho. Una propuesta; 2. Conceptos de evolución; 3. Teorías neoevolucionistas; 4. Evolución como aprendizaje; 5. Derecho como autopoiesis; 6. Para una crítica del paradigma «evolución del derecho».

1. Conceptos de derecho. Una propuesta

En estos últimos años ha habido un renacimiento de las concepciones evolucionistas del derecho, tanto por lo que concierne a la ontología del derecho cuanto con respecto a la metodología explicativa de los fenómenos jurídicos contemporáneos. De este modo se puede hablar de un paradigma «evolución del derecho», utilizando el término «paradigma» en el sentido en que lo hace Thomas Kuhn. A continuación quisiera discutir, de manera rápida (quizá demasiado rápida), dicho paradigma. Mis consideraciones se desarrollarán en seis secciones.

En primer lugar me parece que es necesario ofrecer una definición -aunque aproximativa- del concepto de derecho. Según mi opinión, el derecho no se puede reducir a una serie de mandatos o imperativos, ni a un mero sistema de normas, ni a regularidades de conducta, y tampoco a funciones de una realidad de tipo natural-objetivo, es decir a un conjunto de «hechos brutos». La primera tesis

---

* Estas notas reproducen con variaciones y adiciones el texto de dos conferencias tenidas en las Universidades de Valencia y de La Laguna (Tenerife) respectivamente en diciembre 1991 y en mayo 1992. A los profesores Javier de Lucas Martín e Ignacio Ara Pinilla les agradezco la oportunidad de desarrollar reflexiones y de debatir sobre el tema. A Cristina García Pascual le debo un agradecimiento especial por revisar mi (pésimo) castellano.

es aquella defendida por los teóricos voluntaristas o imperativistas como, por ejemplo, Jeremy Bentham y John Austin, aunque también ellos introduzcan elementos que limitan de una manera u otra su voluntarismo y su imperativismo (pienso, por ejemplo, en la idea de Austin de las reglas jurídicas como mandatos abstractos, es decir como actos que prescriben clases de conductas y no conductas específicas).

La segunda tesis es propia de los llamados normativistas, cuyo más típico representante es Hans Kelsen, mientras que la tercera teoría es aquella del realismo jurídico, especialmente en su versión norteamericana. La última tesis es propia de la sociología del derecho, o mejor dicho de muchas teorías sociológicas que estudian el derecho como fenómeno de la realidad social concebida como ámbito de la realidad natural-empírica.

Explicito algunas de las razones por las cuales no me encuentro de acuerdo con ninguna de las mencionadas teorías.

El derecho no es una suma de mandatos o imperativos. Un mandato o imperativo actúa de manera interpersonal y su validez depende de la fuerza (física o/y psicológica) del sujeto que lo ha emitido. El derecho y las normas jurídicas, sin embargo, son fenómenos eminentemente impersonales. Las normas jurídicas siguen siendo válidas aun cuando los sujetos que las han emitido hayan muerto. Algunas veces incluso son válidas y vigentes aun cuando los sujetos que son sus destinatarios no sean conscientes de su existencia, es decir no sepan que alguien emitió aquellas normas.

No estoy convencido, como no lo está ya Jürgen Habermas, de esta tesis central del así-llamado «prescriptivismo», es decir «que en la estructuración lógica del discurso los imperativos deben tener primacía sobre las reglas de conducta»[1]. «Der Sinn des mit Haldlugsnormen verbundenen universalen Geltungsanspruchs -continúa el filósofo de Frankfurt-, des Anspruchs auf normative Richtigkeit, kann hinreichend nur in terms intersubjektiver Anerkennung analysiert worden und nicht in terms verallgemeinerter Befehle»[2]. «Una orden o un ruego -escribe Carlos Nino- son actos de formular juicios normativos con la intención de que esa formulación sea relevante para las razones que el destinatario ya tiene»[3]. Para que una orden, un mandato, una prescripción, un imperativo sean efectivos el destinatario debe tener razones antecedentes a la formulación de la orden, que no pueden por lo tanto fundarse sobre

---

[1] Habermas, *Zwei Bemerkungen zum praktischen Diskurs. Paul Lorenzen zum 60. Geburtstag,* in ID., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1982, pág. 344.

[2] *Ibid*.

[3] C. S. Nino, El *constructivismo ético,* Centro de estudios constitucionales, Madrid 1989, pág. 54.

la orden misma. El hecho que yo sea destinatario de una prescripción no puede justificar, sin caer en un tipo de falacia naturalista, mi decisión de obedecer a la prescripción misma. Para que ésta tenga validez normativa, y pueda dirigir mi acción, hay que presuponer un principio normativo que afirme que una cierta formulación normativa en ciertos ámbitos y contextos, y emitida por ciertas personas, tiene el valor de regla de conducta.

Además, el imperativismo debe presuponer una teoría semántica que es muy discutible. En primer lugar, para el prescriptivismo las reglas tienen sentido, contenido semántico, sólo en la medida en la cual han sido el objeto de un acto de emanación, de voluntad, del uso prescriptivo del lenguaje. Es ésta la llamada concepción «expresiva» de las normas[4]. En segundo lugar, el imperativismo tiene que presuponer una teoría «intencionalista» del lenguaje, según la cual el sentido de un enunciado (y *a fortiori* de una regla) es la «intención» de aquel que lo ha emitido[5]. Así para la comprensión y interpretación de la norma-mandato es preciso identificar un sujeto humano que sea su emisor. A estas dos tesis de teoría del significado se les puede objetar *prima facie* que el «expresivismo» constituye un obstáculo a la reconstrucción lógica y racional de la decisión jurídica[6] y que el «intencionalismo» es un obstáculo a cada proceso interpretativo de la regla (de la ley) que no tenga como fin directo la aseveración de la voluntad subjetiva e histórica del sujeto que estableció la regla (del legislador)[7]. A pesar de lo que aseguran

---

[4] Véase C. Alchourrón, E. Bulygin, *The Expressive Conception of Norms,* en *New Essays in Deontic Logic,* ed. by R. Hilpinen, Reidel, Dordrecht 1981, págs. 95 ss.

[5] Para H. P. Grice, que es uno de los defensores de la teoría intencionalista, una expresión lingüística *x* significa *p*, si (i) existe la intención del emisor de *x* que signifique *p*, (ii) existe el reconocimiento o la posibilidad de reconocimiento por parte del destinatario de *x* que detrás de *x* hay la intención de significar *p*, y (iii) existe la intención del emisor de *x* que *p* sea reconocido como su significado (véase H. P. Grice, *Meaning,* en «Philosophical Review», 1957, págs. 377-388).

[6] Para una crítica de la «concepción expresiva» de las reglas, véase O. Weinberger, *Der normenlogische Skeptizismus,* en «Rechtstheoric», 1986, págs. 45 ss.

[7] Esta dificultad es vista por Grice, el cual sin embargo cree que de alguna manera cualquier significado pueda referirse a una intención particular. Así, después de haber distinguido entre «significado natural» (meaning *N*) -más o menos cercano a lo que se entiende en lingüística por «signo», donde el hecho de que *x* significa *p* implica *p*- y «significado no natural» (meaning *NN*) -más o menos próximo a lo que en lingüística se llamaría «símbolo», donde el hecho de que *x* significa *p* no implica *p*, el filósofo inglés define el concepto de «significado non natural» (meaning *NN*) de la manera siguiente. «'X meant something' is (roughly) equivalent to 'somebody meant*NN* something by x'. Here again there will be cases where this will not quite work. I feel inclined to say that (as regards traffic lights) the change to red mean*NN* that the traffic was to stop; but it would be very unnatural to say, 'somebody (e. g., the Corporation) meant*NN* by the redlight change that the traffic was to stop'. *Nevertheless, there seems to be some sort of reference to somebody's intentions»* (H. P. Grice, *op. cit., p.* 385, cursiva mía).

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin[8] el «expresivismo» tendrá muchos problemas al explicar las reglas implícitas, las cuales incluso en la experiencia jurídica del Estado moderno juegan un papel fundamental (por ejemplo, por lo que concierne a las normas consuetudinarias, a la jurisprudencia, y a los principios generales del derecho, todos ellos fundamentados sobre conjuntos de reglas no expresadas de manera explícita). En fin, lo que el imperativismo olvida es que -como dice Waismann- «ein Befeh1 notwendig einem Befehlsgeber voraussetzt, eine Regel nicht»[9].

El derecho no es un *mero* sistema de reglas, en tanto en cuanto las normas son consideradas entidades ideales, contenidos semánticos, que como tales no necesitan el hecho de ser observadas. Cada uno de nosotros podría en su mente enunciar, o hacer una lista o un proyecto de un completo sistema de normas, un nuevo código penal por ejemplo, sin que estas normas puedan nunca dirigir conductas humanas ni constituir un verdadero fenómeno jurídico. Piensen en la diferencia entre proyectos de leyes y leyes mismas. Así se puede afirmar con bastante seguridad que una norma llega a ser un fenómeno real (social), y no queda sólo una entidad semántica (aunque elaborada y teóricamente interesante), cuando la conducta de los sujetos a los cuales la norma está dirigida o que están de alguna manera afectados por ella empieza a conformarse con la norma. Como escribe Wittgenstein, «la flecha apunta sólo al ser usada por el ser viviente»[10]. Esto no quiere decir que las leyes no se presenten en sistemas de entidades semánticas. Tan sólo quiere decir que las leyes son *también* entidades semánticas y que para ser normas socialmente existentes necesitan ser aplicadas, esto es que existan conducta que correspondan a ellas, o -si adoptamos las ideas de Richard Mervin Hare como nos ha sugerido Uberto Scarpelli- a su «frástico», a su elemento semántico representativo de un cierto estado

---

[8] La teoría [expresiva, n.d.a.] es fácilmente adaptable a las normas consuetudinarias. Su existencia depende de ciertas disposiciones que se revelan en determinadas acciones» (C. Alchourrón, E. Bulygin, *La concepción expresiva de las normas,* en ID., Análisis lógico y derecho, Centro de estudios constitucionales, Madrid 1991, p. 127). Pero si se afirma que «las normas son el resultado del *uso prescriptivo* del lenguaje» (*ibid*, p. 123, cursiva en el texto), será preciso concluir que las normas consuetudinarias, que no son el resultado de ningún uso lingüístico (y *a fortiori* de ningún *uso prescriptivo* del lenguaje), no son «verdaderas normas». Las «disposiciones que se revelan en determinadas acciones» no son actos lingüísticos y tampoco son prescripciones, órdenes.

[9] F. Waismann, *Logik, Sprache, Philosophie,* Hg. von G. P. Baker und B. McGuinness, Reclam, Stuttgart 1976, pág. 209.

[10] L. Wittgensttein, *Philosophische Untersuchungen,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984, pág. 208 (I, 454), y compárese A. Kemmerling, *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins,* in «Rechtstheoríe», 1975, págs. 109-110.

de hechos. Lo que aquí se está rechazando es sólo un normativismo más o menos idealista o «platonista». Este rechazo no implica que no se puede asumir una postura que me parece bastante plausible -que ha sido llamada «normativismo realista», y la cual subraya la interdependencia entre normas como entidades semánticas (o ideales, si se quiere) y conductas en la constitución de los fenómenos jurídicos.

El derecho tampoco se constituye mediante regularidades de conducta, pues el hecho de que una conducta se repita constantemente en el tiempo no indica ni tampoco es la causa de que tal conducta deba seguir repitiéndose. El hecho de que yo me levante cada día a las siete de la mañana no prueba la existencia de una regla según la cual yo tendría la obligación de levantarme cada mañana a esa hora tan bárbara. «Dass eine Regel befolgt wird -escribe Waismann-, davon kann man sich nur durch die wirkliche Beobachtung der Bewegungen in Spiel überzeugen. Die Geltung der Regel ist von solchen Beobachtungen unabhängig»[11]. Además, las reglas, diferentemente de las regularidades, tratan también casos nuevos, de manera que el actor que siga una regla puede tener una indicación sobre «el que hacer» incluso en situaciones que no sucedieron nunca antes[12].

Las conductas humanas, las acciones de los hombres, no están dirigidas por una causalidad de tipo mecánico. La conducta humana está motivada por intenciones, y que puede ser justificada por razones. Ahora bien, en el derecho, y en general en todo fenómeno normativo, el punto de vista interno, el punto de vista del agente que toma unas normas como fundamentos de sus acciones, prevalece sobre el punto de vista externo, es decir el punto de vista de quien simplemente considera el curso de unas conductas y eventualmente su conformidad a unas reglas o normas. Sin la consideración del punto de vista interno quizás podría tener razón Saul Kripke en su interpretación escéptica del pensamiento de Wingenstein, según la cual cualquier regla podría acordarse a cualquier conducta y por eso ya no sería lógicamente posible hablar de violación de la regla. De hecho sin considerar el punto de vista interno muchas conductas podrían estar en correspondencia de manera negativa (como violación) o de manera positiva (como observancia) con un cierto conjunto de reglas o normas.

Como nos dice Carlos Nino, «si la norma jurídica es una razón para actuar no puede ser un acto o un hecho sino que debe ser un juicio

---

[11] F. Waismann, *Logik, Sprache, Philosophie,* cit., pág. 211.

[12] Véase *ibid.,* pág. 209, y compárese. J. R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language,* Cambridge University Press, Cambridge 1969, pág. 42.

o un principio»[13]. Si aceptamos la idea de que las normas son razones para adoptar una cierta conducta, y distinguimos entre causas, motivos y razones[14], tenemos que concebir las normas como contenidos semánticos, como proposiciones normativas que puedan asumir el papel de premisas mayores en un razonamiento práctico. Las concepciones imperativistas (según las cuales las normas son actos de voluntad) y las teorías realistas (según las cuales las normas son hechos no ulteriormente calificados) niegan el elemento ideal, semántico, o proposicional, de las normas jurídicas. Éstas así sólo podrán constituir causas o motivos de conductas, pero nunca razón para actuar en cierta dirección o manera. Desde una perspectiva imperativista o realista no tendrá mucho sentido hablar de razonamiento práctico.

El aspecto interno de juicios, deseos, creencias, normas, es decir su contenido proposicional o semántico, es lógicamente prioritario respecto a su aspecto externo, es decir su relevancia causal, su capacidad de ser causas de otros hechos en el mundo, en tanto en cuanto «el aspecto interno de deseos y creencias es relevante -aún para el observador interesado en sus relaciones causales- en primer lugar para *identificarlos*»[15]. «Los deseos y creencias -continúa Nino- no se identifican por sus contornos espaciales ni aún por su localización temporal sino porque son deseos y creencias (que tuvo tal o cual persona, en tal o cual circunstancia) de que algo sea el caso o de que algo es el caso. Sin referencia al contenido proposicional de deseos y creencias ni siquiera podríamos identificarlos a los efectos de establecer entre ellos relaciones causales»[16]. Además el hecho de que juicios, deseos, creencias, y normas se identifiquen a partir de su contenido proposicional repercute de manera relevante sobre la manera en la cual dichos juicios, deseos, etc., actúan dentro de cadenas causales, es decir sobre la manera en la cual ellos pueden darse como causas de otros acontecimientos, especialmente de otros juicios, deseos, etc.

---

[13] C. S. Nino, *El constructivismo ético,* cit., pág. 30.

[14] Por esta distinción, cf. F. Waismann, *Languaje Strata,* in *Logic and Language* (Second Series), ed. by A. Flew, Blackwell, Oxford 1973, págs. 30-31. Y léase L. Wittgenstein, *The Blue and Brown Books,* Blackwell, London 1989, pág. 15: «The proposition that your action has such and such a cause, is a hypothesis. The hypothesis is well-founded if one has had a number of experiences which, roughly speaking, agree in showing that your action is the regular sequel of certain conditions which we then call causes of the action. In order to know the reason which you had for making a certain statement, for acting in a particular way, etc., no number of agreeing experiences is necessary, and the statement of your reason is not a hypothesis». Véase también L. Wittgenstein, *The Brown Book,* in ID., *The Blue and Brown Books,* cit., pág. 88.

[15] C. S. Nino, *El Constructivismo ético*, cit. pág. 47.

[16] *Ibid.*

Como dice Carlos Nino, «los deseos y creencias sólo se generan a partir de otros deseos y creencias apropiados, y cuáles son apropiados depende de su aspecto interno [...] Aún cuando la generación de nuevos deseos a partir de otros y de creencias es un fenómeno causal, ese fenómeno causal tiene que ver con proposiciones que constituyen el aspecto interno de los deseos y creencias y con las *relaciones lógicas* entre tales proposiciones[17]. Dicho de otra manera, juicios, deseos, normas, etc., pueden actuar como causas en la medida en que sea entendido o comprendido (es decir, identificado) su contenido proposicional o semántico. Esta comprensión es una condición necesaria (aunque no suficiente) de la relevancia causal de dichos juicios, deseos, etc., y por lo tanto no se puede explicar en términos meramente causales la relación entre juicios, deseos, etc., y acciones conformes a éstos.

Las intenciones y los motivos de la conducta humana a su vez están «filtrados» por normas, o se sitúan dentro de un marco de acciones que se han hecho posibles gracias a normas. Un ejemplo de conducta humana determinada (hecho posible) por unas normas es el ir a la iglesia para oír la misa. No hay misas y tampoco iglesias sin normas. Un ejemplo de conducta «filtrada» por reglas es la comida. Los hombres comen para satisfacer una necesidad animal, fisiológica, y el comer no presupone norma alguna para existir como mera conducta animal. Y sin embargo no hay conducta más influenciada por factores culturales que el comer entre los hombres. Hay reglas sobre cómo comer, cómo comportarse en una mesa, por ejemplo cómo llevarse la cuchara a la boca, y hay reglas sobre la manera de cocinar y de preparar la comida y sobre lo que hay que cocinar.

En fin el derecho no se puede representar como una realidad natural-objetiva, o como una función de este tipo de realidad. La razón es que la existencia del derecho coincide con la observancia de sus normas, así depende en cierta (muy grande) medida de estas normas y de su contenido. Es decir, las normas en el caso del derecho, por lo menos sus normas básicas, son constitutivas de la realidad del derecho mismo, en el sentido en que ellas determinan sus características. Además, el derecho, como la sociedad, es un fenómeno eminentemente cultural, no natural. Este adquiere «objetividad» en grados bastante limitados, y sólo dentro de un específico marco normativo, o en otros términos sólo con respecto a cierta sociedad y a un específico tiempo histórico. Aquí hay que subrayar que, si se acepta que el derecho está constituido por normas, es decir que es una realidad que no se puede pensar sin las normas mismas, no se puede concluir que el derecho sea un mero componente de la realidad empírica, ya que

[17] *Ibid.*

esta última se puede pensar sin presuponer ningún reenvío normativo o mejor dicho sin ninguna imputación o atribución de sentido.

El punto de vista interno, el punto de vista de quien considera las reglas como posibles razones para actuar en una cierta dirección, es imprescindible para la existencia de reglas sociales. Como ha dicho H. L. A. Hart, precisando su concepto de obligación jurídica: «Lo que es necesario para establecer reglas que imponen obligaciones, incluso en un régimen simple de reglas de tipo consuetudinario, no consiste simplemente en que las reglas deban ser apoyadas de hecho por una presión social y exigencia general de conformidad, sino que *se debería mayoritariamente* aceptar que esas reglas son respuestas legítimas a las desviaciones, en el sentido de que son exigidas o al menos permitidas por el sistema. De este modo, la presión y las exigencias no serán simplemente consecuencias predecibles de las desviaciones, sino consecuencias normativas porque son legítimas en este sentido»[18]. Pero, es precisamente este «punto de vista interno» el que no pueden explicar ni tomar en cuenta las teorías funcionalistas (*à la Luhmann,* por ejemplo) que perciben el fenómeno jurídico desde un punto de vista externo, desde el punto de vista del «observador no vinculado». El punto de vista interno no puede ser tomado en serio tampoco por aquellas teorías «realistas» que en el mejor de los casos lo reducen a un «hecho» psicológico y a un estado meramente subjetivo (aunque alguna vez refiriéndose, para explicar la intersubjetividad de los fenómenos sociales, a la idea de condicionamiento social, idea que por otra parte resulta bastante misteriosa).

En fin el concepto de derecho que aquí se propone es el siguiente: el derecho es una *institución*. Por *institución* propongo considerar cualquier sistema de normas o reglas que sean condiciones de posibilidad (de pensamiento *a priori,* y de percepción *a posteriori*) de un ámbito de conductas humanas para el caso de que éstas sean de hecho ejecutadas. Dicho de otra manera *institución* es aquel ámbito de acciones que ha sido posible mediante normas cuando las posibilidades de acciones abiertas por las normas son de hecho disfrutadas por sujetos humanos.

Para llegar a una concepción institucionalista del derecho como la que aquí se adopta es preciso desembarazarse de un viejo prejuicio nutrido por muchas generaciones de filósofos y juristas: que las reglas o normas sólo sirven para restringir, o coartar, o limitar las posibilidades de conducta del hombre. Llamaría a esto el «prejuicio prescriptivista». En verdad normas y reglas pueden también aumentar, en vez de reducir, las posibilidades y alternativas de acción. Esto ha sido señalado agudamente, entre otros, por Newton Garver. «It

[18] J. R. De Páramo, *Entrevista a H. L. A. Hart,* en «Doxa», 1988, pág. 344; cursiva en el texto.

might initially seem -escribe- that rules are essentially and unqualifiedly restrictive, since they determine what cannot or what must be done or said. Consideration of the role of rules in games and languages shows that this supposition is quite wrong. All the rules discussed so far have the effect of opening up new realms of activity, by defining the acts and practices in question, rather than that of restraining men from something they can already do. One cannot play bridge at all, one cannot even renege, except by reference to the rules which define the game; mathematical logic must remain entirely alien to one who won't learn the rules for it; and there are a whole host of common human activities such as gossiping, telling jokes, giving orders, asking questions, lying, making promises, and so forth that one can engage in only after mastering a language»[19].

Si aceptamos la definición de *institución* que acabo de esbozar no sólo el derecho sino también otros sistemas de reglas (la etiqueta, la moral positiva, la religión positiva, ciertos tipos de juegos) serían «instituciones», en cuanto todos estos diversos sistemas de reglas sean observados efectivamente dando lugar a conductas que sin aquellas reglas no hubieran tenido lugar. Aquí, por supuesto, se presenta el problema de distinguir el derecho de los otros sistemas normativos. Una solución podría ser la que se refiere a los intereses que subyacen en las normas. Es el camino intentado por H. L. A. Hart en *The Concept of Law.* Así el derecho sería la institución compuesta de aquellas conductas destinadas a la satisfacción de los intereses más relevantes de un grupo social dado. Confieso sin embargo que esta solución me parece todavía discutible y bastante problemática. Esta dificultad confirma la crítica a la idea que las reglas constitutivas puedan exhaustivamente definir las instituciones (o prácticas) resultantes de la observación de aquellas reglas. «Las reglas (las reglas constitutivas) -escribe Hubert Schwyzer- no especifican ellas mismas la manera en la cual hay que considerar la conducta cumplida de acuerdo con aquellas reglas; esto es algo que el establecimiento mismo de las reglas tiene que presuponer»[20]. Es decir, el sentido -y por lo tanto también los criterios de identificación- de la práctica o institución no residen sólo en las reglas que las «constituyen».

2. Conceptos de evolución

Según algunas teorías sociológicas se puede hablar de una evolución de la sociedad que obedece a dinámicas parecidas a aquellas

---

[19] N. Garver, *Rules,* in *The Encyclopedia of Philosophy,* ed. by P. Edwardd, vol. 7, MacMillan, New York 1967, pág. 232.

[20] H. Schwyzer, *Rules and Practices,* in «Philosophical Review», 1969, pág. 467.

que parecen gobernar la evolución de fenómenos biológicos. Esta es la concepción del darwinismo social y de muchas teorías marxistas (cabe recordar las palabras de Engels elogiando a Marx como el Darwin de las ciencias sociales). Es también, con distintos acentos y matices, la concepción de los sociólogos de la tradición funcionalista, desde Durkheim hasta Parsons y Luhmann.

Como es sabido, para Herbert Spencer la evolución se define como el pasar de un estadio homogéneo indiferenciado a un estadio heterogéneo diferenciado: «Evolution is a integration of matter and concomitant dissipation of motion, during which the matter passes from an indefinite, incoherent homogeneity to a definite, coherent heterogeneity»[21]. Este proceso de diferenciación marca, por supuesto, también los grupos sociales, ya que la evolución social es vista «as at once an increase in the number of individuals integrated into a corporate body, an increase in the masks and vanities of the parts into which this corporate body divides, as well as at the actions called their functions, and an increase in the degree of combination among these masks and their functions»[22]. Aquí evolución significa sin duda alguna progreso. Según el filósofo británico por lo que concierne al ser humano «hay un avance gradual hacia la armonía entre la naturaleza mental del hombre y sus condiciones de existencia»[23].

En la tradición funcionalista, que de alguna manera retoma posturas spencerianas, el concepto de evolución está estrictamente ligado a las nociones de «diversificación» y «complejidad». Como ya es conocido, para Durkheim la ley de la evolución social es aquella que empuja de un estado social formado por segmentos homogéneos y similares a un estado social estructurado en órganos distintos, cada uno encargado de una tarea específica[24]. Esta ley de diferenciación es válida también para la evolución de los seres vivientes -«La même loi préside -escribe- au développement biologique»[25].

Según Radcliffe-Brown, uno de los clásicos teóricos funcionalistas, la teoría de la evolución orgánica y supraorgánica (social) puede ser reducida a dos tesis fundamentales: (i) en primer lugar hay un proceso de diversificación tanto en el desarrollo de las formas de vida orgánica como en el desarrollo de las formas de vida social, gracias al cual una pluralidad de tipos distintos de vida orgánica y social

---

[21] H. Spencer, *First Principles,* Reprint of the Edition 1904, in *The Works of Herbert Spencer,* vol. 1, Otto Zeller, Osnabrück 1966, pág. 321.

[22] *Ibid*., pág. 416.

[23] *Ibid.,* pág. 414.

[24] Véase E. Durkheim, *De la division du travail social,* sixième edition, Felix Alcan, París 1932, pág. 157.

[25] *Ibid*., pág. 167.

se ha desarrollado a partir de un número más restringido de tipos originarios; (ii) en segundo lugar, hay una tendencia general de desarrollo hacia estructuras y organizaciones (tanto orgánicas como sociales) más complejas que se han originado de estructuras y organizaciones mucho más sencillas[26].

La teoría sociológica de Talcott Parsons no presenta, me parece, cambios o novedades considerables con respecto a este «paradigma». La evolución social es considerada como un momento en la más larga historia de la vida orgánica. La perspectiva sociológica evolucionista que él adopta «conceives of man as integral to the organic world, and human society and culture as properly analysed in the general framework appropriate to the life process». «Whether the adjective 'biological' be used or not, the principle of evolution is firmly established as applying to the world of living things. Here the social aspect of human life must be included»[27].

También según Parsons la evolución social se mueve gracias a los dos mecanismos de *variación* (complejidad) y diversificación (respuesta a la complejidad). «Socio-cultural evolution -escribe- like organic evolution has proceeded by variation and differentiation from simple to progressively more complex forms»[28].

Sin embargo en todas estas teorías queda bastante obscuro cual es el criterio que nos permite comprobar la «complejidad» y la «diversificación» de una estructura social. Es decir, no está claro respecto a qué se habla en ese contexto (la evolución supraorgánica) de «complejidad» y «diversificación». Lo que quiero subrayar es el hecho de que nociones como «complejidad» y «diversificación» siempre son relativas a ciertos criterios, y que por ende varían al variar los criterios mismos.

¿Es más diversificada la sociedad italiana de hoy donde la gente habla más o menos el mismo idioma, o era más diversificada la sociedad italiana de hace un siglo donde las personas hablaban una pluralidad de dialectos distintos y no se comprendían entre ellos? ¿Es más diversificada la sociedad europea de hoy, donde la gente se viste más o menos de la misma manera, o era más diversificada la sociedad europea de hace dos siglos, donde costumbres y hábitos variaban según la región, según la clase o la corporación social, y según la condición -por así decir- anagráfica (por ejemplo, las mujeres casadas con faldas de distinto color al de las solteras)? Si asumimos como criterio de «diversificación» la variedad de los hábitos o de los

---

[26] Véase A. R. Radcliffe-Brow, *Structure and Function in Primitive Society, Essays and Addresses,* 4th ed., Cohen & West, London 1961, pág. 8.

[27] T. Parsons, *Societies, Evolutionary and Comparative Perspectives,* Prentice-Hall, Englewood Cliffs, N. J., 1966, pág. 2.

[28] *Ibid.*

idiomas, tendríamos que concluir que lo que ha pasado en Italia y en Europa en los últimos siglos no es una «evolución», sino una «involución», pues la variedad de los hábitos e idiomas no ha aumentado sino ha disminuido de manera considerable. Es decir, hemos asistido, por lo que concierne a la manera de hablar y de vestir, a un proceso de simplificación, u homogeneización, y no de diversificación.

Las nociones de «complejidad» y «diversificación» se refieren a criterios que son relativos, que dependen en gran medida de la materia analizada, y del punto de vista del observador. Estas nociones pueden ser usadas como instrumentos eurísticos, pero no pueden pretender representar ningún tipo de principio ontológico[29].

Además hay que notar que el concepto de evolución no es meramente descriptivo, sino que está lleno de implicaciones valorativas. En la escala de la evolución aquello que alcanza el escalón sucesivo (más alto) es también «mejor» con respecto a lo que se ha quedado en el escalón precedente (más bajo). Detrás del concepto de evolución, así, es posible entrever el perfil de uno de los más grandes mitos de la civilización industrial: el progreso, con su prejuicio, el etnocentrismo europeo. De manera muy significativa Talcott Parsons, por ejemplo, considera la economía de mercado y la democracia como resultados necesarios de la evolución social, añadiendo que estas instituciones no son simples invenciones peculiares de ciertas sociedades sino «universales evolucionarios»[30].

Que la idea de evolución, aun en sus más recientes formulaciones, contenga un núcleo semántico que comprende el concepto de progreso está demostrado por unas argumentaciones de Klaus Eder, más explícito en su fe progresista y más directo y claro en su lenguaje que el algunas veces críptico Habermas. En primer lugar Eder nos revela dónde está la diferencia entre historicismo tradicional (hegeliano) y historicismo «comunicativo» (habermasiano). Según el primero la historia es la realización fáctica de la razón, para el segundo la historia representa sólo la *posibilidad* de esta realización. «Die Geschichte wurde nicht mehr als faktische Realisierung der Vernunft, sondern als Möglichkeit der Realisierung von Vernunft interpretiert»[31].

---

[29] Aquí no es ocioso recordar que el criterio adoptado por ciertos biólogos para probar la evolución ha sido la llamada «ley de Willinston», según la cual «las partes de un organismo tienden a reducirse en su número y a especializarse en su función» (N. Abbagnano, *Dizionario di filosofia,* U.T.E.T., Torino 1969, pág. 365). Es decir, según esa «ley» el criterio de la evolución no está dado por la mayor *complejidad* de un organismo, sino por su simplificación.

[30] Véase T. Parsons, *Evolutionary Universals in Society,* in ID., *On Instituions and Social Evolution,* ed. by L. H. Mayhew, The University of Chicago Press, Chicago and London 1985.

[31] K. Eder, *Kollektive Lernprozesse und Geschichte. Zur Evolution der moralischen Grundlagen politischer Herrschaft,* in «Saeculum XXXIII», 1982, pág. 116.

Eder asume (i) que las estructuras de las concepciones morales puedan ser jerarquizadas de manera que formen una secuencia de estadios que se presente como «evolución», y (ii) que esta evolución sea el producto de procesos de aprendizaje colectivo dirigidos a la construcción, en tiempos distintos, del ordenamiento social. Ahora bien, cuando Eder resume sus dos presupuestos básicos, así se expresa: «Meine beiden Ausgangsannahmen sind also: es gibt so etwas einen moralischen *Fortschritt* in der Geschichte; dieser moralische Fortschritt ist an kollektive Kernprozesse in der Geschichte gebunden»[32]. Es decir, la asunción de que hay una jerarquía de estadios de concepciones morales interpretable como evolución de aquellas concepciones no es más que la afirmación de un progreso moral en la historia. Evolución aquí significa de manera bastante explícita «progreso». Como nos ha señalado Helmut Plessner, el evolucionismo representa una forma de ideología industrialista. «Cada forma de historia universal evolucionaria exalta el hombre de la época industrial [...]. En ella el hombre de la cultura europeo-americana está en la cumbre del tiempo, detrás de sí estadios superados del ser, delante de sí un futuro infinitamente abierto de continuas posibilidades de crecimiento»[33].

De otro lado la evolución para las teorías evolucionistas es como un proceso que se desarrolla de manera necesaria, que tiene que desarrollarse justamente como de hecho lo hace. Por ejemplo, cuando Niklas Luhmann habla de la autonomía de los sub-sistemas sociales y especialmente de aquel sub-sistema que es para él el derecho, autonomía que él concibe como resultado de la evolución social, afirma que «la autonomía no es un fin deseado sino una necesidad fatal»[34]. Así el concepto de evolución resulta estrechamente ligado a la idea de ley científica, especialmente en su versión ontológica que presupone la existencia de leyes naturales, respecto de las cuales las leyes científicas a través de su formulación lingüística serían solo un reflejo.

Sin embargo, si la sociedad es un fenómeno cultural, y si los fenómenos culturales se distinguen de los naturales por el hecho de estar constituidos a través de reglas, resulta bastante problemático aplicar a las sociedades y grupos sociales un concepto de evolución entendida como movimiento determinado causal y objetivamente. De hecho, las reglas (por lo menos aquellas que constituyen «instituciones»)

---

[32] *Ibidem.* Cursiva mía.

[33] H. Plessner, *Die verspätete Nation. Über die politische Verführbarkeit bürgerlichen Geistes*. Suhrkamp, Frankfurt am Main 1988, pág. 112. Traducción mía.

[34] N. Luhmann, *The Self-Reproduction of Law and Its Limits,* in *Dilemmas of Law in the Welfare State,* ed. by G. Teubner, W. de Gruyter, Berlín 1986, pág. 112.

introducen «algo» nuevo en el mundo. Las reglas del cricket, si son observadas, «constituyen» lo que resulta ser una «nueva» realidad: el juego del cricket. De la misma manera las reglas del Esperanto, si son aplicadas, llevan a una nueva forma de hablar y, en cierta medida, de pensar. Establecer una regla de este tipo es un acto creativo, la invención de un nuevo modelo de conducta, es decir de una nueva forma de existencia, la cual no se puede explicar con respecto a la situación de hecho que la precede, y a la cual, por lo tanto, no se le aplica el concepto clásico de «evolución».

La sociedad humana se compone de actos y objetos que tienen sentido simbólico. Este sentido, por supuesto, no deriva de ninguna necesidad causal, sino que es cuestión de convención, de creación, de invención, y -si me lo permiten- de arbitrio. Aquí se encuentra la fisura entre naturaleza y sociedad: la primera está gobernada por causas, la segunda por reglas, pues los símbolos que componen la sociedad (que pueden ser reducidos a la forma «*x* cuenta como *y*») son tipos de reglas constitutivas (en el sentido de Searle). Pero, si es así, si los fenómenos sociales están dirigidos por reglas, por imputaciones o adscripciones normativas, no se les puede aplicar un concepto como el de «evolución», que está arraigado en presupuestos deterministas.

Una teoría evolucionista es esbozada también por Friedrich Hayek. Según este autor el sistema de reglas de conducta presente en el ordenamiento social es el resultado de una evolución que ha seleccionado aquel sistema de reglas que más asegura la eficiencia y la supervivencia del grupo frente a los desafíos provenientes del ambiente. «The properties of the individuals -escribe- which are significant for the existence and preservation of the group, and through this also for the existence and preservation of the individuals themselves, have been shaped by the selection of those from the individuals living in groups which at each stage of the evolution of the group tended to act according to such rules as made the group more efficient»[35].

A esta concepción evolucionista se le puede dirigir por lo menos dos críticas. En primer lugar, en el pensamiento de Hayek nos enfrentamos con la afirmación no ulteriormente justificada de la

[35] F. A. Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Rules of Conduct*, in ID., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*. Routledge & Kegan Paul, London 1967, pág. 72. Puede ser interesante recordar que Hayek defiende también una teoría evolucionista de la moral, haciendo, sin embargo, de ésta algo que ya no es materia de disposición y diseño racional del hombre. La moral así es vista sólo como moral positiva, una estructura «dada» al hombre, encontrada -por así decir- y no creada por él. Véase F. A. Hayek, *Le regole della morale non sono le conclusioni della nostra ragione*, in *Libertà, giustizia e persona nella societá tecnologica*, a cura di S. Ricossa e E. di Robilant, Giuffré, Milano, 1985, pág. 3 ss.

homología entre sistemas sociales humanos y sistemas vivientes (animales e incluso vegetales). El mismo Hayek reconoce que la teoría de la evolución social tiene una conexión íntima con la teoría de la evolución de entidades orgánicas. «The theory of evolution of traditions and habits which made the formation of spontaneous orders possible stands therefore in a close relation to the theory of evolution of the particular kinds of spontaneous orders which we call organisms, and has in fact provided the essential concepts on which the latter was built»[36]. Es preciso subrayar que detrás de este evolucionismo se perfila una especie de falacia descriptivista, es decir, la reducción de lo «normativo» a lo «descriptivo», de las reglas a descripciones de estados de cosas. De hecho para Hayek las reglas de conducta denotan sobre todo *regularidades*, y carecen de carácter prescriptivo. «The term 'rule' -él escribe- is used for a statement by which a regularity of the conduct of individuals can be described»[37]. «Las normas así -afirma el economista austriaco- son una adaptación a una regularidad de hecho de la cual dependemos, pero que conocemos sólo de manera parcial, y con que podemos contar sólo si observamos aquellas normas»[38].

Sin embargo Hayek ve las diferencias entre leyes descriptivas y leyes normativas, pero también cree que las dos están estrechamente conectadas. «The factual belief that such and such is the only way in which a certain result can be brought about, and the normative belief that this is the only way in which it ought to be pursued are thus closely associated»[39]. Así Hayek interpreta el sentimiento de culpa en caso de violación de una regla como el producto del miedo que nos da abandonar un camino conocido, una regularidad, y entrar en un mundo desconocido. Violar la regla en este sentido quiere decir dejar lo previsible por lo imprevisible[40]. Según Hayek las leyes normativas tienen carácter *informativo,* nos ofrecen informaciones sobre el ambiente donde tienen que desarrollarse nuestras acciones. La conclusión de Hayek ya la conocemos: «At least so long as the normative rules consist of prohibitions, as most of them probably did before they were interpreted as commands of another will, the 'thou shalt not' kind of rule my after all not be so very different from the rule giving information about what is»[41]. Así se disuelve la distinción

---

[36] F. A. Hayek, *The Results of Human Action but not of Human Design,* in ID., *Studies in Philosophy, Politics and Economics,* cit., pág. 101.

[37] F. A. Hayek, *Notes on the Evolution of Systems of Rules and Conduct*, cit. pág. 67.

[38] *Ibid*., pág. 80.

[39] *Ibid.*

[40] Véase *ibid*., págs. 80-81.

[41] *Ibid*., pág. 81.

semántica y metodológica entre «informaciones teóricas» y «informaciones prácticas»[42].

En segundo lugar, la eficiencia hacia la cual tenderían los sistemas de reglas que sobreviven es un concepto vacío. La eficiencia es respecto a unos fines y a unos objetivos. Pero ¿Quién establece estos fines y objetivos? ¿Cuál es su contenido? ¿Son inmanentes al desarrollo mismo de las cosas? «Hacer un grupo más eficiente» es una expresión que todavía se debe llenar de contenido. Además, ¿son todos los sistemas de reglas que se han afirmado en la historia, que han «ganado», más eficientes que aquellos que han «perdido», que han sido suspendidos por el tribunal de la evolución? Por ejemplo, ¿fue el sistema de reglas introducido por los nacionalsocialistas alemanes desde 1933 más eficiente que el sistema (perdedor) de la República de Weimar?

3. Teorías neoevolucionistas

Frente a las críticas contra el determinismo teleológico de las teorías evolucionistas «clásicas» (Spencer, Darwin, etc.) ha habido algunos intentos de reformular dichas teorías de manera que se evite la crítica antideterminista, Los ataques contra el paradigma evolucionista clásico -como hace notar Niklas Luhmann- provienen de tres lados: (a) de una concepción de la historia que subraya la unicidad del acontecimiento histórico; (b) de una concepción estructuralista que subraya la existencia de elementos atemporales en las sociedades; (c) de un punto de vista que el sociólogo alemán llama «difusionista» que subraya el hecho de que no todas las transformaciones son internas al sistema o sujeto considerado[43].

Las más recientes reformulaciones del paradigma evolucionista se basan fundamentalmente sobre la teoría de los sistemas y en algunas ideas provenientes de la moderna termodinámica. Leemos por ejemplo en el libro de Ervin Laszlo, *Evolution,* publicado en 1985 por el Club de Roma: «Las leyes presupuestas por las ciencias de la complejidad no son deterministas ni prescriptivas: no determinan el curso de la evolución de manera unívoca. Especifican en cambio ciertos conjuntos de posibilidades dentro de los cuales se pueden desarrollar los procesos evolutivos. Se trata de reglas del juego, que deben ser utilizadas en cada momento particular por los jugadores.

---

[42] Por esta distinción, léase O. Weinberger, *Eine Semantik für die praktische Philosophie,* in «Grazer Philosophische Studien», vol. 20, 1983.

[43] Véase N. Luhmann, *Geschichte als Prozeß und die Theorie soziokultureller Evolution,* in ID., *Soziologische Aufklärung 3,* Westdeutscher Verlag, Opladen, 1981, págs. 182-183.

Partiendo de condiciones iniciales idénticas y, dentro de los límites de las posibilidades definidas por las leyes, pueden tener lugar distintas secuencias de acontecimientos»[44]. Así las leyes de la evolución no determinarían acontecimientos específicos sino el marco dentro del cual estos tienen lugar.

Pero esto -se puede objetar- vale también en lo que concierne a muchas leyes científicas. El acontecimiento de que Fulano caiga en la calle un cierto día a una cierta hora no está determinado por la ley de la gravedad y tampoco puede ser previsto por ella. Sin embargo Fulano al caer obedece y comprueba esta ley. Las leyes científicas son condicionales, y esto quiere decir que si no se da la condición no se produce el acontecimiento que obedece a la ley. En este sentido las leyes científicas sólo ofrecen el marco dentro del cual es posible una gran, yo diría infinita, variedad de acontecimientos. Ellas también son reglas del juego, de aquel juego que es el acontecer de los hechos naturales, o «brutos» o -como diría Ota Weinberger- «independientes de los hombres».

Uno de los teóricos contemporáneos que de manera más poderosa utiliza el paradigma «evolución del derecho» es el sociólogo alemán Niklas Luhmann. Luhmann precisa que este paradigma en su concepción no tiene nada que ver con el determinismo de los teóricos evolucionistas del siglo pasado. «Evolution -escribe- ist mithin kein systemimmanenter Kausalprozeß, der seine Kraft einer natürlichen Notwendigkeit verdankt; sie realisiert in Konfrontation mit der Systemumwelt das Potential zu strukturveränderndem «Lernen», das sich aus der Differenzierung jener drei Funktionen der Variation, der Selektion und der Stabilisierung angesichts einer sich unabhängig änderndem Umwelt ergibt»[45]. Además, él refuta la perspectiva evolucionista finalista: «la evolución no necesita indicaciones de dirección. De todas maneras no se trata de un proceso orientado hacia un fin»[46]. Luhmann también rechaza los modelos de evolución que utilizan secuencias de fases, defendiendo en cambio un modelo de evolución fundamentado en el mecanismo interno de la evolución, aunque él proponga -como es conocido- una periodización de la diferenciación social articulada en tres fases temporalmente sucesivas: (i) sociedades segmentarias, (ii) sociedades estratificadas, (iii) sociedades diferenciadas según criterios funcionales.

---

[44] E. Laszlo, *Evoluzione,* trad, it. di G. Bocchi, Feltrinelli, Milano, 1986, pág. 23.

[45] Luhmann, *Evolution des Rechts,* in ID., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechstheorie,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, pág. 15.

[46] N. Luhmann, R. De Giorgi, *Theoria della societá,* Angeli, Milano, 1991, pág. 185.

Luhmann adapta el paradigma «sistémico» al paradigma evolucionista: los sujetos de la evolución son «sistemas», y los «sistemas» existen en tanto en cuanto hay «ambiente». Él llega a sostener que «sólo la *diferencia* entre sistema y ambiente hace posible la evolución. En otros términos: ningún sistema puede evolucionar a partir de sí mismo. Si el ambiente no evolucionase siempre *de manera distinta* del sistema, la evolución se finalizaría rápidamente en un «optimal fit»[47]. Sin embargo, confutando a la tesis precedente, se afirma que «hay que partir del presupuesto que los sistemas pueden transformar sus estructuras sólo a través de sus propias operaciones, cualquiera que sea la manera en la cual estos sistemas reaccionan a lo que sucede en el ambiente»[48].

Para el sociólogo alemán el concepto de evolución significa crecimiento de complejidad y diversificación. «Nach wie vor -escribe- wird Evolution als Steigerung der Komplexität, als Zunahme der Zahl und Verschiedenheit möglicher Bestände und Ereignisse begriffen»[49]. Y esta evolución se fundamenta «en la diferencia entre mundo y sistema»[50]. «Jede Änderung in Systemen, die eine Vermehrung seiner Möglichkeit befestigt, ändert die Komplexität der Welt und damit die Umwelt, der sich andere Systeme anpassen müssen»[51]. Sin embargo, en otro lugar, Luhmann critica la noción de evolución como crecimiento de complejidad. «El viejo principio -escribe- según el cual la evolución sería un proceso que desde relaciones simples lleva a relaciones complejas es indefendible por el simple hecho de que, como resulta evidente, hoy en día todavía sistemas menos complejos coexisten con sistemas complejos»[52]. No obstante, algunas líneas más adelante se afirma la relevancia de la complejidad como criterio evolutivo: «Sin embargo, a pesar de todas estas objeciones, no se puede negar el hecho de que en el curso de la evolución se realicen tests de complejidad al lado de otros menos complejos»[53], para llegar en fin a la conclusión de que «la evolución social exige una diferenciación de las funciones evolutivas»[54], diferenciación que por supuesto no puede más que ser causa de mayor complejidad. «Para describir el resultado de la evolución en general son suficientes formulaciones como: él consiste en hacer posible una

---

[47] *Ibid*., pág. 177. Cursiva en el texto.
[48] *Ibid*., pág. 205.
[49] *Op. ult. cit*., pág. 13.
[50] *Ibid*., pág. 14.
[51] *Ibid*.
[52] N. Luhmann, R. De Giorgi, *Theoria della società*, cit., pág. 185.
[53] *Ibid*. Cfr. *ibid*., p. 197, donde parece defenderse la idea de que «la evolución produce sociedades más complejas», y también p. 201.
[54] *Ibid*., pág. 218.

más alta complejidad»[55]. Para Luhmann una «adquisición evolutiva» es más bien el resultado de una reducción *local* de complejidad para permitir, o adaptarse a, un *general* crecimiento de complejidad.

Además de la evolución «exógena», provocada por las modificaciones del medioambiente, -según Luhmann- hay una evolución «endógena» que se desarrolla mediante tres procesos principales: (i) *variación,* o producción de nuevas posibilidades; (ii) *selección,* es decir toma de decisiones sobre las posibilidades admitidas por el sistema; (iii) *estabilización,* es decir confirmación y protección de las posibilidades admitidas[56]. Estos tres procesos -añade el autor alemán- se encuentran también en los sistemas orgánicos (vivientes), y allí les llamaremos: (i) *mutación,* (ii) *supervivencia,* (iii) *aislamiento*.

Por lo que concierne al derecho, la evolución «endógena» -que en la teoría de Luhmann parece jugar el papel más relevante- se produce a través de la variedad creciente de expectativas normativas («variación»), que no pueden ser todas satisfechas (de ahí su «selección»), hasta llegar a una nueva institucionalización de las normas (expectativas contrafactuales) admitidas por el sistema (es decir «estabilización»).

Aquí, desde luego, hay varios problemas. En primer lugar el mismo concepto de expectativas normativas, que son -según dice Luhmann- aquellas expectativas cuya frustración no provoca el abandono de las mismas. Parece que para Luhmann es anterior la expectativa a la norma. Pero si es así, ¿sobre qué se funda la normatividad (la naturaleza contrafactual) de la expectativa normativa? En segundo lugar, si la expectativa normativa resiste a su frustración, es decir a la violación de la norma que ella reclama o mejor aun respuesta, ¿no sera un absurdo mantener una norma que siempre será violada? O, dicho de otra manera: ¿qué normatividad puede reivindicar aquella norma que nunca es capaz de motivar la conducta que prescribe?[57] Una expectativa es siempre un hecho eminentemente subjetivo, mientras que la norma para ser tal debe ser independiente de la psicología individual del sujeto.

Pero el problema más grave que yo veo en el concepto luhmanniano de «evolución del derecho» está en el concepto mismo de evolución

---

[55] *Ibid.,* pág. 221.

[56] Véase N. Luhmann, *Evolution des Rechts,* cit., p. 14.

[57] Para una crítica parecida al concepto luhmanniano de expectativa normativa, cfr. O. Weinberger, *Instituionentheorie und Institutionalistischer Recht, Institution und Rechtspolitik. Grundprobleme der Rechtstheorie und Sozialphilosophie,* Steiner, Stuttgart 1987, pp. 173-174, y O. Weinberger, *Sociologie und Nonnative Institutionentheorie. Überlengungen zu Helmunt Schelskys Instituionentheorie vom Standpunkt der normativistischen Institutionentologie,* in ID., *Rechtspolitik,* cit., págs. 199-200.

que él adopta. Según el autor alemán, la evolución viene -primero- provocada por relaciones causales entre sistema y ambiente y -segundo- dirigida por los tres procesos de variación, selección, y estabilización. Sin embargo -y en el mismo modo que en el concepto de evolución del autor húngaro considerado más arriba -estos tres procesos representan invariables, una especie de condiciones de los acondicionamientos, las cuales mantienen un cierto carácter determinista a pesar de las profesiones de fe indeterministas a menudo pronunciadas por Luhmann. «Sie [los tres procesos] -escribe el sociólogo alemán- definieren füreinander Bedingungen der Möglichkeit und Operationsspielräume»[58]. Estos mecanismos evolutivos representan unas reglas del juego. Pero ¿quién las estableció?, ¿cuál es su estatuto ontológico o epistemológico?, ¿cómo podemos comprobar la vigencia de estas reglas? Luhmann no nos da respuestas a estas preguntas.

Creo que se puede afirmar que en la aplicación luhmanniana del paradigma evolutivo éste resulta tan sólo un modelo interpretativo, quizá elegante o interesante, pero un modelo interpretativo que no tienen ningún estatuto epistemológico privilegiado frente, por ejemplo, al paradigma historicista o a los paradigmas conflictualistas o estructuralistas. Estos son todos instrumentos eurísticos, que sólo si les reconocemos como tales pueden ayudamos en el estudio de las sociedades humanas.

4. Evolución como aprendizaje

Otro uso del paradigma evolucionista es aquél que concierne a los procesos cognitivos o epistemológicos. Esto es el caso de teorías como las propuestas, por ejemplo, por Jean Piaget (que trata el problema del desarrollo psicológico del niño, especialmente en lo que concierne a su percepción de la realidad), por Karl Popper (que afronta el llamado «crecimiento del conocimiento»), y por Lawrence Kohlberg (que se interesa por el desarrollo de las concepciones morales en el niño). No es posible discutir aquí de manera pormenorizada estas teorías. Lo que sí me parece importante mencionar es que Jürgen Habermas intenta aplicar esta manera de concebir la evolución, es decir como proceso de aprendizaje, a los fenómenos sociales. «Ich mache -escribe el profesor de Frankfurt- von der Idee Gebrauch, dass Gesellschaften evolutionär lernen, indem sie Rationalitätsstrukturen, die in kulturellen Überlieferungen bereits

[58] N. Luhmann, *Geschichte als Prozess und die Theorie soziokultureller Evolucion*, cit., pág 184.

ausgeprägt sind, 'institutionell verkörpern', d.h. für die Reorganisation von Haldlungssystemen nutzen»[59].

Esta perspectiva teórica cree poder justificar epistemológicamente sus pretensiones evolucionistas distanciándose de la idea de un espíritu objetivo que atraviesa la historia y le da sentido y dirección. En cambio se habla de una «lógica evolutiva» que no sería nada más que el conjunto de reglas que fundan los procesos de aprendizaje colectivo que conducen a la moral positiva, socialmente vigente. «Entwicklungslogik -escribe Klaus Eder- meint (obwohl das oft suggiert worden ist) einen über der Geschichte schwebenden oder in der Geschichte sich durchsetzenden objektiven Geist. Entwicklungslogik meint etwas genuin Empirisches: nämlich die Regeln, die den kollektiven Lernprozessen zugrunde liegen, in Menschen sich auf eine kollektiv geteilte Moral zu verständigen suchen»[60].

La concepción neoevolucionista fundada sobre la noción de aprendizaje critica con mucha fuerza la perspectiva sistémica reprochándole el que esté centrada aún en la idea de una evolución «exógena», o «externa», causada o dirigida por la adaptación del sistema a las mutaciones del ambiente. Según la perspectiva sistémica la evolución «endógena», o «interna», quedaría todavía subordinada a la evolución «exógena», o «externa». La evolución -éste es el asunto fundamental de la crítica neoevolucionista de Habermas y Eder- no se puede explicar sólo mediante la interacción entre sistema y ambiente. Que los efectos de un sistema modifiquen el ambiente, y que este ambiente retroactúe sobre la estructura del sistema, no nos aclara porqué el sistema reacciona y no en otra. La conclusión pues es la siguiente: «La evolución sociocultural -y ésta es la presunción general de la teoría de la evolución- está caracterizada por una primacía de la evolución interna sobre la externa. Hablar de evolución

---

[59] J. Habermas, *Uberlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts,* in ID., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus,* III ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1982, p. 260. Sin embargo Habermas añade que «las sociedades aprenden» sólo en un sentido translaticio *(in einem übertragenen sinne)* (J. Habermas, *Einleitung: Historischer Materialismus und die Entwicklung normativer Strukturen,* in ID., *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus,* cit., pág. 36).

[60] K. Eder, *Kollektive Lernprozesse und Geschichte. Zur Evolution der moralischen Grundlagen politischer Herrschaft,* in «Saeculum XXXIII», 1982, pág. 117. Esta perspectiva necesita fuertes presuposiciones holistas: «The developing entity in social evolution is not the individual, but culture» (K. Eder, *Learning and the Evolution of Social Systems. An Epigenetic Perspective,* in *Evolutionary Theory in Social Science,* ed. by M. Schmid and F. M. Wuketits, Reidel, Dordrecht 1987, pág. 102). «Society learns. This often contested Durkheimian idea used is to be defended against all forms of individualistic reductionism» (*ibid*., pág. 124).

interna significa presuponer en el sistema que se adapta prestaciones activas y procesos del aprendizaje»[61].

Para su evolucionismo, Habermas utiliza el modelo de evolución moral del niño propuesto por Lawrence Kohlberg. El estudioso americano identifica tres niveles, cada uno compuesto de dos estadios, seis estadios en total, del desarrollo moral del niño. Además Kohlberg relaciona cada uno de estos niveles a un nivel de desarrollo cognitivo.

Los tres niveles de desarrollo moral «descubiertos» por Kohlberg son los siguientes: (a) el primero es el nivel «preconvencional», y se funda sobre un nivel cognitivo que es aquél del «pensamiento concreto-operacional»; (b) el segundo nivel es el llamado «convencional», cuya contraparte cognitiva es de nuevo el «pensamiento concreto operacional»; (c) en fin el tercer nivel moral es el «postconvencional» que se apoya sobre el nivel cognitivo del «pensamiento formal-operacional»[62].

El nivel «preconvencional» se compone de dos estadios: (i) en el primero la conducta moral está orientada a evitar la punición, y lo justo es considerado en términos de consecuencias físicas de la acción; (ii) en el segundo, que se define como «hedonismo instrumental», lo justo es todo lo que satisface de manera instrumental las necesidades del sujeto.

Los dos estadios del «nivel convencional» son (i) el primero el llamado de la conducta del «buen muchacho» (*good-boy orientation*) donde lo justo es lo que es aprobado y gusta a los que están cerca y alrededor del sujeto agente, y (ii) el segundo aquél de la *law and order orientation*, donde lo justo moralmente es considerado aquello que respeta a las autoridades sociales y que es conforme a los deberes establecidos por tales autoridades. En fin el nivel postconvencional se compone del (i) estadio contractual-legalista, donde lo justo moralmente es definido en términos de reglas y principios establecidos de manera crítica y por toda la comunidad, y del (ii) del estadio universalista (*universal-ethical principle orientation*), donde lo justo moral está definido mediante una decisión de conciencia según principios éticos elegidos por el mismo sujeto, cuyos requisitos mínimos sean su universalidad y coherencia. En los distintos niveles son operativos distintos mecanismos sancionatorios. En el nivel preconvencional la sanción es una punición física, en el nivel convencional la sanción será un sentimiento de vergüenza o de pena, por último en el nivel postconvencional un sentimiento de culpa. Es también diverso,

---

[61] K. Eder, *Geschichte als Lernprozess? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland.* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pág. 24.

[62] Véase L. Kohlberg, *Essays on Moral Development,* Harper & Row, London 1981

en los distintos niveles, el ámbito de validez de la moral: en el nivel preconvencional será el ambiente natural y social percibido como algo indeferenciado, en el nivel convencional por lo que concierne al primer estadio las personas con las cuales se tienen relaciones directas y por lo que concierne al segundo estadio los miembros del grupo político-social considerado. En el nivel postconvencional, el ámbito de validez será, en el primer estadio, todos los que pertenecen al grupo social, y, en el segundo estadio, los sujetos particulares considerados como individuos[63].

Habermas, y Klaus Eder, intentan transferir este esquema evolutivo a los distintos tipos históricos de sociedades. Así, según ellos, al nivel moral preconvencional corresponden las *vorhochkulturellen Gesellschaften,* las sociedades primitivas, al nivel convencional corresponden las *archaische Hochkulturen*, y las *entwickelte Hochkulturen*, y al nivel postconvencional las sociedades de la *Frühe Moderne.* En las sociedades primitivas *(vorhochkulturellen Gesellschaften)* no habría distinción entre reglas y acciones, estaría vigente un tipo de responsabilidad objetiva, y como sanción se aplicaría la represalia. En las sociedades desarrolladas, en el primer estadio *(archaische Hochkulturen)* se formaría una diferenciación entre reglas y acciones, se aplicaría un concepto individual de responsabilidad y se podría hablar de sanciones parecidas a nuestras penas. En el segundo estadio *(entwickelte Hochkulturen)* por primera vez se encontrarían formas de jurisdicción ulterior entre reglas, acciones, y principios justificatorios de las reglas, el derecho se formalizaría de manera relevante, y el poder político se moralizaría junto a su burocratización.

Apoyándose en las teorías de Kohlberg, Klaus Eder distingue dos formas básicas de poder político *(politische Herrschaft)*: (i) el poder político convencional *(konventionelle Herrschaft)*, y (ii) el poder político post-convencional *(postkonventionelle Herrschaft).* En el primer tipo «los fundamentos morales del poder político derivan inmediatamente del orden del mundo»[64], y «el hecho de que el poder político sea aceptado colectivamente resulta del orden universal pensado como dado de manera objetiva»[65]. En el tipo de poder

---

[63] En cierta medida la teoría de los niveles morales del niño elaborado por Kohlberg recuerda la concepción comtiana de los tres estadios evolutivos de la mente humana: teológico, metafísico, y positivo (véase, por ejemplo, A. Comte, *Discours sur l'esprit positif* in ID., *Oeuvres,* tome XI, Anthropos, París 1970). La evolución desde el estadio «teológico» hasta al «positivo» se configura ciertamente como filogénesis, pero no se puede excluir que dicha evolución sea pensada también como congénita.

[64] K. Eder, *Kollektive Lernprozesse und Geschicitte. Zur Evolution der moralischen Grundlagen politischer Herrschaft,* cit., pág. 119.

[65] *Ibidem.*

político «convencional» la realidad natural parece reflejarse y duplicarse en la realidad social. En el tipo «post-convencional» de poder, en cambio, «el hecho de que se acepte el poder político resulta de la inserción o, mejor dicho, de la subordinación del poder a un orden moral universalista»[66]. Aquí «la realidad social ya no coincide con el orden objetivo del mundo»[67]. Todo esto tiene como consecuencia que en la forma de poder «convencional» no se poseen criterios para situarse de manera reflexiva ante al poder, mientras que en la situación de poder «post-convencional» esta actitud crítica sí que es posible.

Estas divisiones en períodos propuestas por Habermas y Eder son ciertamente interesantes, quizá más interesantes que muchas otras tipificaciones. Lo que parece discutible es que este sucederse de períodos constituya una *evolución,* en el sentido de entender que esta sucesión tenga un elemento cualquiera de necesidad y de «progresión». Más discutible todavía es la combinación de una perspectiva ontogenética (la evolución moral del niño) con una perspectiva filogenética (la evolución de los distintos tipos de sociedades) y la analogía que se instaura entre la evolución (aunque «moral») de seres vivos y la evolución de entidades sociales.

Según destaca Ernst Tugendhat, la tesis de la evolución de las concepciones de la justificación moral tiene tres condiciones. (i) Que haya múltiples y distintas concepciones de racionalidad moral. (ii) Que estas concepciones puedan ser ordenadas, clasificadas, según una jerarquía en la cual el estadio más alto represente también un aumento de racionalidad. (Es decir, que las distintas concepciones morales puedan ser ordenadas según un criterio que permita reconocer en ellas un progreso de racionalidad). (iii) En fin, que el criterio que nos permita aseverar la creciente racionalidad de los distintos sistemas morales sea también un criterio temporal, histórico. (Es decir, que el estadio más «alto» de racionalidad moral sea el sucesivo temporalmente o el más reciente desde una perspectiva histórica)[68]. Pero, en (ii) el criterio ordenador no puede ser otro que una concepción moral, y en (iii) es preciso presuponer que la historia sea *qua talis* moral, cayendo así en un intolerable cognoscitivismo metaético historicista, el cual atribuyendo al presente histórico un valor ético predominante invalida cualquier intento de reflexividad sobre, y de crítica moral del *status quo*.

Habermas no logra salir del dilema entre tentaciones evolucionistas (funcionalistas) y el reconocimiento de la necesidad de un punto

---

[66] *Ibidem,* pág. 120.

[67] *Ibidem.*

[68] E. Tugendhat, *Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen im modernen Recht,* in *Argumentation und Recht,* Hg. von W. Hassemer, A. Kaufmann, U. Neumann, Steiner, Wiesbaden 1980, pág. 5.

de vista normativo (independiente). En un primer momento afirma la existencia de una tendencia evolutiva interna a ciertas regulaciones normativas, o a ciertos principios, como por ejemplo los derechos fundamentales del hombre. «Wenn Grundnormen, wie das Recht auf freie Meinungsäußerung oder das Recht der Teilnahme an allgemeinen, freien und geheimen Wahlen -escribe-, erst einmal im Prinzip erkannt und anerkannt sind, schwanken auch die Anwendungen keineswegs beliebig von Situation zu Situation, sondern nehmen, Wenigstens auf längere Sicht, den gerichteten Verlauf einer immer konsequenteren Verwirklichung ihres universellen Gehalts»[69]. Y en un segundo momento sostiene que esto no significa asumir ninguna posición historicista: «todo hubiera podido pasar de otra manera»[70], contradiciéndose en seguida con la siguiente afirmación: «de la historia de los derechos humanos se pueden derivar indicios para sostener que la capacidad de juzgar según la razón práctica» *(die Urteilkraft zur praktischen Vernunft)* no se presenta de manera casual»[71]. Sin embargo, cuando se enfrenta con concepciones «comunitaristas» y objetivistas que proponen como criterio de racionalidad de una «forma de vida» la promoción de la integración y estabilidad de las prácticas sociales, objeta: «Lo que es funcional para el mantenimiento de una práctica de vida no puede calificarla como ética»[72].

En realidad las teorías de Habermas y Eder, y aún más la de Luhmann, son productos en cierta medida de una arraigada *Weltanschauung* funcionalista, pues son teorías que deben presuponer una racionalidad intrínseca a las entidades sociales, es decir unas calificaciones normativas (los criterios de racionalidad) independientes de cualquiera consideración reflexiva, subjetiva o intersubjetiva. Así las sociedades son vistas una vez más a través de un modelo de interacción entre sistemas y ambiente. En este modelo sin embargo surge inmediatamente la cuestión en torno a los criterios que nos permitan distinguir entre sistema y ambiente, así como de establecer la identidad, y los límites por lo tanto, del sistema.

La crítica de Eder a Luhmann puede volverse en contra de su mismo autor. «Der theoretische Blick -objeta Eder en contra del evolucionismo de Luhmann- ist zu allgemein: aus der Interaktion von System und Umwelt allein lässt sich nicht die Evolution eines Systems erklären. Es wird nicht einfach «anschlussrational» variiert,

---

[69] J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1991, pág. 43. Cfr. J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983, pág. 115.

[70] J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik,* cit., pág. 44.

[71] *Ibid.*

[72] *Ibid*., pág. 41.

selegiert und stabilisiert. Es wird vielmehr nach *bestimmten* Gesichtspunkten variiert, selegiert und stabilisiert, und es kommt darauf an, diese Gesichtspunkte zu identifizieren»[73]. Por ende la cuestión es que son estos *Gesichtspunkte,* estos puntos de vista, los que regulan la variación, la selección y la estabilización del desarrollo de un «sistema». Son puntos de vista *normativos,* que no pueden por lo tanto meramente «darse», pues tienen que ser en algún sentido externos al mismo sistema, es decir externos a su objetiva estructuración.

De la misma manera puede usarse en contra de Eder (y de Habermas) lo que el primero objeta a las teorías del darwinismo social. El darwinismo social quiebra al desconocer el papel que juega en las acciones sociales la reflexividad humanas. Gracias a ésta el actor social puede interrogarse sobre el curso de los acontecimientos, evaluarlos, y eventualmente decidir actuar en contra de ellos. «Woran der soziologische Darwinismus -escribe Eder- letztlich scheitert, ist die Tatsache, dass sich soziale Akteure reflexiv auf sich und auf ihre Umwelt beziehen können. Diese Möglichkeit, sich in objektivierender Einstellung zu sich und zur Umwelt zu beziehen, erlaubt die kritische Distanzierung zum Gegebenen. Das konstituiert eine Realität, die einer äusseren Realität gegenübersteht und deren selektive Wirksamkeit nicht nur verstärken, sondern auch konterkarieren kann. Diese Fähigkeit sprengt jedoch den begrifflichen Rahmen der darwinistischen Evolutionstheorie»[74]. Pero, las capacidades reflexivas del actor social tampoco se dejan reconducir al esquema neoevolucionista fundado sobre el presupuesto de un aprendizaje de los sistemas sociales, si por esto se entiende algo «objetivo» y propio del sistema. El sistema, de hecho, está «condenado» a ser examinado, evaluado, y «elaborado» reflexivamente por el actor. Así, para explicar una trayectoria de acciones sociales, o el desarrollo de un «sistema» -si se quiere-, hace falta tener en cuenta esta reflexividad, que se expresa en los valores, principios, criterios adoptados por el actor mismo.

La comprensión de la conducta social, el estudio de los fenómenos sociales, requieren lo que -siguiendo una propuesta de Neil MacCormick- llamaría «el punto de vista interno cognitivo», es decir la seria consideración de las ideas, intenciones, reglas, principios de los actores sociales. Y una seria consideración de las ideas, intenciones, etc., de los actores sociales impide que éstas sean reducidas a elementos de una «ideología», disfraz subjetivo de determinantes causales, objetivas. Una postura evolucionista en ciencias sociales implica, al revés, o bien la asunción de un punto de vista

[73] K. Eder, *Geschichte als Lernprozess?* cit., pág. 22. Cursiva en el texto.
[74] *Ibid.,* págs. 28-29.

externo, es decir orientado sólo a establecer regularidades de tipo más o menos causal, bastante insensible a las razones de las acciones sociales desde la perspectiva del agente (es decir, aquellos contenidos proposicionales que pueden constituir premisas de un razonamiento cuya conclusión sea la necesidad de realizar determinada conducta), o bien la asunción de un punto de vista *interno* fuertemente *normativo,* es decir en este caso el punto de vista de quien hace suyos, adopta, los criterios normativos de la sociedad o comunidad de la cual es observador y miembro, para aplicarlos a sociedades o comunidades de las cuales sólo es observador.

Los únicos usos teóricos y no ideológicos del concepto de evolución, posibles en el ámbito de las ciencias sociales, son metafóricos y con fines de clasificación. Por lo que concierne al menos a los grupos sociales la evolución no representa un movimiento objetivo finalizado, una ley de tipo teleológico aunque sin fin preestablecido, tampoco un proceso lineal que nos permita evaluar de manera relativamente positiva lo que ha acontecido «después» y evaluar de forma relativamente negativa lo que ha acontecido «antes», ni siquiera una dinámica objetiva de la adaptación o de aprendizaje.

«Evolución», si se quiere mantener el término, no puede significar más que el transcurrir del tiempo y la transformación. Este tiempo y esta transformación en sí mismos no tienen sentido y tampoco tienen valor. El sentido y el valor provienen de las reglas de la sociedad considerada, y del punto de vista adoptado por los actores sociales. Así, quizá, se podría adoptar la definición de evolución social que nos da Eder: «La evolución social es la substitución de un principio de organización social por otro»[75], si no se añadiese que «el cambio de principios de organización presupone procesos cognitivos instrumentales de aprendizaje»[76].

5. Derecho como autopoiesis

Una de las más importantes teorías de la evolución del derecho recientemente propuestas es aquella de Gunther Teubner. De modo preliminar distingue entre concepciones «evolucionistas» y concepciones «evolucionarias»: las primeras concebirían la evolución como dirigida a un *fin* determinado, las segundas se fundarían sobre los *mecanismos* que permiten la evolución, dejando de lado toda consideración sobre su fin eventual. Mientras que las primeras están cargadas

[75] K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften. Ein Beitrag zu einer Theorie sozialer Evolution.* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1980, pág. 167.

[76] *Ibid.*

de elementos normativos y metafísicos, las segundas -aquellas que Teubner llama «evolutionäre Konzepte»- serían menos criticables a nivel epistemológico. «Evolutionstheorie -dice el jurista alemán- ist mit der Frage beschäftigt -und sollte darauf begrenzt sein!- wie sich Mechanismen herausbilden, die Strukturmuster aus blinden Variation auswählen und auf Dauer stellen und dadurch die Entwicklung von Systemen steuern»[77].

Las teorías «evolucionarias» no asumen -según Teubner- la tarea de ofrecer predicciones sobre acontecimientos específicos, sino la de prever las «estructuras» dentro de las cuales la conformación de los acontecimientos específicos resultará bastante arbitraria. Así el profesor alemán cree que no se podrá objetar a estas teorías el hecho de que estén fundadas sobre metafísicas deterministas. Tampoco se les podrá reprochar que no logren prever acontecimientos sociales específicos.

Respecto al evolucionismo tradicional, el evolucionismo «reformado» propuesto por Teubner se caracteriza por tres elementos: (i) un desarrollo «ciego» a través de los mecanismos de variación, selección y estabilización; (ii) la combinación de ontogénesis y filogénesis; (iii) la coevolución de ambiente y sistema.

Como se puede ver, Teubner mantiene que los mecanismos típicos de la evolución son «variación», «selección», y «estabilización» (que él denomina también «retención», *Retention*). Para el jurista alemán este paradigma se diferencia de los modelos evolucionistas tradicionales en cuanto que subraya el hecho de que el juego de los tres mecanismos es «ciego», es decir, no tiene un fin preestablecido. Además, el evolucionismo post-darwinista propuesto por Teubner se caracterizaría -respecto al evolucionismo darwinista- en cuanto que los sujetos, los protagonistas, de la evolución social no serían reducidos a entidades biológicamente definibles. Los sujetos de la evolución son aquí más bien sistemas de comunicación social. «Evolution im hier definierten Sinne als Zusammenspiel von Variation, Selektion und Retention kann in Gesellschaft und Recht überhaupt nur dann auftreten, wenn, innerhalb der kommunikativen Sphäre die entsprechenden Mechanismen herausgebildet werden. Die Einheit sozialer oder rechtlicher Evolution ist aber weder das menschliche Individuum, noch eine Gruppierung von Menschen, noch ein «selbstssüchtiges» Gen, sondern Gesellschaft oder Recht selbst als System sozialer Kommunikation»[78].

A los teóricos de la «evolución del derecho», concebida en general como resultado de la evolución de la sociedad, se les presentan a

[77] G. Teubner, *Recht als autopoietisches System.* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989, pág.63.
[78] *Ibid.*, pág. 67.

menudo dos problemas, que no tienen solución dentro de una visión de la evolución del derecho donde éste resulta determinado por el desarrollo de las fuerzas sociales. Los dos problemas son: (i) la estasis alguna vez presente en los sistemas jurídicos frente a la mutación del sistema social; (ii) la conservación de la identidad del sistema jurídico en una situación donde éste se halle continuamente sometido al desarrollo social.

El evolucionismo tradicional fundamenta la evolución del derecho en una dinámica más o menos reconducible a aquella entre estructura y supraestructura teorizada por el pensamiento marxista: la sociedad-estructura determinaría el derecho-supraestructura de manera unidireccional. A este evolucionismo Teubner contrapone una concepción centrada sobre la idea de *coevolución*. Esto le resulta posible también gracias a su teoría de la autopoiesis, según la cual los sistemas sociales, el derecho incluido, son sistemas cerrados que se reproducen a través de dinámicas internas y no por estímulos externos. Lo que no quiere decir que el ambiente no ejerza una cierta influencia sobre el «sistema», pero esto ocurre a través de «perturbaciones», «turbulencias», frente a las cuales el sistema reacciona siguiendo en todo caso mecanismos propios y «reflexivos». «Bis hierher -escribe Teubner- hat die Ewinführung der Autopoisee in die Rechtsevolution zu dem Eindruck geführt, Evolution werde in die gesellschaftlichen Teillsysteme internalisiert und finde nur noch als isolierte Entwicklung innerhalb autonomer gesellschaftlicher Sphäre statt. Es wäre freilich irreführend, die Umwelt aus den Evolutionsprozessen auszuschliessen. Autopoietische Geschlossenheit heisst nicht Umwelltunabhängigkeit des Systems. Der Umweltbezug in der Evolution, in direkter, kausaler, externer Bewirkung von Rechtsentwicklungen hergestell sondern in Prozessen der Ko-Evolution, in denen die koevoluierenden Systeme *perturbierend* aufeinander wirken»[79].

Como hemos visto, Teubner aspira a la rehabilitación del evolucionismo. Esta finalidad la persigue a través de una elaborada estrategia. Su lance fundamental es la presentación de un «nuevo» evolucionismo, que se distinguiría del tradicional (darwiniano, spenceriano) por las características siguientes. (i) La evolución no tendría una finalidad preestablecida. (ii) No se trataría de un movimiento marcadamente determinista, y por ello sólo podría fundamentar la previsión de *estructuras* de hechos y no de hechos específicos. (iii) Se reforma la relación entre sistema y ambiente que aparecen ahora influyéndose mutuamente. No se trataría de una relación unidireccional, donde el ambiente determina el sistema (en el caso del derecho: donde

[79] *Ibid*., pág. 78.

el sistema social determina el sistema jurídico), sino de una relación bidireccional, donde ambiente y sistema se influyen de manera recíproca (y así *coevolucionan*). (iv) La evolución de los sistemas sociales no tendría mucho en común con la evolución de los sistemas vivos, pues los sistemas sociales ya no son pensados como grupos, colectividades, conjuntos de individuos vivos, sino como redes de comunicaciones.

Ahora bien, por lo que concierne (i) al concepto de evolución «ciega», contrapuesto por Teubner al concepto «clásico» de evolución con una finalidad preestablecida, hay que decir que esta contraposición es demasiado dramatizada por el estudioso alemán. En verdad el evolucionismo (también aquel «clásico») se diferencia de las filosofías historicistas justamente en cuanto prescinde de una «finalidad» de la historia, pero mantiene la idea de un movimiento *intrínse*co en la historia misma.

Por lo que concierne a (ii), como ya se ha dicho, el hecho de que las leyes de la evolución no determinen, o permitan prever, acontecimientos específicos no las distingue de otras leyes científicas. Además, incluso en la versión moderada propuesta por Teubner permanece la idea de la *determinación,* aunque de «estructuras», realizada por la dinámica evolucionaria, determinación llevada a cabo según relaciones que siguen siendo causales. Así pues no estamos aquí muy lejos del tradicional planteamiento determinista.

Por lo que concierne a (iii), hay que recordar que según Teubner sociedad y derecho constituyen sistemas autopoiéticos, es decir, sistemas cerrados en sí mismos, que se comunican con los otros sistemas sólo mediante «perturbaciones» y «ruidos». Aquí por cierto nos encontramos frente a una novedad respecto al evolucionismo «clásico», pero esta novedad acentúa y no atenúa la idea típica del evolucionismo: la existencia de un movimiento *intrínseco* en la entidad (en el «sistema») considerada. El carácter intrínseco del desarrollo (de la «evolución»), desde una perspectiva autopoiética, es elevado al extremo. Además, a este aspecto de la teoría de Teubner se le podría oponer una crítica de Klaus Eder en contra de Luhmann. El hecho de que el sistema retroactúe sobre el ambiente, y de que la relación entre los dos sea mutua, no nos dice todavía cuales son los «puntos de vista» y los criterios de esta mutua influencia. Esto es sin embargo precisamente lo relevante en la explicación de los fenómenos sociales.

Finalmente (iv). Teubner se distancia de concepciones como el darwinismo social y otras más recientes que propagan la idea del «gen egoísta» (la «sociobiología»). Sin embargo, es cierto que el concepto de autopoiesis al cual Teubner conecta el concepto de evolución

proviene del mundo de la biología. Biólogos -como es sabido- son sus primeros teóricos. También es cierto que tal concepto lleva en sí mismo de un lado la convicción de que unos mismos mecanismos (aunque muy abstractos) funcionan tanto en los procesos vitales cuanto en las relaciones sociales, y de otro lado la ilusión de poseer una llave de comprensión para toda la serie de fenómenos reales. En este aspecto la teoría autopoiética se presenta con ambiciones mucho más fuertes de las cultivadas por el evolucionismo «clásico».

6. Para una crítica del paradigma «evolución del derecho»

Por fin llegamos a la cuestión central de estas consideraciones: ¿Qué uso podemos hacer del paradigma «evolución del derecho»?

Podríamos entender esta locución en el sentido de «progreso del derecho», *Rechtsfortschritt* en alemán. De «progreso del derecho» se puede hablar -creo- de manera plausible si aplicamos el término «progreso» a una situación específica que valoramos en relación a criterios determinados. En este caso «progreso» equivaldría a una valoración positiva en relación a cierto criterio, valoración que tiene como objeto un específico estado de cosas. Así, yo no dudaría mucho en calificar como «progreso del derecho» una legislación que permite el divorcio respecto a una legislación que no lo admite.

En cambio, sería inaceptable hablar de «progreso» en sentido general respecto a una serie de situaciones temporalmente distintas y sucesivas, y sin explicitar ningún criterio normativo, sino asumiendo que éste sea intrínseco al movimiento temporal. Esta sería una concepción metafísica fuerte, fundamentada sobre una filosofía (bastante optimista), que presupone que la historia sigue una finalidad y se desarrolla para alcanzarla. Tras la idea de que la historia sigue un fin podemos quizá vislumbrar la idea de un final de la misma, su conclusión y su cumplimiento. Las raíces de esta concepción son claramente religiosas[80].

[80] Todo esto es visto de manera penetrante por Plessner: «Solante der Gedanke vom Ende der Geschichte durch innere Selbstüberwindung Geltung hat, ist der Zusammenchang mit der christlichen Aussicht gewahrt, mögen dabei auch die geschichtliche Gehalte ihren transzendenten Charakter verlieren und sich vermenschlichen, mögen die Gliederungen der Epochen auch darüber sich verlagern oder völlig verschwinden. Ende der Geschichte ihrer Bewegung auf dieses Ziel, in das sie mündet, stufenweise Verwirklichung des bedeutungsvollen Entwurfs nicht nur durch den Mund der Verkündigung und Verheissung, sondern den Gang der Ereignisse selbst, das sind die Kategorien, und zwar

La concepción de un general «progreso del derecho» tiene fuertes matices escatológicos; y una escatología sólo puede ser cuestión de fe y nunca de verificación científica y tampoco de sentido común. Desde la experiencia humana nada y nadie pueden verificar tal visión de la historia. Quizá la experiencia nos demuestra lo contrario: que la historia no tiene sentido, que no tiene fines, que en ella todo es, al fin y al cabo, bastante absurdo.

«¿Existe efectivamente en la historia un progreso del derecho? -se pregunta Ottfried Höffe[81]. La contestación es la siguiente: «Siempre hay cambios en el derecho. Pero los meros cambios no implican todavía ningún progreso. Se puede hablar de progreso del derecho sólo allí donde los cambios llevan consigo mejoras»[82]. Si se asume la vigencia de un progreso en la historia de los hombres -dice Höffe- hay que presuponer que «nosotros estamos subordinados a fuerzas que nos empujan en cierta dirección»[83]. Aunque los sujetos, los protagonistas, de este progreso sean los seres humanos, se asume que el progreso del derecho «se despliegue 'a su espaldas', o sea, siga un plan secreto»[84]. Este plan nos resulta misterioso, y no puede ser más que un producto de dioses cuya moralidad parece bastante discutible.

Sin embargo -como ya hemos visto- algunos teóricos evolucionistas niegan que su concepto de evolución tenga algo que ver con la noción de progreso. Evolución del derecho así no equivaldría a «progreso del derecho», no tendría un componente valorativo, sería valorativamente neutral. No obstante el concepto de evolución no puede ser metafísica u ontológicamente neutral. De manera que: o el concepto de evolución sólo significa una transformación entre estados de hechos, y en este caso está bastante vacío de contenido y teóricamente resulta poco interesante; o el concepto de evolución equivale a la idea de un movimiento orientado, finalista, y en este caso

---

die formalisierbaren Kategorien des universalhistorischen Bewusstseins. Ursprünglich erfüllt vom christlichen Glauben, werden sie auch von späterer Ungläubigkeit noch als die Ordnungsprinzipien geschichtlichen Verstehens festgehalten. So überdauern sie den religiösen Verfall, indem sic zu Formen einer schliesslich innerweltlichen Gesamtgestaltung des historischen Geschehens verblassen» (H. Plessner, *Op. cit.,* págs. 106-107).

[81] H. Höffe, *Gibt es in der Geschichte einen Rechtsfortschritt?* in ID., *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechtsund Staatsethik,* Reclam, Stuttgart 1988, pág. 133, trad. mía. Véase también R. Dreier, *Das Fortschrittsproblem in rechtstheoretischer Sicht,* in *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung,* Hg. von U. Immenga, Schwart, Göttinge 1980, págs. 1 ss.

[82] *Ibid*. Trad. mía.

[83] *Ibid.,* pág. 143. Trad. mía.

[84] *Ibid.,* Trad. mía.

tiene que recurrir a una metafísica más o menos historicista o teleológica o, sin más, escatológica. En este segundo caso hay que presuponer la existencia de fuerzas intrínsecas que empujen el curso temporal de los fenómenos considerados.

Cada teoría evolucionista parece equivocarse al suponer que entre tres o más hechos específicos conectados causalmente uno a otro exista una única ley científica que los conecte a todos entre sí. Como escribe Karl Popper, «no sequence of, say, three or more causally connected concrete events proceeds according to any single law of nature. If the wind shakes a tree and Newton's apple falls to the ground, nobody will deny that these events can be described in terms of causal laws. But there is no single law such as that of gravity, nor even a single definite set of laws, to describe the actual or concrete succession of causally connected events»[85].

Mediante la experiencia no podemos resolver inmediatamente el problema de la evolución. Con la experiencia no logramos saber si el curso temporal de las sociedades humanas y de los ordenamientos jurídicos representa, o constituye, o es interpretable como, «evolución». Nos queda la hipótesis de una evolución *a priori*. Pero ¿cómo es posible? La respuesta podría ser la siguiente: Es posible sólo si quien afirma la evolución realiza y organiza los hechos que fundamentan sus afirmaciones. Esta conclusión no es implausible por lo que concierne a los juristas, cuyas teorías a menudo contienen una mezcla de elementos descriptivos y de elementos prescriptivos. Puede ser que el jurista que afirme la evolución por ejemplo hacia una mayor autonomía del derecho, o hacia el «derecho reflexivo», esté trabajando en aquella dirección. Sin embargo, aquí hay dos problemas de difícil solución.

(i) Que la afirmación de un fin y la acción para la consecución de dicho fin coincidan se puede dar sólo mirando al futuro, es decir entre dos estadios, el presente y el futuro alcanzable por la acción presente y el futuro alcanzable por la acción presente gracias a sus consecuencias directas. Inalcanzable queda, por supuesto, el pasado, y también el futuro un poco más lejano donde la acción del teórico evolucionista nunca podrá llegar a tener efectos. (ii)Aunque la acción del teórico se ejerza sobre un futuro inmediato o alcanzable, el teórico, como cualquier otro sujeto humano, nunca tendrá un control completo sobre todas las causas de los hechos que constituyen el estadio evolutivo previsto o teorizado. Siempre es posible, y probable en el caso del jurista encerrado en su torre de marfil, que el sujeto

[85] K. R. Popper, *The Poverty of Historicism,* Routledge & Kegan Paul, London 1979, pág. 117.

humano no pueda dirigir las determinantes causales en dirección al fin previsto o teorizado.

En todo caso, creo que una vez que hayamos aceptado el concepto de derecho como «institución», que he intentado presentar muy brevemente en la primera sección de estas notas, no podemos aceptar una noción «fuerte» de evolución del derecho, es decir como transformación orientada que cubre una serie bastante amplia de momentos temporales. Las «instituciones» -como ya he dicho- representa algo «nuevo» en el curso temporal de los fenómenos. Esta «novedad» resulta de dos elementos: (i) de las reglas que son las «causas» del ámbito de acciones abierto por ellas, y que antes de estas reglas no se daba; (ii) de las acciones concretas de los seres humanos, que usan, o utilizan, las posibilidades de acciones producidas por aquellas reglas, es decir que les atribuyen una «intención».

Como ha sido remarcado por Wingenstein, y antes de él por Kant, las reglas no regulan su misma aplicación «Rules -escribe H. L. A. Hart- cannot provide for their own application»[86]. Podemos, evidentemente tener una metarregla que regule la aplicación de una cierta regla y luego además una meta-meta-regla para la aplicación de la metarregla, y así sucesivamente. Pero no podremos permitimos metarreglas *ad infinitum.* En un cierto momento, en un cierto nivel del discurso normativo, no podremos recurrir más a otra metarregla, necesitaremos criterios de aplicación de la regla que no estén reglamentados, por ejemplo consideraciones prudenciales o -como sugiere Klaus Günther- *Angemessenheitskriterien,* criterios de oportunidad[87]. Considérese la siguiente reflexión de Gustavo Zagrebelsky sobre la relación entre la ley y su aplicación a los casos concretos: «Il diritto scritto nelle leggi serve a dare ai casi la regola che compete loro. Ma in cosa ciò consista non è nel potere esclusivo del diritto legislativo determinarlo»[88]. La regla no regula su aplicación ni es garantía en contra de su abuso, ni tampoco puede impedir ella sola su

[86] H. L. A. Hart, *Problems of the Philosophy of Law,* in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon, Oxford 1988, pág. 106 y compárese H. L. A. Hart, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytycal Jurisprudence,* in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* cit., págs. 274-275. Véase I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft,* B 171 ss., y ID., *Kritik der Urteilskraft,* Einglei-tung, y léase por ejemplo L. Wittgenstein, *The Blue Book,* cit., pág. 33, y L. Wingenstein, *Philosophische Untersuchungen,* cit., pág. 58 (I, 68: «Es gibt ja auch keine Regel dafür z. B., wie hoch ma im Tennis den Ball werfen darf, oder wie stark, aber Tennis ist doch ein Spiel und es hat auch Regeln»), pág. 67 (I, 84), pág. 68 (I, 85).

[87] Véase K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit,* Suhrkamp, Frankfurt am Main 1988, y compárese E. Tugendhat, *Fragen der Ethik,* Reclam, Stuttgart 1984, págs. 1984, págs. 39 ss.

[88] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia.* Einaudi, Torino, 1992, pág. 186.

violación. Como dice Giacomo Leopardi, «Tabuso e la disubbidienza alla legge, non può essere impedita da nessuna legge»[89].

Todo esto tiene por consecuencia que la forma concreta de una «institución» no puede estar enteramente determinada por sus normas o reglas constitutivas. Las normas constitutivas en verdad no constituyen por sí mismas el objeto que tratan, sino constituyen condiciones necesarias pero no suficientes para la constitución de su objeto. Una «institución» se constituye sólo si hay acciones concretas que confieren -por así decir- «intención», es decir utilizan las normas constitutivas. Lo que yo llamo «institución» así no está cerrado de manera formal, sino mantiene una estructura abierta, una «open texture»[90].

Sin embargo esta «textura abierta» necesita ser llenada de contenidos, o precisada en contextos concretos. Esto pasa cada vez de manera distinta, porque distinto es el contexto considerado. Aquí nos encontramos frente a uno de los motores de la transformación del derecho, pues cada aplicación de la regla, cada acción ejecutada dentro del ámbito de la institución, altera (tal vez sólo mínimamente) la institución misma.

Wittgenstein en sus últimas obras esboza una distinción entre (i) reglas que podríamos decir «subsumptivas», cuyo ámbito de aplicación está predeterminado, y (ii) reglas que podríamos llamar «productivas», cuyo ámbito de aplicación no está predeterminado. O mejor dicho, por lo que concierne a las reglas «subsumptivas» el sentido o el contenido semántico de éstas no está influenciado por sus singulares y específicas aplicaciones. En el caso de las reglas «productivas» o «creativas» el sentido o el contenido semántico de estas depende de sus singulares y específicas aplicaciones[91].

---

[89] G. Leopardi, *Zibaldone*, 229.

[90] Cf C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société.* Seuil, París 1975, pág. 208.

[91] Esta diferencia entre reglas «subsumptivas» y reglas «creativas» en el último Wittgenstein ha sido agudamente subrayada por Stephen Körner con explícita referencia a las normas jurídicas. «Der Philosoph -escribe Körner- so wie er von Wingenstein gesehen ist, muss vor allem die naturwissenschaftliche Auffassung der Relation zwischen einer allgemeinen Regel und ihren einzelnen Anwendugsfällen vermeiden. Denn während der Durchschnittswissenschaftler von seinen Regeln annimmt, dass ihr Sinn von ihrer Anwendung auf einzelne Fälle unberührt bleibt so behauptet Wittgenstein, dass der Sinn jeder Regel in einem gewissen Mass von den Fällen, auf die sie angewandt wird, abhängt. Wenn dem nicht so wäre, so hinge die «Deutung der Regel, mitsamt dem Gedeuteten, in der Luft». Es scheint in diesem Zusammenhang nützlich zu sein, zwischen zwei Arten von Regeln zu unterscheiden, nämlich «subsumptiven Regeln», deren Anwendungsbereich von ihrer Anwendung auf Einzelfälle vollständig bestinimt ist, und «schöpferischen Regeln» deren Anwendungsbereich in (zumindest) einigen Fällen im Laufe der Anwendung

Una de las implicaciones importantes de la distinción entre reglas «subsumptivas» y reglas «creativas» es que las primeras no son alteradas o modificadas por su aplicación, mientras que las segundas sí que lo son. Y las segundas, las reglas «creativas», comprenden sin duda alguna las reglas constitutivas de instituciones. Uno de los motores de las transformaciones del derecho (institución fundada sobre reglas constitutivas) está justamente en el hecho de que las reglas de las cuales está compuesto se alteran a través de sus aplicaciones. Las aplicaciones de las reglas repercuten sobre sus contenidos semánticos, y éstos obviamente repercuten sobre las sucesivas aplicaciones de tales reglas.

Estas transformaciones del derecho no pueden ser explicadas a través de la noción de «evolución», por lo menos no a través de la noción «fuerte» de evolución cargada de una *Weltanschauung* causalista y finalista. Ambos, causalismo y finalismo, excluyen el surgimiento de nuevas realidades como aquellas de las «instituciones». «Si la succession -escribe Castoriadis- est déterminé, ou nécessaire, elle est donné avec sa loi et son premier terme»[92]. Por lo que concierne al derecho no hay posibilidad de derivar de manera causal o finalista de una cierta situación de hecho una regla, y de ésta una determinada aplicación de la misma. Entre reglas constitutivas, sus precedentes (otras reglas constitutivas), el ámbito de acción que ellas hacen posible, y finalmente las acciones de hecho realizadas, se dan relaciones múltiples y complejas, que no se pueden explicar mediante un modelo finalista o causalista. Por lo tanto, como escribe Hubert Rottleuthner, «a theory of legal development should be sensitive to breaks, discontinuities, degressions and regressions»[93].

La crítica del paradigma «evolución del derecho» no implica negación de la dimensión temporal ni ocultación de las transformaciones de las reglas, de las instituciones, y del derecho. Mi conclusión no es ningún sueño de universalidad o eternidad, o la pesadilla

---

bestimmt wird. Dass es schöpferische Regeln gibt, ist ein Gemeinplatz der Rechtspraxis und der Rechtslehre. So kann eine im Lichte von früher beurteilten Fällen angewandte Regel ihrerseits zum leitenden Präzedenzfall für ihre spätere Interpretation werden und dadurch «das schöpferische Element des Gerichtsverfahrens» offenbaren. Wingenstein ist nicht nur davon überzeugt, dass es schöpferische Regeln gibt, sondern auch davon, dass viele Regeln, z. B. mathematische, die allgemein als subsumptiv gelten, in der Tat schöpferisch sind» (St. KÖRNER, *Über Sprachspiele und rechtliche Institutionen,* in *Ethik, Grundlagen, Probleme und Anwendungen,* Hg. von E. Morscher und R. Stranzinger. Hölder-Pichler-Tempsky, Wien 1981, pág. 484.

[92] C. Castoriadis, *Op. cit.,* pág. 236.

[93] H. Rottleuthner, *Legal Evolution and the Limits of Law,* in *Law. Morality and Discursive Ratonality,* ed. by A. Aarnio and K. Tuori, Publications of the Department of Public Law, University of Helsinki 1989, pág. 222.

de un derecho natural válido *semper et ubique*. Tampoco mi crítica del concepto de evolución aplicado a las sociedades humanas y al derecho implica el deseo de volver a una metafísica aristotélica de «substancias» inmutables. Ni creo que merezcan desprecio los intentos de establecer conexiones causales por lo que concierne a las muchas transformaciones del derecho.

El mensaje de estas notas es bastante sencillo y, quizá, desilusionador: no hay que tener confianza en teorías *demasiado* cargadas de presupuestos metafísicos. En todo caso, si se necesita una metafísica, y yo creo que la necesitamos, prefiero una que no quiera y no pueda -como diría Heinrich Heine- «stopfen die Lücken des Weltenbaus», rellenar las lagunas de la construcción del mundo.

¿DEBE SER LA MORAL EL ÚNICO CRITERIO PARA LEGISLAR?[1]

Los problemas de la relación entre la moral y el derecho pueden enfocarse desde perspectivas muy diferentes[2]. Voy a tratar de estudiarla desde una perspectiva inusual como es el caso de la ciencia de la legislación. Defenderé la idea de que desde el punto de vista de los nuevos instrumentos jurídicos -es decir, la legislación en un sentido muy amplio- la intuición de la moralidad no debe ocupar el papel predominante que hoy ocupa y que a la justificación de la excelencia moral puede y debe añadirse otros criterios importantes.

Los juristas muchas veces tienen no sólo que aplicar el derecho sino diseñar y redactar leyes, reglamentos y contratos. Participan activamente en la creación de nuevos instrumentos jurídicos. Voy a estudiar si usan algún modelo teórico subyacente a esa actividad. En otras palabras, en las facultades de derecho y en la enseñanza jurídica en general ¿ocupa algún lugar el diseño legislativo?, ¿qué es lo que sabemos sobre este tema como juristas profesionales?

Sugeriré que carecemos de modelos. Los juristas con experiencia profesional saben intuitivamente cómo se debe diseñar un documento jurídico pero carecen de un modelo racionalizador. En otras palabras: no tienen un esquema racional de diseño legislativo.

En primer lugar, voy a explicar por qué no existe una ciencia y una técnica legislativa en la cultura jurídica continental hasta épocas muy recientes. En segundo lugar, sugeriré por qué son necesarias

---

[1] Este trabajo se ha beneficiado de la ayuda n. PB 90 0327 y la beca 92/39 que la Dirección General de Investigación Científica y Técnica ha concedido al equipo de la Universidad Pompeu Fabra.

[2] Véase E. Garzón Valdés *Algo más acerca de la relación entre derecho y moral* en *Doxa* 8. pág. 111. Véase también los trabajos de F. Laporta, A. Peczenick y R. Silhala en el mismo número.

estas disciplinas en el Estado intervencionista y, por último, trataré de proponer un conjunto de preguntas que debería formularse quien diseña un nuevo documento jurídico que puede constituir un modelo rudimentario de cómo legislar. Pienso que la propuesta exige superar limitaciones del punto de vista tradicional y apunta a cuestiones que tienen importancia teórica y práctica.

Mi propuesta se separará de la concepción dominante que sostiene una vinculación estricta entre la nueva legislación y un modelo ético determinado. Sugiere que la tarea legislativa no es una mera cuestión de voluntad y de excelencia ética. Un buen legislador no es el que proclama ideales excelentes, sino el que los consigue.

En la literatura castellana se han producido trabajos pioneros de ciencia de la legislación y técnica legislativa. Entre ellos cabe destacar los del grupo GRETEL y especialmente los de Manuel Atienza[3] en los que me he inspirado. Pero, como veremos, estas disciplinas todavía están en un nivel muy primitivo y convendría dedicar atención a ellas no sólo por el interés teórico, sino también por sus consecuencias prácticas.

El modelo de Estado liberal y la tarea legislativa

En las facultades de derecho se enseña a pensar como un jurista. Eso significa que el estudioso utilizará la red conceptual jurídica y desde ella analizará los problemas que se le plantean. Ahora bien, el modelo de derecho ideal es el liberal. Las categorías jurídicas básicas están construidas desde los presupuestos liberales. En ese modelo la función del jurista está subordinada al derecho. El juez es el encargado de hacer cumplir las leyes. La subordinación a la ley y al derecho es uno de sus presupuestos básicos que se manifiesta tanto en el científico del derecho que describe normas como en el operador jurídico que las aplica.

La función del Estado se limita a la actividad de garantizar el orden público. Para conseguir este objetivo es suficiente la creación de normas y su aplicación a los casos de conductas desviantes. El propio Estado se limita en principio a la actividad de garantizar el orden público. Para conseguir este objetivo es suficiente el diseño de normas y su aplicación. El Estado no tiene otras actividades y en el caso de que las tuviera implicaría una perversión del modelo ideal, una perversión que como tal debería eliminarse. En síntesis, la actividad del Estado es de creación o aplicación del derecho.

---

[3] El modelo de diseño sigue -con algunas variantes- el propuesto por Atienza en diversas publicaciones. Véase por ejemplo su trabajo Ciencia de la Legislación y Sociología en R. Bergali ed. El derecho y sus realidades. PPU, Barcelona y su ponencia presentada en el Congreso de la IVR en Gottingen 1991.

Es fácil darse cuenta que -idealmente- la tarea del jurista se inicia donde ha concluido el legislador. La subordinación a la ley supone que el jurista no diseña leyes, sino que las aplica o las conoce. Si ahora nos preguntamos cómo es posible que no tengamos ideas claras y distintas acerca de cómo se debe legislar, la respuesta desde la perspectiva de la red conceptual jurídica es sencilla y coherente: No es asunto de los juristas. La ciencia de la Legislación es el feudo de los políticos o de los filósofos. Los juristas no tratan de proponer cómo debe ser el derecho sino que deben aplicar -y en su caso describir- el derecho tal y como ha sido establecido por el legislador.

En el modelo de Estado de derecho liberal la función del jurista estaba claramente definida. Existía una separación radical entre la creación y la aplicación del derecho. El jurista es el especialista del momento aplicativo del derecho y su conocimiento iba dirigido a resolver los problemas interpretativos y de aplicación.

El modelo de ciencia jurídica

La ciencia jurídica de la época responde también a ese planteamiento. Un buen ejemplo de cómo se debe hacer ciencia jurídica lo tenemos en Austin. Este autor sostuvo que una ciencia completa del derecho debía tratar dos problemas fundamentales. Por una parte la Ciencia de la Legislación se ocupaba de cómo debe ser el derecho. La Ciencia de la Legislación es una disciplina prescriptiva y sus cultivadores fueron los políticos y filósofos. Junto a la Ciencia de la Legislación existía otra disciplina -la Jurisprudencia- cuyo objeto era la descripción del derecho positivo. La Jurisprudencia responde a la cuestión cómo es el derecho. Ésta es la disciplina típicamente jurídica cultivada por los juristas. El paradigma positivista no sólo exigió la distinción entre las disciplinas, sino que sostuvo que no existían puentes entre la Jurisprudencia y la Ciencia de la Legislación. Para describir el derecho no es necesario saber cómo debe ser. La ciencia jurídica debe limitarse a la descripción del derecho positivo prescindiendo de los juicios de valor. La ciencia jurídica debe ser neutral y por tanto independiente de los intereses políticos. El único puente de comunicación va de la Jurisprudencia a la Ciencia de la Legislación pues para saber cómo debe ser el derecho es preciso reunir información sobre el derecho positivo.

Sin embargo, los filósofos y políticos no han tenido muy en cuenta esta limitación, ya que la mayoría de los proyectos de una sociedad mejor se dibujan en hojas en blanco sin tener en cuenta cómo es la sociedad y el derecho actual. En este sentido la mayoría de las filosofías políticas son utópicas. El punto de vista de Austin y

de sus seguidores supone que el derecho es un *producto acabado* y que el científico del derecho tiene un objetivo fundamental: Describir y explicar ese derecho. El científico es un *descriptor* de ese producto. Las teorías jurídicas de Kelsen y Hart están en esa línea y constituyen las versiones más sofisticadas del paradigma austiniano.

La tarea de la ciencia acaba ahí. Desde el punto de vista de la justificación de las decisiones el científico poco tiene que decir. Sin embargo, en esa época se consideraba que la tarea de interpretar era cognoscitiva y no decisoria. El juez justifica sus decisiones en las normas y su tarea -como ya hemos visto- era aplicadora de derecho. El modelo silogístico de aplicación del derecho responde a este punto de vista. Pero nunca quedó claro cómo de la descripción del derecho se podía pasar al campo de la justificación.

Adecuación del modelo a la sociedad

Sin duda ese modelo se construyó sobre la base de un Estado que pretendía limitarse a la garantía del orden público y que presuponía que las leyes naturales de la oferta y la demanda producían -conducidas por la mano invisible- unos resultados inmejorables. La función del Estado era garantizar el buen funcionamiento de la libertad de iniciativa y de la propiedad.

Ese modelo produjo también una cultura administrativa determinada. Los funcionarios públicos tienen la misión de cumplir y aplicar la ley. El *juridicismo* es la cultura administrativa dominante. La administración pública debe estar subordinada a la ley y al derecho. Los funcionarios no tienen actividades de gestión, sino simplemente su obligación consiste en aplicar el derecho. Cumpliendo con el derecho agotan su función. Las doctrinas menos liberales aducían la *potestas imperium* de la administración y trataban de reducir la responsabilidad de la administración, pero en todo caso la dominancia se encuentra en este punto de vista liberal.

El modelo es coherente aunque sus realizaciones prácticas no ofrecen resultados que lo confirmen. No es cierto que en realidad histórica la función exclusiva de los juristas fuera aplicar el derecho, ni que la jurisprudencia fuera meramente descriptiva ni que la función del Estado excluyera intervenciones en la sociedad a través de actividades de fomento o de protecciones de determinadas actividades económicas y sociales.

La Constatación de la crisis

Los valores liberales continúan vigentes en nuestra sociedad. Los derechos y libertades ocupan un lugar importante en

el diseño y justificación de las sociedades actuales. Y, sin embargo, nuestras sociedades no pueden ser calificadas de liberales.

El advenimiento del Estado del bienestar ha supuesto profundas transformaciones en los modelos ideales de justificación. La mano invisible y la racionalidad individual son incapaces de generar bienes públicos. Las quiebras del mercado exigen la intervención del Estado. La economía de mercado no ofrece el mejor de los mundos posibles. El mundo real no es el mundo ideal de la competencia perfecta y la analogía entre mundo ideal y real es demasiado precipitada. Conviene pues analizar con cuidado los cambios que se han producido. En primer lugar la conciencia de que existen quiebras del mercado invalidan el dogmatismo de la mano invisible. Un ejemplo ilustrativo es el dilema del prisionero.

Creo que es importante aducir este argumento porque tras la crisis del socialismo se sostiene acríticamente el dogmatismo de la eficiencia del mercado. En síntesis hay situaciones en las cuales la eficiencia no se produce dejando la libre circulación del mercado, sino que se precisa intervención estatal. Por otra parte tampoco se puede inferir que cualquier intervención del Estado en caso de quiebra del mercado produzca necesariamente la eficiencia. Los mecanismos correctores intervencionistas también pueden distorsionar y producir ineficiencias. Conviene tener muy presente esta idea, pues cuando tratemos del problema de cómo legislar el concepto de eficiencia jugará un papel muy importante.

La proliferación del intervencionismo estatal, justificable o no, ha producido un cambio muy fundamental de sus actividades. La función del Estado ya no es sólo garantizar el orden público sino que interviene directamente en la economía y en la sociedad gestionando directamente servicios públicos, creando y dotando a los países de infraestructura necesaria y abarcando poco a poco muchas actividades que tradicionalmente correspondían a la sociedad civil.

La adaptación de la administración a estos cambios ha sido insuficiente y ha generado una inadecuación institucional y personal de gran magnitud. La reforma de la administración exige cambios sustanciales en la cultura administrativa dominante. En otras palabras, el estado del bienestar necesita otro tipo de juristas. Juristas que piensen con redes conceptuales distintas a las liberales. Necesita también sistemas de resolución de conflictos que no sólo tengan en cuenta quién tiene derecho, sino las consecuencias distributivas, de coste y de implementación. El modelo kelseniano de funcionario público que aplica el derecho (y que no distingue entre funcionario de la administración y juez) es inadecuado en el Estado intervencionista.

La cultura administrativa liberal

Es bien conocida la inadecuación institucional y personal de la administración y los intentos frustrados de su reforma. El diagnóstico está claro. La administración del estado del bienestar es inadecuada porque sostiene una cultura administrativa fundamentalmente jurídica. Se da por descontado que la administración cumple su función si se limita a aplicar el derecho. El cumplimiento formal de la legalidad es el elemento fundamental a la hora de enjuiciar la actividad de los funcionarios. Las tareas de gestión no son valoradas por los resultados o por el alcance de los objetivos. Los criterios de juicio son los tradicionales. Pero su función es muy distinta y requiere criterios distintos, un cambio de mentalidad y el diseño institucional adecuado.

Los valores de la nueva cultura administrativa

La administración de un estado intervencionista no se puede justificar única y exclusivamente por el cumplimiento de la ley. En primer lugar se debería destacar que la administración se concibe como una institución prestadora de servicios y el administrado deja de estar sometido a la potestad de la administración para transformarse en un *usuario*. La soberanía del usuario exige una responsabilidad más directa por parte de la administración. Desde el punto de vista del servicio público la superioridad de la administración carece de justificación.

Un segundo punto muy importante es la variación en el *criterio de juicio*. Una administración intervencionista debe unir a los valores de la legalidad los de la eficacia y la eficiencia. La asignación de recursos debe ser la correcta y alcanzar los objetivos ocupa un lugar muy importante a la hora de enjuiciar el conjunto de la actividad estatal. Lo importante de un servicio público es que sea además de legal, eficiente, eficaz y oportuno.

He hablado de la inadecuación institucional, pero conviene hablar también de la inadecuación personal. Por supuesto que en la formación y selección del funcionariado se inculca una cultura en la cual cumplir con los objetivos y asignar correctamente los recursos ocupa un lugar subordinado. La mentalidad es inadecuada.

Hoy la sociedad necesita funcionarios imbuidos de la nueva cultura administrativa en la cual al cumplimiento de la legalidad se le añaden la eficacia y la eficiencia. Una sociedad que despilfarra recursos es una sociedad mal diseñada. Un funcionario debe ser juzgado no sólo por el cumplimiento de la ley, sino también por la asignación óptima de los recursos.

Hasta aquí he aludido a un conjunto de problemas sobre la crisis de la administración que explican por qué las tareas creativas, las de gestión y las de diseño no ocupan el lugar relevante que merecerían. La red conceptual liberal es incapaz de ofrecer una buena perspectiva del problema. Tampoco es capaz de ofrecer criterios normativos poderosos.

Las instituciones de enseñanza no han reaccionado hasta épocas muy tardías y, probablemente el éxito y la proliferación de los masters se deba a la promesa -a veces engañosa- de una formación específica necesaria para cumplir con determinados objetivos.

A la inadecuación personal e institucional debería añadirse la educativa. El modelo liberal continúa ejerciendo una influencia muy poderosa y, sin embargo, las necesidades de la sociedad actual son diferentes.

Este conjunto de razones explican por qué no se ha desarrollado una técnica ni una ciencia legislativa. La nueva cultura jurídica exige no sólo la aplicación de criterios ya establecidos, sino también la creación de nuevos criterios de juicio.

La tarea legislativa

Junto a estos problemas nos encontramos con otro elemento muy importante: La concepción de cómo se debe legislar está ligada a concepciones éticas y políticas determinadas. Pero éstos no son los únicos elementos que deben tenerse en cuenta si se desea diseñar leyes bien hechas.

El avance de las ciencias sociales y especialmente la aplicación de la teoría de los juegos al conocimiento social han puesto de manifiesto que la tarea de dirigir el comportamiento de la gente no es meramente una cuestión de voluntad y de objetivos éticos. El mundo no se cambia a golpe de decreto. A la idea directora de una racionalidad individual que produce -por agregación- una racionalidad colectiva se le opone la especificidad de la racionalidad colectiva o bien la ausencia de la racionalidad colectiva. Estos planteamientos tienen consecuencias importantes a la hora de conceptualizar cómo se debe diseñar un instrumento jurídico. Quizá a la imagen de un mundo que cambia merced a la voluntad del legislador cabría oponer la de una decisión voluntaria que se sumerge en un mundo de interacciones que no se sabe exactamente, ni se puede saber, a dónde conducirá.

Uno de los grandes descubrimientos de las ciencias sociales recientes -si es que se puede hablar de ello- ha sido el estudio de las consecuencias no intencionadas de las acciones individuales. Este punto de vista entusiasmó a los economistas clásicos del siglo

XVIII y ha penetrado en el corazón mismo de la mayoría de las ciencias sociales. La mano invisible de A. Smith es un buen ejemplo de esa idea. El dilema del prisionero es otro y de signo contrario.

Se acabó la vieja creencia en el cambio por el diseño de instituciones y cada día se es más consciente de la dificultad de prever las consecuencias de cualquier modificación voluntaria del mundo. La irrupción de una avalancha de estudios que explotan el filón de las consecuencias involuntarias ha puesto en entredicho el paradigma voluntarista y ha supuesto fuertes limitaciones a los cálculos de consecuencias. Hoy no es tan fácil ser legislador consecuencialista como en las épocas del auge del voluntarismo.

Ese es el fin de la idea de un legislador omnisciente y omnipotente. La idea del aprendiz de brujo -que desencadena voluntariamente un conjunto de consecuencias que no puede controlar- se acerca más a la realidad que la del semidiós que mediante su voluntad produce los resultados que pretende.

Con todas las cautelas que merece el tema, quizá no cabe renunciar todavía totalmente a la razón en un intento de estudiar más a fondo los problemas que genera una nueva decisión o institución en el entramado institucional de nuestras sociedades.

Dejando bien claro que en muchas ocasiones las consecuencias que producen las decisiones son involuntarias -ni queridas ni previstas- y, poniendo de manifiesto el dilema que en el mundo de la responsabilidad se produce -se es responsable por lo que se quiere o por lo que se hace- tampoco cabe pasar de ahí al anarquismo legislativo, que podríamos enunciar del modo siguiente. Ya que es posible que las consecuencias difieran de los propósitos es igual cómo legislemos, puesto que no podremos controlar los resultados. Por tanto todo vale.

Un modelo de cómo legislar

Con el escepticimos moderado que sugiere lo dicho anteriormente, podemos formular un modelo constituido por un conjunto de preguntas que sirven para plantearse problemas. Es un conjunto de cuestiones que pueden ser difíciles de contestar, pero que sirven para tomar las decisiones con un conocimiento más profundo que el disponible. Que nadie confíe en recetas concluyentes. La decisión exige reflexión y ponderación de variables. Este modelo es una herramienta que sirve para mejorar la legislación si se aplica correctamente, pero no constituye ninguna receta para resolver los problemas.

La racionalidad lingüística

Empecemos por la primera cuestión. Racionalizar la legislación supone racionalizar los mensajes. Podríamos hablar con M. Atienza de un conjunto de racionalidad entre las cuales la lingüística ocupa un lugar importante. Conservo el término racionalidad por fidelidad al modelo de Atienza aunque quizá sería mejor suavizar el término y hablar de cuestiones lingüísticas, lógico-formales, pragmáticas, teleológicas y éticas.

La ley se manifiesta en un lenguaje y éste debe comunicar al destinatario un mensaje claro. La reducción de la ambigüedad, vaguedad o redundancia del lenguaje es una condición de la racionalidad de la ley. Una ley bien hecha desde el punto de vista lingüístico ofrece mayor seguridad. Constituye una regla de juego que permite a los destinatarios saber a qué atenerse. Además liga a la autoridad y establece uno de sus límites públicos. Una ley es racional desde el punto de vista lingüístico si ofrece un mensaje y comunica al destinatario lo que pretende. La racionalidad lingüística de la ley no supone necesariamente una ausencia de tecnificación. No es necesario que el destinatario formal de la ley -por ejemplo la mayoría de los ciudadanos- sean capaces de entender el mensaje legislativo. Algunas leyes tienen como destinatarios mediatos a profesionales. Es evidente que la ley de presupuestos tiene unos tecnicismos que la convierten en ininteligible para la mayoría de los ciudadanos. Pero eso no significa que haya fracasado desde el punto de vista de la racionalidad lingüística porque bastaría que la comunicación fuera clara para los sectores profesionales que trabajan en ese tema.

Si nos preguntamos cuáles son las disciplinas que nos deben ayudar a la comunicación fluida veremos que no son estrictamente jurídicas. El auxilio de disciplinas como la lingüística, la lógica o la psicología cognitiva parece imprescindible.

La racionalidad lingüística es difícil de conseguir, puesto que las leyes se manifiestan en lenguajes débilmente tecnificados y precisamente son esquemas de interpretación de la conducta humana. En muchas ocasiones la irracionalidad lingüística se busca voluntariamente y eso no quiere decir que siempre que existe una irracionalidad lingüística constituya de por sí un disvalor. Esta racionalidad es independiente de la racionalidad ética.

Por último, la información es un elemento fundamental de valor y de desigualdad, y la manera cómo se transmite y quién es el destinatario supone asignar un recurso escaso que, según Hayek, ocupa un lugar tan importante como la división del trabajo.

La racionalidad lógico-formal.

Un segundo nivel de racionalidad es el que denominaremos con Atienza lógico formal. A la pregunta si el mensaje comunica lo que pretende se le debe añadir una segunda. ¿Hasta qué punto este mensaje se integra en el sistema jurídico?

Concebimos el derecho como un sistema de normas, es decir, como un conjunto ordenado de normas que tiene unas características y propiedades determinadas. La inclusión de un nuevo elemento en este sistema, ¿produce contradicciones?, ¿deja supuestos sin regular? Este es un punto de vista especialmente importante para una buena legislación.

Los juristas han dedicado mucha atención a los problemas que sugiere la inserción de un nuevo elemento en el sistema jurídico. Han propuesto criterios que sirven para resolver antinomias y lagunas. Las diversas teorías de la interpretación normativas sugieren un elenco de criterios interpretativos, como el argumento de la coherencia, el a contrario, a simile y tantos otros que demuestran la preocupación por el problema. Ese es un tipo de racionalidad que los juristas han tenido especialmente en cuenta, aunque no se descarta la posibilidad de que otras disciplinas no jurídicas -como por ejemplo la lógica o la informática- puedan ser especialmente útiles para resolver problemas de coherencia. Pero no debemos olvidar que los juristas se han preocupado no como legisladores, sino como aplicadores del derecho y como descriptores del derecho. Los juristas han tenido que buscar el remedio a la irracionalidad del derecho. Aquí se trata de preguntarse desde el punto de vista del legislador. La racionalidad lógico formal trata de evitar que el ordenamiento jurídico se deteriore y se erosione tanto en el nivel de la contradicción entre sus normas como entre sus principios. La idea de que el ordenamiento jurídico está sustentado en una concepción institucional de la justicia juega también un papel de importancia, ya que los casos difíciles se deben resolver mediante esa estructura ordenada e íntegra de principios.

La teoría del derecho moderna se ha preocupado más por el problema de la coherencia y consistencia normativa que por la integridad valorativa. En los últimos años la creciente preocupación por el problema de la justificación de las decisiones ha tenido consecuencias importantes para el desarrollo de la racionalidad institucional de principios.

Por último cabría resaltar que la racionalidad formal es independiente de la racionalidad lingüística. Puede existir una ley que sea racional desde el punto de vista lingüístico pero que no lo sea desde el punto de vista formal. Puede existir una ley racional en los dos

sentidos y también una irracional en los dos sentidos. En cambio parece ser que la falta de racionalidad lingüística -es decir si no se comunica bien o no se sabe qué comunica- implicará dudas sobre su inserción en el sistema y por tanto consecuencias semejantes a la irracionalidad formal.

La racionalidad pragmática

La siguiente cuestión a plantear es la racionalidad pragmática. La pregunta que deberíamos contestar es la siguiente. ¿Hasta qué punto podemos conocer las reacciones de los ciudadanos? ¿Cómo van a reaccionar los ciudadanos frente a la ley? ¿Cuáles van a ser los efectos de las leyes? ¿Cómo afectan las leyes a la conducta social?

La cuestión es compleja porque las consecuencias no intencionales de las acciones son impredecibles. Las modernas corrientes de la elección racional han puesto de manifiesto que los efectos de nuestras decisiones no se corresponden necesariamente con nuestras intenciones y que en muchas ocasiones traicionan los valores y las metas que sostenemos. Es por tanto dudoso que esta pregunta se pueda responder mediante una teoría que ofrezca previsiones aseguradas. Ahora bien, si siguiéramos fielmente la tesis de la irracionalidad de las consecuencias, parece que deberíamos renunciar a cualquier tipo de previsión. Es, sin embargo, indudable que el plantearse como van a reaccionar los ciudadanos, o el presuponer que los hombres actúan por razones supone un avance. La vieja idea de que la voluntad del legislador puede cambiar el mundo está en crisis. En el otro extremo se encuentra la idea de la imprevisibilidad, tesis que es parcialmente verdadera pero que no vacía de sentido al intento de preguntarse por la reacción de los ciudadanos.

Una vez mostradas las cautelas con las que debemos plantear la cuestión es importante tener en cuenta que existen disciplinas que tratan de estudiar la conducta social y que éstas pueden ser de especial utilidad a la hora de prever cuál va a ser la reacción de los destinatarios de las normas -y también- para detectar hasta qué punto los ciudadanos adecuan la conducta a la norma. En los trabajos de ciencia y técnica legislativa éste es un elemento que se enuncia, pero que poco a poco su importancia se diluye en el discurso. O bien se confía excesivamente en el papel de una futura sociología o bien se supravalora los resultados intencionales frente a las consecuencias en la conducta social. Quizá el planteamiento cabría revertirlo. Una ley que no consigue una amplia adhesión demostrada en conducta social tiene un grave defecto de diseño. Lo importante de las leyes no es lo que dicen, sino lo que hacen. Un excesivo valor simbólico

del derecho produce necesariamente un incentivo a no tomarse el derecho en serio y a socavar las razones que lo justifican.

La racionalidad pragmática supone que la ley consigue el objetivo que pretende. Para lograr eso es necesario plantearse, pensar y analizar cuál va a ser la reacción de los ciudadanos, simular cuál sería la reacción de los ciudadanos si se modificara en algún sentido la medida. Por supuesto que eso sólo se puede conseguir en un cierto grado. Simplemente quisiera señalar que usualmente los juristas no se plantean este problema. Tampoco acostumbran a tener los recursos materiales y humanos a su alcance.

Una ley es irracional en el sentido pragmático cuando no consigue que la conducta social se ajuste a la ley. Una ley que se viola frecuentemente -aunque se aplique la sanción- tiene un defecto de diseño. Carece de racionalidad pragmática.

La racionalidad teleológica

La siguiente racionalidad es la teleológica. El derecho puede verse como un medio que tiende hacia una finalidad. Para llegar a un objetivo determinado es necesario asignar los recursos de una forma óptima. Las leyes no sólo deben ofrecer incentivos a los ciudadanos para su cumplimiento, sino que además es necesario que se consiga el objetivo con el mínimo costo. Disciplinas como la teoría económica y especialmente el análisis económico del derecho han dado especial relevancia a la perspectiva de la relación entre medios y fines. Sin duda ése es un problema importante. Una ley bien hecha desde el punto de vista de la racionalidad teleológica es aquella que consigue su objetivo con el mínimo costo. Hay quien ha puesto tanto énfasis en la eficiencia -entendida como mínimo costo social- que ha sustituido el concepto de justicia por el concepto de eficiencia. En realidad la preocupación por la producción de bienes y servicios no puede ser considerada de una forma independiente de la distribución. Una sociedad bien diseñada no es aquella que distribuye conforme un buen diseño -es decir conforme a un plan justo-, sino aquella en la cual el plan además de ser justo, se cumple.

Para que exista distribución es preciso que exista producción. En muchos casos se produce una relación inversa entre producción y distribución y, por tanto, deberíamos hablar del equilibrio entre los valores de eficiencia y equidad y dejar en un segundo plano la prioridad de la producción o de la distribución. Una ley es irracional desde el punto de vista de la racionalidad teleológica si asigna ineficientemente los recursos. Pero no hemos de olvidar que el despilfarro de recursos públicos también es un problema ético. El funcionario

injustificadamente ineficiente incumple con la moral porque debe asignar óptimamente los recursos públicos.

La racionalidad ética

De una forma imperceptible de la racionalidad teleológica hemos pasado a la racionalidad ética. Una ley es éticamente racional si concuerda con un determinado código o punto de vista ético. Si eso es cierto entonces la ley será legítima. La racionalidad ética supone la justificación última de la conducta, de la acción o de la ley. Sin embargo, vale aquí lo mismo que dijimos en otras ocasiones. Lo importante de una ley no es la declaración de principios que ofrece sino lo que consigue. Una ley muy excelsa éticamente pero que no se cumple no es una buena ley. Puede tener una racionalidad ética pero si no se cumple, si no se obedece, no consigue su objetivo fundamental. Puede estar legitimada desde cualquier punto de vista pero carece de suficiente fuerza como para regir la conducta humana. La función de un legislador no es hacer declaraciones de principios, sino dirigir la conducta y garantizar derechos. En el modelo de Atienza se afirma que la racionalidad ética es el fin y las otras racionalidades son instrumentales. Sin embargo, creo que esos instrumentos son componentes de la racionalidad ética porque un muy buen diseño ético de una ley no produce una buena ley. Lo que consigue la ley es el criterio fundamental.

El cumplimiento y la obediencia de la ley no depende sólo de la motivación ética. En un mundo de kantianos que obran conforme a los principios morales quizá podría ser el único criterio de legislación, sin embargo estos kantianos deberían enfrentarse con el problema de las consecuencias no intencionadas de la ley y se despreciarían todas aquellas racionalidades que no fueran las estrictamente ética. Mi posición es que la ética debe dirigir la conducta humana pero que la ética no debe convertirse en un conjunto de principios interesantes para la teoría pero incapaces de resolver los problemas en la práctica.

Esa es una buena recomendación para aquel que se plantea el problema del diseño de instrumentos jurídicos. La intuición de la bondad ética de un principio es un elemento fundamental, es la luz que ilumina el camino y nos indica hacia dónde debemos ir, pero no nos resuelve el problema. Debemos formulamos otras cuestiones precisamente para poder salvaguardar mejor esos principios éticos. El dilema weberiano continúa planteándose. El legislador ¿debe actuar conforme a los principios o a las consecuencias? El político, el técnico legislativo tiene una luz -las convicciones-. Éstas no

son declaraciones de principios, sino que deben juzgarse en función de lo que realmente consiguen. Para conseguir ese objetivo se deben resolver algunos problemas difíciles. ¿Nos guiamos por las convicciones o por las consecuencias?, ¿por las convicciones pero implementadas por algo más que por la declaración o su realización? Y, entonces, el análisis de las consecuencias, los costos, los medios, la previsión tentativa de las conductas, las sanciones o los incentivos que se deben ofrecer son preguntas que exigen alguna respuesta y que sirven también para justificar por qué la ley es cómo es. Y en este sentido sí que podemos predicar una mayor racionalidad de la ley.

Algunas reflexiones sobre el modelo de Atienza

Hasta aquí he seguido -con algunas pequeñas variantes- el modelo que propone Atienza que me parece en líneas generales muy acertado y que constituye un punto de partida excelente para reflexionar. Sin embargo, también se habrá podido observar que en algunos puntos existen diferencias. Éstas serían las más importantes.

1. Atienza sugiere hablar de racionalidad. Creo que el término racionalidad complica las cosas por su ambigüedad y vaguedad. Sería preferible renunciar a esa palabra y enfocar la cuestión sin necesidad de tenerse que aclarar respecto a lo que significa racionalidad y sus funciones ideológicas. En realidad su modelo constituye una herramienta conceptual que podría ser usada para fines muy diversos -conservadores o no. El valor de su planteamiento reside sobre todo en que ofrece preguntas para reflexionar. No es un recetario de racionalidad, sino un instrumento que permite a quien lo utilice decidir con mayor conocimiento de causa.

La cuestión no sólo es terminológica, sino que el desacuerdo también es de fondo. Atienza pretende reconstruir la racionalidad legislativa, pero lo hace desvinculando las racionalidades unas de otras. No es muy adecuado hablar de legislación racional en un sentido y no en otro. Tampoco estoy muy convencido de que se puedan separar en compartimentos estancos la racionalidad teleológica y la ética por ejemplo. Sobre este punto volveré más adelante.

Me parece que su modelo es mucho más útil viéndolo como un instrumento y no como una reconstrucción de la racionalidad legislativa en mayúscula.

2. Una cuestión -que al hilo de la lectura del texto ya ha surgido- es el tratamiento -o mejor el no tratamiento- de las consecuencias

involuntarias de nuestras decisiones. Me parece que debería ofrecer una respuesta desde el modelo a los planteamientos de la teoría de la elección racional y al problema de la racionalidad colectiva. Creo que el planteamiento de Atienza es demasiado voluntarista porque establece un nexo muy directo entre legislación, intención, bondad ética y resultado. El presupuesto subyacente es que la decisión colectiva y la decisión individual están íntimamente relacionadas. La intención y el resultado tienen un nexo que es fundamental y por esta razón la racionalidad ética ocupa un lugar privilegiado en el modelo. Me parece que desde el punto de vista del legislador lo más importante es el resultado que obtiene y no la intención. El valor ejemplar de las declaraciones es inferior a la conducta real. Por otra parte todas sus argumentaciones sobre el valor simbólico parece que ignoran las consecuencias no intencionadas de las decisiones humanas. El defecto fundamental de quien legisla es su creencia implícita -no meditada ni reflexionada- de que si la ley es buena éticamente, y la autoridad que la dicta es legítima entonces los destinatarios la tomarán en cuenta como razón excluyente para actuar. Eso no es cierto. Los ciudadanos toman las leyes como un dato y no como la razón para actuar.

En síntesis el modelo de Atienza todavía concede mucho valor a lo que declara la ley y no tanto a lo que consigue. Es cierto que señala el problema y que uno de sus grandes méritos ha sido introducir dudas acerca del modelo tradicional según el cual con la racionalidad ética se tenía suficiente criterio para legislar. Mi desacuerdo reside en el criterio de valoración de lo que hace el legislador. Prefiero juzgar por lo que hace más que por lo que dice. Más vale una conducta que mil palabras.

Por otra parte el presupuesto de que las decisiones individuales -intención del que legisla- produce resultados que son racionales desde el punto de vista de la racionalidad colectiva se ha puesto en duda y se conocen demasiados contraejemplos para continuar manteniendo esta tesis. Dicho sea de pasada las cuestiones del diálogo racional y del consenso ideal se verían afectados también por el problema puesto que es posible que se produjeran consecuencias involuntarias debidas a la estructura de la interacción. Las paradojas del liberalismo señaladas por ejemplo por Sen serían obstáculos a salvar.

3.Otro desacuerdo -quizá más profundo- se encuentran en la concepción de una sociedad bien ordenada. Atienza se plantea el problema como si la producción y la distribución de bienes fueran independientes. Tengo la convicción de que una sociedad justa no es la que distribuye mucho ni la que produce, sino la que desarrolla un determinado equilibrio entre producción y distribución. Y ese equilibrio

no está desarrollado en unos papeles ni en una carta de navegación meramente teórica, sino que también está decidido en la práctica. En el fondo dibujar una sociedad justa no es otra cosa que asignar recursos escasos para conseguir unos fines y priorizar entre ellos. Nosotros podemos saber cómo se priorizan en nuestra sociedad por ejemplo los derechos a la vida. Si acudimos al derecho veremos que todos tenemos el derecho a la vida. Pero si analizamos qué recursos se dedican a garantizar el derecho a la vida nos daremos cuenta que ésta es otra historia y que en nuestras sociedades se decide sobre la vida asignando recursos a la prevención de accidentes, a la de enfermedades, a la muerte, etc. En la práctica se prioriza y se decide sobre la vida. Decidir significa priorizar recursos escasos y toda política los prioriza. El campo de discusión no está tanto en la declaración como en la prioridad. No niego la importancia de la declaración, pero una vez alcanzada es necesario ir más allá y construir modelos justificatorios de las prioridades. Si se acepta este argumento entonces parece que la asignación de recursos y su distribución no se pueden separar, que la racionalidad económica y la racionalidad ética no se pueden dar por separado, sino que se deben dar conjuntamente y que por tanto la compartimentación de la racionalidad no es posible.

Estas tres primeras constituyen reflexiones de fondo junto a ellas quisiera señalar algunos detalles.

1. Atienza sostiene, con razón, que cuando se plantean temas de racionalidad teleológica el análisis económico del derecho juega un papel fundamental aunque muestra cautelas ante el neoliberalismo de la escuela de Chicago. Creo que no hay un sólo análisis económico del derecho y que junto a posiciones que identifican la justicia con la eficiencia (Posner) podemos encontrar posiciones más matizadas y aceptables como las de Calabresi. El análisis económico del derecho es un instrumento que se puede utilizar para fines muy diversos. Una legislación fiscal eficiente no está reñida con una legislación fiscal progresiva.

Por otra parte el mismo concepto de eficiencia tiene significados distintos. No es lo mismo un óptimo paretiano, que la mayor riqueza social o el mínimo coste social. Posner ha dedicado parte de su libro *Economics of Justice* a diferenciar su concepto de eficiencia de conceptos utilitaristas. Hay muchas maneras de asignar los medios para conseguir fines. Mi tesis es que quien dispone de recursos públicos ineficientemente, quien despilfarra recursos sin razones no actúa moralmente.

2. Respecto a la racionalidad lógico formal debería señalarse que los juristas no tienen modelos de cómo legislar sin contradicciones. Ahora bien, los juristas se encuentran con los problemas de

interpretación y de aplicación y tienen técnicas que sirven para resolver los problemas que los legisladores han dejado irresueltos. Enfocan los problemas de legislación con una red conceptual creada para aplicar el derecho. La perspectiva es muy distinta. Deberían pensarse modelos para prevenir los problemas y después usar el conocimiento jurídico para resolverlos.

Atienza señala que los juristas se preocupan de legislar. Eso es cierto, pero su aparato conceptual está diseñado para aplicar y no para crear derecho. Los juristas de vacaciones crean derecho. Carecen de una red conceptual elaborada para realizar esta tarea y en este sentido creo que es necesario matizar su tesis. Los juristas cuando legislan no tienen instrumentos tan depurados como cuando aplican el derecho. La intuición ocupa un lugar mucho más importante. La idea de sujeción a la ley es un instrumento inadecuado para legislar mientras que no se usan modelos de coherencia e integridad institucional que serían los adecuados para llevar a cabo la tarea legislativa.

3. Estoy de acuerdo con Atienza que la distinción entre creación y aplicación del derecho no debe ser absoluta. Las nuevas redes conceptuales creadas para la legislación se podrían usar en otras parcelas jurídicas. Creo que el modelo de Atienza no sólo sería útil en el nivel legislativo, sino también en el diseño de decisiones judiciales y resoluciones administrativas. Me parece que el tipo de preguntas que formula al legislador se las podría hacer el juez o el funcionario administrativo. Es probable que el derecho mejorara en calidad.

Pero creo que los temas de legislación no se pueden plantear sin tener en cuenta el problema de la legislación desde un punto de vista global. Una nueva ley exige la asignación de recursos y éstos son siempre escasos. Los efectos que tiene la ley no es sólo sobre la conducta, sino también sobre la asignación de otros recursos para implementar otras leyes. Los juristas cuando privilegiamos la racionalidad ética estamos comparando el contenido de la ley con un ideal ético pero en un mundo real se debe priorizar entre diversos contenidos éticos posibles. La objeción sería más global si dijéramos que la racionalidad ética es negativa. Nos indica cuál es la ley que no puede dictarse. Nos indica cuál es la injusta. Pero ¿cómo decidimos entre diversos ideales éticos? Mi argumento es que nuestras sociedades deciden y priorizan y que esta decisión no es independiente de los recursos. Los derechos no son aspiraciones sino garantías.

A modo de conclusión

Inicié este trabajo preguntándome por qué no existía una ciencia de la legislación en nuestras latitudes hasta épocas muy recientes. La

respuesta se encuentra en la insuficiencia de la red conceptual jurídica tradicional para resolver este problema. Sólo adoptando un punto de vista diferente es posible desarrollar esta disciplina y resolver el problema de la inadecuación de la mentalidad y la formación del funcionario para la tarea que se le asigna. Luego nos hemos planteado qué preguntas deberíamos formular para dictar una ley *bien hecha*. La respuesta ha exigido la construcción de un modelo muy sencillo de preguntas -sugerido por Atienza- centrado en la racionalidad lingüística, formal, pragmática, teleológica y ética. Ante una nueva ley podemos preguntarnos si comunica al destinatario el mensaje, si ése se inserta en el sistema jurídico sin contradicciones, si los ciudadanos lo van a cumplir, si se tienen los recursos económicos y humanos y si se asignan correctamente y, por último, si está justificada éticamente. El modelo de Atienza apunta a cuestiones importantes. Pero creo que no tiene en cuenta los aspectos de las consecuencias involuntarias de las decisiones legislativas y es demasiado optimista respecto al voluntarismo. En segundo lugar, desvincula demasiado la racionalidad ética de las demás racionalidades. Si preguntamos sobre la excelencia ética de las leyes sin tener en cuenta los recursos, me parece que desenfocamos el problema. En un mundo de recursos escasos, las leyes establecen *prioridades* entre objetivos. Una buena ley no debe juzgarse por su excelencia declarada, sino por la excelencia que consigue. Y, no todas las excelencias pueden conseguirse. Por supuesto que este modelo sugiere muchos más problemas, pero sin duda el producto -la ley- tiene más probabilidades de estar bien hecho si pasa los test de racionalidad. Creo que sería un buen ejercicio acudir con estas preguntas a la legislación española y analizar hasta qué punto pasa con nota los diversos tests de racionalidad.

Y para acabar quisiera aclarar que ese modelo es sólo una herramienta de trabajo que exige una mentalidad abierta hacia otras disciplinas que intervienen como materiales de construcción de las decisiones públicas. No se trata de convertir a los juristas en economistas, éticos, informáticos o lingüistas, sino de propiciar la suficiente sensibilidad para trabajar en equipo y poder formular las cuestiones pertinentes para diseñar leyes mejores.

FEMINISMO RADICAL Y FEMINISMO LIBERAL. PASOS PREVIOS PARA UNA DISCUSIÓN POSIBLE*, **

Presentación

El objeto del presente trabajo consiste en mostrar que algunas de las desavenencias entre el «feminismo liberal» (o «liberalismo» a secas) y el «feminismo radical»[1] consisten simplemente en una discusión de palabras que pueden ser evitadas si se explicitan los criterios definicionales de los conceptos en juego.

El plan del trabajo comienza con una apelación a la visión de Thomas Kuhn[2] sobre la evolución de las teorías científicas como un pretexto para gratificar la forma en la que entiendo la relación entre ambas posiciones feministas. Luego, haciendo hincapié en la descripción del liberalismo que propone Catharine MacKinnon[3], me

---

* El presente trabajo es una versión modificada del que fuera presentado en el contexto del curso «American Jurisprudence» dictado por Anthony Kronman en el ciclo académico de Otoño de 1990 en Yale Law School. El autor agradece muy especialmente al Profesor Kronman y a los Profesores Owen Fiss, Bruce Ackerman y Catharine MacKinnon sus certeras sugerencias y sus clases brillantes, y a Yale Law School la posibilidad de haber estado allí. Este agradecimiento debe extenderse a los participantes de los seminarios del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires.

** Las traducciones pertenecen al autor.

[1] Se entenderá aquí por «feminismo radical» lo que Catharine MacKinnon llama «feminism unmodified». Aunque la definición de este concepto no es explícita, espero que una noción del mismo se trasunte del presente trabajo. El aspecto más relevante tratado aquí es el de denuncia de los métodos de enmascaramiento que el feminismo liberal utilizaría para ocultar su verdadero propósito: el de continuar brindando justificaciones a la estructura masculina del poder.

[2] *The Structure of Scientific Revolutions,* 2d ed., vol. 2, n.º 2 de la *International Encyclopaedia of Unified Science* (Chicago: University of Chicago Press, 1970).

Espero que el uso en este artículo de lo que Agustín Ferraro llama la «vulgata kuhniana» se justifique como una metáfora de la relación entre los dos feminismos comparados y no como una pretensión de adherir a una teoría epistemológica determinada.

[3] *Toward a Feminist Theory of the State* (Cambridge: Harvard University Press, 1989), Cap. 3, pág. 45.

detendré en cada uno de los caracteres de esa descripción para confrontarlos con la tradición liberal y calibrar su adecuación. Finalmente, sugeriré que la propuesta del feminismo liberal puede asumir con igual eficacia y mayor claridad conceptual los desafíos que plantea la lucha por los derechos de la mujer que el feminismo radical.

Un paradigma con anomalías

Irguiéndose orgulloso corno la racionalización del progreso inevitable del conocimiento humano, el positivismo estableció las condiciones de verdad, objetividad, verificación y la noción misma del progreso científico. Otorgó a la humanidad el aliviador sentimiento de seguridad, la noción de vivir siempre un paso más adelante que ayer, y un sentimiento de inmortalidad.

Pero la historia es cruel con este tipo de aspiraciones. En *La Estructura de las Revoluciones Científicas* Thomas Kuhn[4] instaló a las teorías científicas en el contexto de la historia humana, pasando a conformar, cada una de ellas, tan sólo un paradigma científico más, entre otros. La historia que Kuhn relata acerca del ascenso y caída de los paradigmas científicos me servirá como marco dentro del cual discutir la relación problemática que existe entre feminismo liberal y feminismo radical.

Una vez que un paradigma se instala en una comunidad científica, impone la epistemología y las definiciones «correctas» con las cuales los científicos deben acercarse a la realidad, definirla y, a veces, transformarla. Pero la comunidad científica no sólo trabajará dentro del paradigma, sino que además se propondrá la tarea de explorar sus límites, haciendo surgir «preguntas difíciles» que serán respondidas con grados crecientes de dificultad. En un cierto punto estas «preguntas difíciles» se volverán lo que Kuhn llama «anomalías», es decir experiencias o datos que el paradigma no podrá resolver sin contradicción. Si estas anomalías comienzan a crecer en forma alarmante, el paradigma está en grave riesgo y eventualmente será reemplazado por uno nuevo. No por uno mejor o peor, dado que no hay metaparadigma desde el cual juzgar, sólo uno nuevo.

Mi tesis en este artículo consiste en que:

1. La relación entre feminismo liberal y feminismo radical es problemática porque el último importa un desafío al primero en el sentido que presenta anomalías e inconsistencias en algunas importantes afirmaciones del paradigma liberal.

---

[4] *Op. cit.*

2. El feminismo radical es, en algunos aspectos relevantes (como lo es también el trabajo de pensadores críticos como Roberto Mangabeira Unger), el intento consistente y apasionado de llevar las tesis del paradigma liberal hasta sus más lejanos límites.

3. El paradigma liberal puede sobrevivir aún con algunas modificaciones, dado que no hay ningún otro paradigma al alcance para reemplazarlo y porque las anomalías presentadas por el feminismo radical y los críticos pueden ser contestadas consistentemente dentro del mismo paradigma.

La noción de objetividad

Una de las nociones centrales del paradigma positivista es la de objetividad, es decir: a) la proposición ontológica que afirma la existencia de una realidad externa al sujeto, b) la proposición epistemológica que afirma que es posible conocer esa realidad, y c) una teoría de la verdad como correspondencia que permite concebir a las proposiciones que se refieran a la realidad como pasibles de ser verdaderas o falsas.

Esta concepción de objetividad impone, además, una división tajante entre el mundo empíricamente verificable del ser y el mundo de las normas. Es la distinción entre el «ser» y el «deber ser».

En «El Positivismo y la Separación del Derecho y La Moral»[5] el profesor H. L. A. Hart argumenta a favor de la necesaria distinción entre el ser y el deber ser la que, afirma, supone dos ventajas importantes: la primera es que esa separación permite la crítica. En efecto, si el plano normativo y el descriptivo son indistinguibles, no existe la distancia para criticar, no hay nada para criticar y no hay ningún lugar desde el cual criticar. Si la ley que es, es la ley que debe ser, decir de una cierta norma que es incorrecta o mala es una contradicción y decir que es correcta o buena es una redundancia.

La segunda ventaja consiste en que esta separación hace posible la descripción de la realidad. Si definimos normativamente lo que es una ley corremos el riesgo de dejar de lado una gran cantidad de normas a las que llamamos generalmente «derecho». Sin esa distinción las únicas reglas que contarían como tales serían las que se conforman con nuestra definición valorativa.

Una vez que el observador posee la descripción de su campo de interés puede, entonces, aplicar su sistema normativo para valorarlo, criticarlo y, eventualmente, modificarlo.

En lo que sigue analizaré la definición de objetividad que propone

---

[5] En H. L. A. Hart: «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* (Oxford: Clarendon Press, 1988), Part I, pág. 49.

Catharine MacKinnon, intentando mostrar que su crítica se halla dirigida al aspecto epistemológico del credo positivista y no a la posición ontológica acerca de la existencia de una realidad objetiva que permita utilizar el concepto de verdad como correspondencia.

Para MacKinnon «la objetividad como una posición hacia el mundo erige dos tests a los cuales su método se debe conformar: distancia y 'aperspectividad'»[6]. La autora juzga toda la epistemología científica «normal» como una farsa que oculta el ejercicio desnudo del poder masculino detrás de su apelación a la falta de perspectiva. El problema es la fraudulenta estrategia del poder masculino, la forma en la cual la epistemología científica es torcida para alcanzar fines masculinos: «la aperspectividad se revela como una de las estrategias de la hegemonía masculina»[7].

Uno de los problemas en la discusión entre el feminismo liberal y el radical es que el lenguaje usado está plagado de palabras con enorme contenido emotivo, y en el caso de MacKinnon, la autora no duda en poner todo su peso retórico de su lado. Creo que en última instancia esta estrategia debilita su posición innecesariamente. Debe ser posible alcanzar más rápidamente el consenso si primero decidimos un significado común de las palabras en uso.

Así la aperspectividad y la neutralidad tienen perspectiva y parcialidad: la perspectiva masculina.

Entonces, si los dos tests eran los de distancia y aperspectividad, la autora no se diferencia de ellos, sino que los usa. En cuanto al primero, el concepto de distancia en el sentido canónico, como un espacio necesario para ejercer la crítica, no surge como un concepto problemático en el contexto del feminismo radical. Es utilizado justamente para criticar y valorar al liberalismo.

En cuanto a la aperspectividad, si lo que se imputa al liberalismo es suponer una perspectiva, la masculina, entonces lo que se le pide es, otra vez, aperspectividad. Salvo que se exija la asunción de la perspectiva femenina como la «correcta». Esta posibilidad será analizada más adelante.

MacKinnon realiza aún otra crítica a la objetividad: afirma que una vez que el poder masculino redefine para sus propósitos la epistemología, hace que este nuevo tipo de epistemología defina la ontología y de esta manera reconstruir la realidad y la naturaleza de forma parcial y discriminatoria. «La objetividad... crea la realidad que aprehende definiendo como conocimiento de la realidad que ella crea a la forma de aprehender esa realidad»[8].

---

[6] MacKinnon, *op. cit.*, pág. 97.
[7] MacKinnon, *op. cit.*, pág. 121.
[8] MacKinnon, *op. cit.*, pág. 114.

Así la crítica de MacKinnon sobre la objetividad es una forma retóricamente fuerte de denunciar el juego conceptual siguiente: uno toma una posición, pretende que uno no se encuentra allí, que esa puede ser la posición de cualquiera, legitimando de esta manera la posición de uno mismo; decide desde allí lo que se ve y lo que no se ve; y entonces decide que lo que se ve es lo único real. El paso siguiente es decir que uno ha alcanzado objetivamente sus conclusiones y que ellas son verdaderas porque corresponden a la realidad. Esta realidad así construida deviene en «natural». Está allí como siempre ha estado.

Si esta descripción es correcta, entonces MacKinnon no necesita desechar el concepto de objetividad. En efecto, desde una posición objetivista bien puede denunciarse el mismo juego conceptual como una forma encubierta de subjetividad.

El problema es que ella afirma, sin faltarle razón, que esta construcción retórica es tan fuerte que es imposible «negociar» con ella. Yo creo, sin embargo, que su contra-retórica hace que su argumento sea difícil de entender y que corra el riesgo innecesario de ser mal interpretada.

Las imputaciones al liberalismo

En lo que sigue compararé los aspectos más salientes de la oposición entre feminismo liberal y feminismo radical en la descripción que la misma MacKinnon formula. Espero poder mostrar que los dos tipos de feminismo por algunas ambigüedades pueden ser caracterizados como una forma de liberalismo o que de lo contrario, uno debe optar por descender la pendiente resbaladiza hacia el comunitarismo. Argumentaré en favor de la descripción liberal y compararé a ambos feminismos dentro de esa esfera.

MacKinnon caracteriza al feminismo liberal con cinco conceptos: naturalismo, idealismo, individualismo, voluntarismo y moralismo[9]. Comenzaré por el naturalismo, siguiendo la línea comenzada por la discusión anterior.

Naturalismo

El naturalismo es una decisión acerca de lo que caracterizamos como lo real. Es una postura epistemológica que toma como dados aspectos de la realidad y construye a partir de los mismos los conceptos

[9] MacKinnon, *op. cit*., pág. 45.

de la teoría en cuestión. En la discusión entre liberalismo y comunitarismo[10], este último aboga a favor de una teoría moral que dé lugar a la inmodificable naturaleza de ciertas cosas tales como arreglos comunitarios, instituciones sociales, y el concepto de individuo.

El liberalismo, por otra parte, se caracteriza por el uso intenso de la imaginación moral; imaginación que se utiliza para concebir a la sociedad como un estructura modificable, para escuchar voces diferentes, aun cuando el silencio las oprima, para construir diferentes arreglos institucionales y para proveer justificaciones para esos arreglos. En efecto, el liberalismo, en oposición al conservadurismo y al comunitarismo como una de sus manifestaciones concibe a la sociedad como un artefacto, como un escenario modificable.

El feminismo radical exige simplemente la aplicación consecuente de esa teoría en lo que respecta a la concepción de lo sexual. Propone concebir al sexo como una construcción social. Dado que no debe resultar difícil mostrar los sustanciales efectos sociales que surgen de la manera en que la sociedad define lo sexual, no debería resultar difícil para una liberal comprometida dar ese paso hacia adelante. De esta forma, el sexo y la manera en la cual las instituciones sociales, y las prácticas públicas y privadas lo conciben no será un aspecto natural a ser descartado del análisis (precisamente por ser algo dado), sino un rasgo controvertible del arreglo social, un concepto a ser redefinido para modificar una estructura política injusta.

Idealismo

Si uno toma al «equilibrio reflexivo» como una práctica que desafía la «naturalidad» de nuestras instituciones o el diálogo neutral como una lucha contra el contexto en la búsqueda de una distribución de recursos legítimos[11], o aún la práctica transformadora del liberalismo radical[12], caerá en la cuenta de que cualquiera de estas teorías proponen una forma de desafío a lo contextual, a lo dado, a lo natural (que, en cambio, se concibe como modificable).

En oposición a estas prácticas que MacKinnon define como idealistas, el feminismo radical propone la noción de «despertar de la

[10] Ver Carlos Nino: *Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación,* cap. IV (Buenos Aires, Editorial Astrea, 2.ª ed., 1989).

[11] Ver John Rawls: *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971).

[12] Ver Bruce Ackerman: *Social Justice and The Liberal State* (New Haven: Yale University Press, 1980).

conciencia» («consciousness raising»)[13]. Los efectos y las metas son, de todas maneras, idénticos. El despertar de la conciencia es el descubrimiento común de una situación de opresión, consiste en una práctica que muestra los diseños sociales, desde una perspectiva diferente. Es la herramienta básica de transformación dentro de esta teoría, ya que permite a un grupo silenciado manifestarse y enunciar las estrategias y las prácticas sociales a través de las cuales el poder, el poder masculino, oprime a la otra mitad de la sociedad.

La diferencia básica está constituida aquí por la fuente de la cual proviene la práctica. El término «idealismo» usado peyorativamente por MacKinnon, refleja esa diferencia. «Idealismo», en este sentido peyorativo, es entendido como la práctica solitaria de un individuo aislado con el objetivo de encontrar la estructura social correcta sin más ayuda que su razonamiento, y de legitimarla. Cualquier mejora ulterior, como por ejemplo que esta práctica se constituya como política dentro del juego democrático, no cambia el problema básico que consiste en que cualquiera de estas prácticas están necesariamente inscriptas dentro de la actual ideología de poder.

Sólo las mujeres, uniéndose para apilar información acerca de su vida cotidiana, comenzaran a notar regularidades, datos, huellas de una experiencia compartida. Esta experiencia común así construida llevará esa información al nivel de la evidencia, evidencia de una situación común de opresión y de las fuentes y medios a través de los cuales esa opresión es ejercida.

Las formas en las cuales se arriba a ese «darse cuenta» son similares a las prácticas de la «lucha» liberal en el sentido en que ambas transforman o buscan transformar el contexto en el que actúan transformando a la vez el sujeto protagonista de estas prácticas. En apariencia lo único diferente es la fuente de esta práctica. Pero, ¿es ella tan diferente?

En lo que sigue argumentaré que tal vez no lo sea por dos razones. Primero, el despertar de la conciencia puede ser definido como un «argumento trascendental», un tipo de argumento que no es extraño al pensamiento liberal, y segundo porque la recolección de datos como forma de encontrar evidencias es también una herramienta familiar al tradicional y conocido pensamiento legal inscripto dentro del liberalismo clásico.

a) Un argumento se define como trascendental cuando procede de forma tal que a partir de aspectos aparentemente indispensables de nuestra experiencia cotidiana «encuentra» sus presupuestos últimos

---

[13] Ver Roberto Mangabeira Unger: *Social Theory: Its Situation and Its Task, A Critical Introduction to Politics, A Work in Constructive Social Theory* (Cambridge University Press, 1987).

para volver desde ellos a concebir con mayor claridad esa experiencia[14]. Así, el principio de neutralidad construido a través de un razonamiento de tipo trascendental, es decir a partir de la práctica de nuestro discurso moral, como hacen algunos de los autores liberales ya mencionados y de una forma saliente Carlos Nino[15], es un ejemplo de esta metodología[16].

El despertar de la conciencia como método procede en forma similar. Las mujeres detectan a través del sufrimiento común de cierta estructura del poder, una experiencia común y desde ella son capaces de derivar distinciones y principios para luchar contra ese contexto de poder.

El cambio cualitativo de una colección de hechos a un definición de esos hechos como evidencia de una práctica común es una experiencia repetida *ad nauseam* en la práctica jurídica de todos los días. Este cambio de cantidad a cualidad es en lo que consiste la interpretación de las normas cuando se pasa de las pruebas legales a la confirmación de que esos hechos se acomodan a la definición legal de, por ejemplo, «delito» o «contrato».

En la jurisprudencia americana pude encontrar un ejemplo claro de lo que intento mostrar. El caso es «American Colum and Lumber Co *v.* United States», 257 US 277 (1921). El ministro de la Corte Clarke se encuentra en la búsqueda de una práctica monopólica de fijación de precios y dice:

> «Esta no es la conducta de competidores, sino que es tan claramente la de hombres unidos en un acuerdo expreso o implícito para actuar en conjunto y perseguir un propósito común bajo una guía también común que si no surge como una práctica confesa de una combinación para restringir la producción y elevar los precios del comercio interestatal y como una restricción directa sobre ese comercio como hemos visto que es, esa conclusión debe inevitablemente ser inferida de los hechos que han sido probados. Definir tan anormal conducta de parte de 365 competidores naturales, que controlan un tercio del comercio del país en un artículo de primera necesidad, como una «nueva forma de competencia» y no como una vieja forma de combinación para restringir el comercio, como lo es en forma tan clara, sería para esta corte confesarse cegada por

[14] Ver MacKinnon, *op. cit.,* págs. 83-106.

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

[16] Ver *El Constructivismo Ético* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989) y *Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Justificación,* cap. III (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2.ª ed., 1989).

> palabras y formas a las realidades que los hombres en general ven claramente, y entienden y condenan como un viejo mal, vestido con nuevos hábitos y con un nuevo nombre.

El despertar de la conciencia es el rechazo de las mujeres a quedar «cegadas por palabras y formas», el rechazo de aceptar dobles estándards de evidencia.

Visto desde esta perspectiva, el feminismo radical no se aleja de técnicas familiares al pensamiento liberal clásico y el liberalismo está perfectamente capacitado para asumir, sin idealismos antidemocráticos, la defensa de grupos discriminados.

Individualismo

Desde la perspectiva del feminismo radical el concepto de «individualismo» es entendido como una conjunción entre atomismo y naturalismo. En este sentido, nuevamente, las posiciones de MacKinnon semejan, a primera vista, las del comunitarismo[17].

El individualismo significa tomar la separación de los individuos como algo dado, en el sentido que estoy discutiendo, como un hecho natural. El feminismo radical, en cambio, concibe a los individuos como entidades construidas socialmente.

Creo que la oposición entre ambas escuelas vuelve aquí a ser confusa. Se puede argumentar contra el individualismo como una forma de naturalismo, lo que nos devuelve a la discusión previa en la cual intenté demostrar que el liberalismo no tiene por qué y de hecho no adhiere a una posición naturalista. De todos modos creo que se puede encontrar un tipo de individualismo en el pensamiento liberal que no requiere el rechazo del individuo como un ser constituido socialmente. La pregunta es si el liberalismo está comprometido a describir a los individuos a partir de una imagen de tipo kantiano o si es posible ser un liberal hegeliano.

Del lado kantiano cuando se busca principios normativos nadie toma a la concepción del individuo *(self)* descriptivamente, sino como una aserción prescriptiva sobre cómo una persona debe ser definida, qué rasgos deben ser tenidos en cuenta para que una persona cuente como tal en el contexto de la discusión moral. Esta distinción entre lo que «es» una persona y lo que «debe ser definido» por persona en el contexto del discurso moral es una distinción que muchas veces ha pasado desapercibida pero que es fundamental para

[17] Ver nota (10).

comprender claramente al liberalismo kantiano. No logro entender por qué una posición constructivista como ésta debería ser desechada por el feminismo radical.

Pero aún algunas concepciones liberales como la de Ackerman[18] (y Unger[19] si acordamos en definirlo como un liberal radical), se basan en una concepción hegeliana de la persona, una concepción que tiene en cuenta la práctica de la lucha contra el contexto como una experiencia formativa de la identidad personal, algo que constituye y define a la persona cuando ella se compromete en esa lucha. El feminismo radical es también compatible con esta línea alternativa de liberalismo.

Por otro lado, si el despertar de la conciencia puede ser entendido como una forma de aquella práctica, entonces esta concepción de la forma en que la persona se constituye debe sonar familiar, nuevamente, a los oídos liberales.

Voluntarismo

Otra de las comparaciones es la que se da entre voluntarismo en el feminismo liberal y determinismo político en el feminismo radical.

En este contexto el voluntarismo es la negación a reconocer determinaciones sociales y a la pretensión que «acciones autónomas, intencionales y autodeterminadas»[20] son las fuerzas que moldean nuestra vida social. El determinismo político es el reconocimiento de la existencia de arreglos sociales que moldean lo que podemos hacer y lo que no podemos hacer. Esta imputación al liberalismo es débil dado que no conozco ninguna propuesta liberal, aún la más ingenua, que rechace la obvia influencia de los arreglos sociales sobre nuestras elecciones.

Lo que el feminismo radical acentúa es la perspectiva de los grupos, la fuerza que provee la práctica del despertar de la conciencia como opuesta a la estrategia atomista y debilitadora con la cual el poder masculino oprime a las mujeres como grupo. Sin embargo, desde la perspectiva liberal y aún del pensamiento legal contemporáneo se han creado herramientas (las acciones de clase, los intereses difusos, etc.) para conceptualizar y legitimar estrategias que presuponen el concepto de derechos de grupos.

---

[18] Ver *op. cit.*
[19] Ver *op. cit.*
[20] MacKinnon, *op. cit.*, pág. 46.

Moralismo

La última de estas oposiciones conceptuales que propone MacKinnon es la que se daría entre el «moralismo» como la imposición de reglas definidas como «abstractamente correctas o incorrectas en sí mismas»[21], y la teoría crítica del poder masculino.

Nuevamente éste es un problema de una epistemología que define palabras que definen la realidad. No es casual que MacKinnon utilice frases como «la concepción liberal del pensamiento correcto» o «la redistribución del poder como la definida actualmente»[22]. Al utilizar irónicamente la palabra «correcto» ¿está sugiriendo que hay otra concepción verdadera, real, correcta? ¿hay alguna otra redistribución del poder, diferente de la actual que pueda ser la solución a la falta de poder femenino?

Si las respuestas son afirmativas entonces volvemos a estar frente a una diferencia retórica, una diferencia que podemos eludir definiendo a las palabras sin caer en la trampa del poder masculino que impone un «lenguaje masculino» que respalda un poder masculino. Sin embargo, la imputación de «moralismo» cae al entender que la sospecha recaía sobre la forma correcta de definir las reglas morales y no sobre la necesaria aplicación de reglas para valorar la conducta humana. La discusión acerca de cuáles serán esas reglas correctas sigue estando dentro del paradigma liberal (igualitario, si se quiere) que impone las restricciones de racionalidad, universalidad, publicidad y generalidad que la discusión neutral supone.

Un párrafo para una crítica relevante

En un seminario realizado en el Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires en 1990, el profesor Owen Fiss afirmó lo siguiente:

En realidad mi intento de traducir el feminismo radical al liberalismo desvirtúa la posición radical. En efecto, la misma no intenta el diálogo porque lo juzga imposible, y desde sus fundamentos más básicos, discriminatorio. Si intentara entrar al diálogo es obvio, como parece que yo muestro, que deben caer en el juego del diálogo neutral y aceptar todas sus reglas. La posición radical es un desafío de guerra y no una aceptación de la invitación liberal al diálogo, es una batalla que, como todas, se decide

[21] MacKinnon, *op. cit.*, pág. 46.
[22] MacKinnon, *op. cit.*, pág. 46.

conforme el mayor o menor poder que demuestren los contrincantes.

A esta crítica yo respondo que publicar, dar clase, conversar con alumnos y dictar seminarios no semejan acciones de guerra, sino ofrecimientos de diálogo. Aunque estoy de acuerdo que ese comportamiento de dialogar se contradice con alguna forma de exponer las posiciones que, como dije, puede ser superada por otra más inteligible y apta para debatir dentro del mismo lenguaje.

Conclusión

Todo lo que he tratado de hacer en este artículo ha sido encontrar los problemas principales que no permiten un diálogo sensato entre un liberal con una vocación transformadora sincera y un plausible, aunque retóricamente menos poderoso, feminismo radical. Dado que creo que el diálogo es posible, queda espacio para decir que ambas posiciones pueden compartir una práctica común y que aun ambas pueden ser comprendidas dentro del mismo paradigma.

Queda por ver si la tradición liberal es capaz de seguir el camino transformador, radical, que creo que constituye su futuro necesario. Creo que pretender no entender al otro porque se utilizan palabras diferentes a las del lenguaje canónico es una pobre justificación para rechazar un proyecto que suma más voces a la discusión, tomándose su sufrimiento seriamente.

LA INTIMIDAD EXTERIORIZADA. UN BIEN JURÍDICO A PROTEGER

En este artículo, sin perder de vista las raíces históricas, y desde una perspectiva crítica capaz de contemplar el contraste entre las exigencias que demanda en la actualidad el derecho a la intimidad y la normativa constitucional y su posterior desarrollo legislativo, reconsideraremos cuál es el bien jurídico que se trata de preservar y las particularidades provenientes de la titularidad. Entre las razones apremiantes para esta revisión juega un papel estelar la actual reivindicación doctrinal de un supuesto derecho a la autodeterminación informativa. Cuando desde un sector de la doctrina se insiste en la premura de reconocer la categoría autónoma de un derecho, ubicado entre los llamados de tercera generación, hay que empezar a pensar que, o bien las informaciones que nos atañen han cobrado tal magnitud que requieren su reconsideración como objeto de protección de un nuevo derecho -lo que supondría señalar la barrera que lo distancia del derecho a la intimidad sin por ello dejarlo sin contenido propio, a la vez que tratar de ahondar en las raíces justificatorias del nuevo derecho-, o bien reconocer que se trata de una exigencia implícita en un derecho fundamental consolidado entre los llamados de primera generación, el derecho a la intimidad, en cuyo caso, urge enfrentarse a las causas que han impulsado la salida de la parte básica del contenido de ese derecho en busca de otro amparo constitucional. Habría que averiguar si razones de tipo conceptual o acaso de ausencia de operatividad han motivado el que las informaciones busquen refugio en una trinchera más fuerte, o de mayor impacto reivindicativo. Asumir esta perspectiva del problema implica, en nuestra opinión, entre otras muchas cosas, aceptar, como se ha señalado, que la dicotomía público-privado es una realidad sometida a un proceso de revisión, admitir la afloración de nuevos ámbitos que se resisten a la tradicional catalogación, y por supuesto reconocer como un fenómeno presente en nuestros días a «...la intensificación

de lo íntimo como esfera de valoración propia...» con todas las consecuencias que estas consideraciones conllevan, entre las que se sitúan la necesidad de establecer la distinción entre tres ámbitos bien diferenciados, lo público, lo privado y lo íntimo; el desplazamiento de la tradicional dicotomía y la concentración en la esfera de la intimidad de numerosas situaciones conflictuales[1]. En cualquier caso, resulta apremiante un replanteamiento de qué es el derecho a la intimidad[2], y esta precisión conceptual exige, en nuestra opinión, como paso previo, la reconsideración de cuál es el bien jurídico que trata de proteger, asunto del que intentaremos fundamentalmente ocuparnos en estas líneas.

Tomaremos como marco básico de referencia del presente estudio, la configuración española actual del derecho a la intimidad; es decir, su cualificación como derecho fundamental en la Constitución española de 1978, su incardinación con las restantes categorías de derechos de la persona y su viabilidad dentro del marco internacional, especialmente el europeo, hacia el que debe tendencialmente desarrollarse toda tentativa de interpretación de la normativa jurídico-positiva de alcance interno.

El esfuerzo de aproximación conceptual no es posible, en nuestra opinión y como ya hemos apuntado, sin la estipulación previa de *cuál es el bien jurídico protegido,* elemento con frecuencia eludido pero absolutamente determinante en esta discusión. A nuestro modo de ver, la intimidad, aunque no sin matizaciones, es la necesidad básica[3]

---

[1] Cfr. en J. J. Aguirre de la Hoz, «La pareja dicotómica público-privado: ¿disolución de la dicotomía?» *Comunicación presentada en la VII Semana de Ética y Filosofía Política,* Valencia 14-16 de diciembre de 1992.

[2] Conviene advertir ya desde aquí que el propósito que guía estas líneas está predominantemente dirigido por el objetivo de maximización de un criterio de utilidad en cuanto técnica operativa que facilite la labor de los diversos operadores jurídicos y, por tanto, no atiende ni a la elaboración de una distinción real entre lo privado y lo íntimo, de muy difícil consecución pues, en nuestra opinión, no podría prescindir de la casuística, ni desde luego pretende realizar una conceptualización de corte esencialista del mundo íntimo. Al contrario, este punto de partida significa asumir la diferencia existente entre una distinción artificial pero operativa y otra artificiosa y abogar, desde luego, por la primera.

[3] Damos por supuesta la conexión entre la teoría de las necesidades y los derechos humanos en orden a su fundamentación sin que de ello se infiera la, a nuestro juicio, errónea reducción entre derechos humanos y necesidades básicas. Sobre el concepto de necesidades básicas y su utilidad en el discurso justificatorio sobre derechos humanos puede verse entre otros, A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Tecnos, Madrid, 1984, págs. 162 y ss., así como las diversas aportaciones publicadas bajo el rótulo «Sobre necesidades básicas» en el número 7 de la Revista *Doxa,* Alicante, 1990 (especialmente, J. De Lucas y M. J. Añón, «Necesidades, razones y derechos») y más recientemente, M. J. Añón, «Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas» en *Derechos Humanos,* A.A V.V., Tecnos, Madrid, 1991, págs. 100 y ss. Ed. J. Ballesteros.

que está en la base de las exigencias de este derecho; su distinción del «ámbito privado» va a proporcionar argumento suficiente para dotar de carácter autónomo al derecho a la intimidad dentro de un genérico derecho a la vida privada; para ello puede ser útil un breve examen histórico de las raíces configurativas de su cualificación de derecho fundamental, es decir, de las distintas fases por las que ha atravesado su plasmación positiva porque ayudará a determinar el tipo de exigencias que desde su aparición lo sustentan. Junto a la determinación del bien jurídico objeto de protección, otro elemento estructural que puede contribuir en la elucidación conceptual y que en nuestra opinión, requiere la máxima atención, consiste en la *identificación del titular del derecho*. Se trataría de esclarecer (en la actual configuración de los derechos fundamentales) a qué sujetos se atribuye la titularidad y el ejercicio del derecho, esto es, la identificación del titular y el estudio de las diversas situaciones en que se disocia la titularidad del ejercicio.

En segundo lugar, y ante la extrañeza que pueda ocasionar el trato preferente y aislado que desde aquí se propone del bien jurídico que trata de proteger el derecho a la intimidad personal, frente al tratamiento constitucional del derecho a la intimidad personal y familiar y, por lo tanto, a la *ausencia de un tratamiento conjunto del derecho a la intimidad personal y familiar*, conviene explicitar las causas que han motivado esta premeditada omisión[4].

I

Como es evidente, la primera precisión apuntada no puede quedar reducida a dos líneas pues, a las dificultades generales de cualquier definición jurídica, se suman los obstáculos específicos con que tropieza este intento ante un derecho -el de la intimidad- que refiere a un concepto ambiguo e impreciso y al que se recurre con tanta facilidad como se huye de su elaboración conceptual. En efecto, tanto la intimidad como el derecho al que ella ha dado lugar, son conceptos rodeados de una fuerte carga emotiva, relativos, graduales, contingentes y variables, lo que dificulta enormemente cualquier aproximación conceptual[5]. Además, paradójicamente, el mayor grado de utilidad y efectividad de este derecho se alcanza a

[4] Sobre todo si se tiene en cuenta que una lectura literal del art. 18.1 de la C.E. induce a una interpretación bien distinta. Textualmente dice: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

[5] Un breve repaso doctrinal da muestra del alcance de esta afirmación sobre las dificultades de precisión conceptual. Creemos que Pérez Luño acierta al señalar a la amplitud y dispersión de su objeto como la posible causa de la ausencia de una unívoca y precisa definición legal o jurisprudencial, cfr. A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *op. cit*., pág. 327. Sin embargo, la ambigüedad

través de su configuración abierta a las nuevas manifestaciones posibles. Esta idea remite, en la fase de su juridificación, a esa efectividad potencial de los derechos fundamentales capaz de ofrecer una protección que abarque a las futuras exigencias que se produzcan dentro de su ámbito de aplicación (como, por ejemplo, las injerencias en la intimidad en la variedad de situaciones que plantean los cambios de sexo o los, cada vez más frecuentes supuestos de S.I.D.A., las nuevas investigaciones sobre el genoma humano, o las manipulaciones que pueden acompañar a los futuros bancos de datos), sin que por tal se entienda el abandono de su contenido esencial[6] al regateo político, o, aún peor, al ideológico. Esta pretensión de textura abierta de la norma encuentra su equilibrio en que, al mismo tiempo, debe satisfacer el requisito de la precisión de unos contornos capaces de distanciarle de otro tipo de derechos y figuras afines.

Hemos partido del carácter relativo del derecho a la intimidad; quizá sería más correcto hablar de la relatividad de la idea que se tiene de ese tan reclamado, en ocasiones, concepto normativo. La referencia viene marcada por la graduación existente dentro de los elementos a barajar en la delimitación de este derecho. La diversidad de sus titulares, la amplitud de manifestaciones que comprende su contenido, así como la exigencia expresa de contemplar las circunstancias que rodean cada caso concreto en función de los factores

---

denunciada ha contribuido, sin duda alguna, a que un gran sector doctrinal -entre los que parece situarse el propio prof. Pérez Luño-, en base a la aparición y posterior evolución de estas exigencias de intimidad, llegan a la identificación como figuras análogas de la Privacy y la noción de intimidad en nuestra propia tradición jurídica, cfr. A. E. Pérez Luño, en *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit.*, pág. 324, e incluso, creemos que es determinante de su posición posterior de abogar por una categoría general o forma única de garantía jurídica sobre el problema de si es un único derecho general a la intimidad o varios derechos de la personalidad imposibles de constituir una única categoría. A esta identificación no es ajeno García San Miguel que tras señalar la distancia entre la clásica definición de Warren y Brandeis de privacy y las exigencias actuales de este derecho termina por definir al derecho a la intimidad en términos de derecho a no ser conocidos en ciertos aspectos por los demás, un derecho al secreto y por calificarlo de un derecho discutido y discutible, cfr. L. García San Miguel, «Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión» en *Estudios sobre el derecho a la intimidad,* AAVV, Ed. L. García San Miguel, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 15 y ss. En nuestra opinión, existe en efecto una identidad de ratio en la protección de unos intereses que pueden comprenderse bajo un derecho general a la privacidad en el que el derecho a la intimidad no es más que una manifestación específica, la más importante, como intentaremos demostrar. De ahí que nos parezca relevante su tratamiento aislado.

[6] Sobre el problema del contenido esencial de los derechos fundamentales vid. su consideración de valor absoluto, de «límite de los límites» en L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales,* Debate, Madrid, 1990, págs. 139 y ss. Vid. también las sentencias STC. 11/1981 de 8 de abril y STC 77/1982 de 20 de diciembre.

sociales, culturales y económicos (por ejemplo, entre el contexto urbano y el rural o, entre el subsistema social y el cultural) y, en definitiva, las pautas de comportamiento deducidas en función de las reglas sociales de su entorno y la aceptación de las mismas por los sujetos en cuestión, son datos que no se pueden olvidar en la configuración general de este derecho ni, menos aún, en su aplicación específica; como relativo ha sido también, sin duda alguna, en su trayectoria histórica. Además, no se descarta que el desarrollo creacional-jurisprudencial de los derechos fundamentales favorezca esta contingencia.

Lo hasta aquí señalado tiene mucha más importancia de lo que a primera vista pueda parecer ya que la posición que se adopte ante el problema conceptual nos parece que es una condición resolutiva de una cuestión a la que todavía no se le ha dado una solución unitaria, el carácter autónomo o no de este derecho. Una concepción amplia, incapaz de establecer los límites entre la esfera privada y la intimidad, permitiría la entrada a supuestos de figuras afines como las del honor, o la imagen o, incluso, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, etc.; por el contrario, una concepción restringida debería aportar los suficientes requisitos como para aislar el derecho a la intimidad de toda manifestación circundante y a la vez terminar con una preocupación constante en la doctrina, más acuciante entre los civilistas, si se trata de un derecho de la personalidad o del reconocimiento de varios.

En el intento de dar luz a todas estas cuestiones constituye una aportación nada desechable la realización de un breve recorrido por el proceso de positivación del derecho a la intimidad, así como por su variable trayectoria teórico-doctrinal. Se trata de llegar al apuntalamiento de algunas notas sobre las nociones de intimidad y vida privada, guiados, más que por un ánimo de exhaustividad, por la intención de ofrecer una visión integral que comprenda al panorama jurídico positivo como paso complementario en todo esfuerzo de aproximación conceptual a estos derechos.

Aunque históricamente se ha localizado[7] al primer sujeto activo de este derecho en el hombre burgués del s. XIX, y doctrinalmente el «fuero interno» de Thomasio y Kant proporciona la raíz teórica, un breve repaso por la historia del constitucionalismo pone de manifiesto que no sólo es escasa su presencia en los textos fundamentales sino que, además, su configuración clara y expresa no se

[7] Ver en este sentido, la clara exposición de la aparición histórica y doctrinal del derecho a la intimidad que realiza Pérez Luño, en A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit*., concretamente en las págs. 321 y ss.

produce hasta bien entrado el siglo XX. La constitución Mexicana de 1917, de forma genérica, recoge una protección especial al ámbito privado en su art. 16. La Constitución del II Reich Alemán de 1919 se limita a un reconocimiento global de la inviolabilidad de la libertad personal y a una posterior protección más detallada de determinadas libertades, entre las que no se menciona expresamente al derecho a la intimidad personal ni familiar. No será, por tanto, hasta la Constitución Portuguesa de 1976 cuando veamos de forma clara y expresa la proclamación del derecho a la intimidad personal y familiar, concretamente en su art. 26 y dentro de un rótulo general de reconocimiento de otros derechos personales. Posteriormente, la Constitución Española de 1978 se hará eco en su articulado de esta exigencia de forma expresa.

A nivel de declaraciones de derechos de índole internacional, aunque el reconocimiento expreso es anterior, no pasa de situarse a mediados del siglo XX, a la vez que predomina su configuración negativa, es decir, se trata de proteger contra las violaciones efectuadas a la intimidad y, en modo alguno se observan una intervención positiva por parte del Estado, sólo se actúa *a posteriori*. En esta línea, la Declaración Americana de 1948 recoge en su art. 5 el derecho a la protección legal contra los ataques a la vida privada y familiar; la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 también se hace eco de esta exigencia en su art. 12 y, en el mismo sentido, esto es, sólo en los supuestos ataques o injerencias actúa la protección. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 1950 recoge en su art. 8, al derecho al respeto de la vida privada y familiar de las personas. El pacto de derechos civiles de 1966 en su art. 17.1 defiende contra ingerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada o familiar. Y, finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1970, en su art. 11, protege este ámbito dentro de una protección genérica a la honra y a la dignidad, en el mismo sentido de impedir injerencias arbitrarias o abusivas.

Pero, ¿qué es la intimidad, el ámbito íntimo, la vida privada, la esfera privada, o la tan reclamada privacidad?[8] Frecuentemente se recurre a la vía de la negociación para delimitar el ámbito de lo privado.

[8] Aquí utilizaremos como sinónimos vida privada y privacidad (término que, aunque poco afortunado se encuentra perfectamente acuñado a nivel doctrinal) a efectos puramente técnicos. No entraremos en la distinción de contenidos entre el término de origen anglosajón «Privacy» y nuestra noción de «vida privada» -por la imposibilidad fáctica de entender todas las cuestiones colaterales, no por ello menos importantes, que conlleva cualquier estudio-, centrando nuestra atención en las diferencias entre las nociones de intimidad y vida privada en el uso común y jurídico de nuestro entorno cultural más próximo.

Así, se dirá que pertenece a esa esfera lo que no es público. El criterio por tanto determinante en la mayoría de los autores es el de la correspondencia y, a la vez, radical diferencia con su antónimo[9]. Afirmación, ésta, que, aunque no resuelve mucho en este momento histórico en que la frontera entre ambos se difumina y cada vez son mayores las zonas de penumbra, sin embargo, y a efectos de la distinción que aquí interesa señalar, proporciona una satisfactoria primera aproximación.

Nuestra propuesta se puede resumir en las siguientes ideas: en la dialéctica que se produce entre intimidad y privacidad, la intimidad acota las fronteras interiores del «ser persona» y la vida privada, sus fronteras exteriores. En este sentido, y, aunque la vida privada supone por una parte un paso previo a la intimidad, por otra la comprende sin llegar a corresponderse totalmente con ella, encontrando a su vez su límite en el ámbito público. De tal manera que se puede violar la vida privada y no violar la intimidad[10], por ejemplo cuando se viola el domicilio ajeno, o se vulnera el secreto de las comunicaciones[11]. Sin embargo, cualquier violación de la intimidad supone una invasión de la vida privada, en cuanto que ésta actúa

---

[9] Bien sea para poner el acento en la esfera que lo público ha robado a lo privado o a la inversa, en función de la posición de partida. Cfr., entre otros, A. E. Pérez Luño*, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit*, y H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad.* Alianza, Madrid, 1990 (1.ª edición de 1988). Asimismo confrontar la reciente caracterización de la dicotomía público-privado realizada por Aguirre de la Hoz y que toma como punto de partida la reciprocidad tanto real como conceptual de los términos. Vid. J. J. Aguirre de la Hoz, «La pareja dicotómica público-privado...» ya cit.

[10] Esta afirmación nos parece muy importante porque impide la identificación, lamentablemente frecuente, entre estas dos nociones y aporta una razón para intentar su delimitación conceptual, aunque, a nuestro modo de ver, por supuesto, no excluye las zonas de penumbra y en este sentido, cobra importancia la tesis de Carrió sobre los derechos periféricos en los casos de penumbra constitucional, en cuanto plus de garantía de los derechos específicos y a la vez freno eficaz de la expansión arbitraria del catálogo de derechos fundamentales y de la trampa que, en ocasiones, encierra la titularidad colectiva en materia de derechos fundamentales al poder abocar en unos supuestos derechos fundamentales de la sociedad y, en última instancia, ¿por qué no?, en la policía de pensamiento de Orwell, cfr. A. D. Carrió, «Derecho constitucional a la privacidad: Zonas claras de protección y zonas de penumbra» en *La autonomía personal,* C.E.C., Madrid, 1992, págs. 109 y ss.

[11] En nuestra opinión, y ante la reciente influencia de casos en que se observa este tipo de intromisiones, lo más que se puede argumentar, si se demuestra, es que se produce una invasión de la esfera privada por la violación del secreto de las comunicaciones pero -coherentemente con nuestra propuesta de una noción estricta de intimidad- parece poco afortunado el recurso a la intimidad en las situaciones, como éstas, en que la presencia de la nota de alteridad desvanece todo asomo de posibilidad de recurrir al amparo del derecho a la intimidad. Se trata por tanto, insistimos, en su caso, de invasiones a la privacidad en una de sus manifestaciones posibles, el derecho al secreto de las comunicaciones.

como una fase previa pero, a la vez, totalizadora de la esfera espiritual y material de la persona en que se concreta la intimidad. Decimos material, porque, al contrario que algunas posiciones[12], consideramos que una de las mayores peculiaridades de la noción de intimidad proviene de su sentido dual. Esto quiere decir que estamos ante una noción en la que pueden observarse claramente dos significados; el primero de ellos se queda en la fase de pensamientos, creencias, sensaciones y sentimientos sin signos perceptibles para ser identificados externamente. Evidentemente, este contenido no puede ser objeto de protección por el Derecho porque, y ésta es una particularidad del Derecho, éste no puede proteger lo que no reconoce, lo intangible, lo inmaterial. Por tanto, su contenido sólo interesa al Derecho cuando su conocimiento es posible a través de su exteriorización material, aunque su origen último sea totalmente espiritual, sin que ello signifique salir de la esfera de lo íntimo[13]. Es, en definitiva, una de tantas nociones ambivalentes que tiene a su favor la posibilidad de delimitar las coordenadas dentro

[12] Es frecuente entre la doctrina civilista, a partir de F. De Castro, la omisión de este aspecto material y el reduccionismo que observa sólo el aspecto espiritual de la intimidad. La propuesta de este autor de sustituir la idea de los derechos de la personalidad por la de bienes de la personalidad al objeto de superar la dificultad de catalogación en el marco de los derechos subjetivos implica la consideración de estos bienes como no materiales. Esto produce, en nuestra opinión, una consecuencia inmediata, el bien jurídico protegido es, en todo caso, inmaterial e intangible; lo que a su vez ocasiona grandes problemas, pues ¿cómo puede regular y proteger el Derecho algo etéreo que no conoce más que de una forma intuitiva? Cfr. F. De Castro, «Los llamados derechos de la personalidad», *A.D.C.* 1959 y del mismo autor, *Temas de Derecho Civil,* Madrid, 1972.

[13] El que el interés jurídico por la intimidad provenga actualmente de su dimensión social no implica ignorar la doble faz de esta noción. Al contrario, supone una indagación más precisa de su significado que conduce a discernir el aspecto del mismo que le interesa al Derecho, la exteriorización de los comportamientos, y al mismo tiempo a rechazar en materia de derechos fundamentales toda mención a la interioridad de los comportamientos. Es una cuestión de ámbito de aplicación en la que, aunque compartimos, como ha tenido la amabilidad de señalarnos el profesor Pérez Luño, que «...lo que importa no es la mayor interioridad o exterioridad de un comportamiento, porque para tener relevancia jurídica siempre tendrá que exteriorizarse y tener una determinada dimensión social», no parece que esté de más, siempre y cuando no suponga un obstáculo que impida reconocer como también nos ha indicado Pérez Luño, la importancia «...en el ejercicio actual de la intimidad como derecho de los valores e intereses públicos y/o privados, que pueden contraponerse a los deseos de una persona concernida de mantener sus datos personales en un plano de reserva o desea ejercitar determinados controles sobre su difusión». Sin embargo discrepamos en que estas afirmaciones desplacen de modo absoluto el tradicional sistema de tutela de la intimidad basado en la intensidad social de la conducta consecuencia de la teoría de las esferas de la jurisprudencia alemana. Al contrario y, por nuestra parte, una reconsideración de la teoría de las esferas se traduce en una revisión y puesta al día de su capacidad de explicación de toda esta problemática y,

de las cuales tiene lugar el contenido de intimidad objeto de protección del Derecho.

Pues bien, conforme a esta demarcación que hemos intentado realizar, el derecho a la intimidad del art. 18.1 de 1978 tiene como objeto de protección a la «intimidad» en su significado estricto señalado, mientras que el derecho al honor, al nombre, a la imagen, a la inviolabilidad del domicilio, o al secreto de las comunicaciones serían múltiples y específicas manifestaciones de la privacidad, cuyo bien jurídico protegido sería «el ámbito privado». De tal forma que habrá que estar al caso concreto para determinar cuándo por ejemplo la violación de un escrito va más allá de la mera invasión del ámbito privado para entrar de lleno en la llamada «intimidad» y para esta determinación actúa como un criterio decisivo el consentimiento o permisividad de su autor, lo que se podría traducir en su renuncia o no a esa parcela de intimidad.

En este sentido, y siguiendo con una línea de argumentación ejemplificativa, la lectura de un diario personal, ajena a la voluntad de su autor, supone una clara intromisión en su intimidad; sin embargo, la lectura consentida del mismo por un individuo ajeno, al implicar una renuncia implícita a esa parcela de intimidad, se traduce en la transformación del objeto jurídico protegido con el subsiguiente cese de protección por el derecho a la intimidad, pasando a formar parte del objeto de regulación de la llamada privacidad. Asistimos pues, al nacimiento de una relación jurídica entre dos individuos totalmente ubicada en la esfera privada en la que, además de aparecer un nuevo sujeto, el receptor, el objeto de protección, por la transformación acaecida, es distinto, identificándose con una parcela del ámbito privado. En esta relación, resulta indiferente, sin embargo, que el conocimiento de este primer receptor sea directo o indirecto, esto es, lectura personal o comunicación del propio autor por la vía que sea, pues lo determinante es la renuncia a esa parcela de intimidad por parte de autor. Sólo en un supuesto resulta jurídicamente relevante la forma utilizada, y es el caso de que se precise demostrar la veracidad del contenido de la información para ver si ha habido una supuesta posterior invasión de la privacidad. Si la comunicación del contenido proviene del propio autor, precisamente porque existe prueba tangible de corroboración -el diario personal- creemos que el Derecho sólo puede intervenir si existe concordancia entre la información emitida y la exteriorizada a través del diario pues, si la información transmitida no se ajustase al escrito de procedencia, por tratarse de una desfiguración

---

desde luego, en una selección de los aspectos recuperables de la misma. La posición de Pérez Luño puede verse claramente expresada en A. E. Pérez Luño, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales,* en colab. con M. Losano y M. F. Guerrero Mateus, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 157 y ss.

consciente de la realidad no podría probarse que lo que se transmite forma parte del contenido de la infimidad que significa el diario, por lo que, difícilmente se podría alegar que existe una renuncia a una parcela de la intimidad ni tampoco la consecuente invasión de la relación de privacidad al no existir parcela de intimidad exteriorizada anterior a la que renunciar. La adecuación de la intimidad renunciada y la intimidad exteriorizada es en estos supuestos imprescindible para la actuación judicial. Pero esto no quiere decir que en toda relación de privacidad sea valiosa, jurídicamente hablando, la veracidad del contenido de privacidad violado, sino sólo en los supuestos cuyo origen inmediato pueda ser localizado en una renuncia a la intimidad. Por un principio de coherencia, cualquier cadena de relaciones que se originase *a posteriori* se guiaría por el mismo criterio por estar montada sobre una farsa. De lo dicho se deriva la afirmación de que la veracidad de la información es relevante, no tanto por su autenticidad, y esto nos parece importante de destacar, como por su ajuste a las pruebas de identificación válidas para el Derecho.

Surge aquí un interrogante, ¿quiere esto decir que, en el caso de que a través de una comunicación directa a un tercero se transmitan datos falsos sobre una supuesta intimidad se está, conforme a nuestra propuesta, saliendo de la esfera de la intimidad y entrando en la de la esfera privada, a efectos de posteriores intromisiones? Esta pregunta estará en función a la respuesta que demos a otra anterior y condicionante, ¿entraría dentro del ámbito de regulación y protección del derecho a la intimidad las informaciones falsas exteriorizadas pero no comunicadas? esto es, ¿son relevantes para el Derecho la veracidad de las informaciones *per se*?, ¿puede el Derecho entrar en ese tipo de análisis? Creemos que no, pues el Derecho no puede entrar en su ámbito interior y sólo en el caso de una comunicación en desajuste con una prueba material es posible juzgar la adecuación de lo dicho con lo actuado y por lo tanto desplegar los mecanismos de protección en caso de violación.

No obstante, podemos ir más allá de esta nueva relación y observar otra supuesto distinto en el caso de que un tercero ajeno a esa primera relación lea o conozca del contenido de ese diario. Surge aquí otra relación jurídica en la que, sin duda alguna, se produce una violación ya que no existe el consentimiento del autor para dicha intromisión. En dicha relación es posible distinguir a su vez dos situaciones por la forma en que se ha realizado la violación. La forma aquí nos parece un criterio relevante para determinar el tipo de invasión por dos razones; la primera es que uno de los requisitos necesarios para identificar un ataque a la intimidad en cuanto objeto de protección por el Derecho, es la intromisión por vía material, y, la segunda, la consideración de que el conocimiento directo implica una toma de decisión individual y consciente por la que se asume

plenamente la responsabilidad del acto. De lo que se deduce que la violación será de la intimidad o de la privacidad según exista o no conocimiento directo o indirecto del diario personal, esto es, por comunicación del contenido o por su lectura directa. El consentimiento individualizado del primer supuesto lo que transforma es la primera relación, pero no afecta a las nuevas posibles relaciones, ante las cuales, el contenido del diario sigue constituyendo un muro infranqueable. Estas afirmaciones parecen partir de la consideración del diario como un coto vedado de intimidad para el resto de los individuos. Cuestión ésta sobre la que volveremos más tarde.

La transmisión del contenido del diario personal a un tercero, sin el beneplácito del autor, por la persona que lo conoció y con el consentimiento del mismo, origina unos efectos distintos según las relaciones que se contemplen:

1. Entre los dos primeros sujetos -el autor y el primer receptor al que se le autorizó- antes de la violación que produce la relación del primer receptor y el segundo, existe una relación de privacidad y en modo alguno invasión; situación ésta que como veremos se transformará.

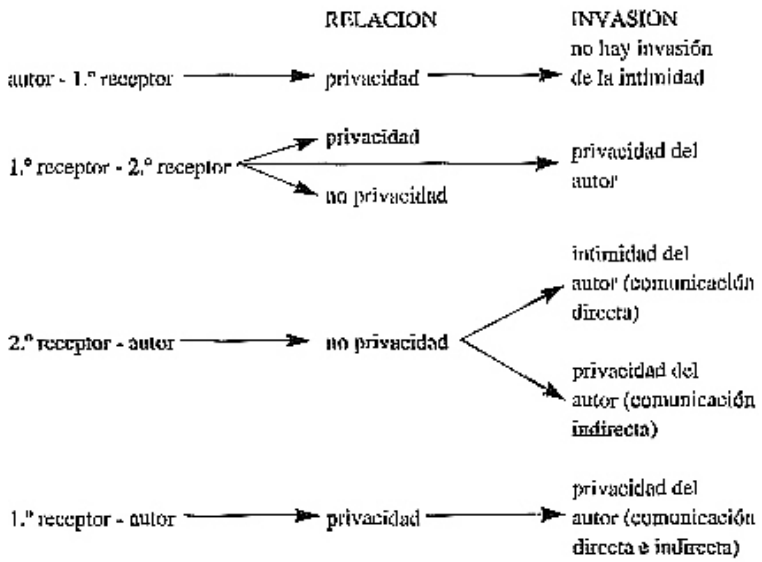
2. La relación entre el segundo receptor y el primero puede ser o no de privacidad (admitimos que el conocimiento del diario personal puede hacerse a un individuo con el que se comparte la vida privada o a terceros con los que no une esfera privada alguna, ejemplo una revista de gran difusión) pero, en todo caso, origina una violación de la esfera privada del autor en la medida en que un contenido de la misma ha salido sin autorización y la responsabilidad debería extenderse tanto al emisor como al tercero difusor. Lo que sería imposible es alargar la extensión de la violación del derecho a cuartos receptores, por ejemplo lectores de la revista, en todo caso sería un criterio cualificador del daño producido a efectos de la responsabilidad civil del segundo y tercer receptor.

3. Entre el segundo receptor y el autor, al no existir relación de privacidad, se produce una violación de la privacidad del autor de forma indirecta o, de su intimidad por la vía indirecta, pues el segundo receptor no estaba autorizado a recibir esa información.

4. Finalmente, en la relación de privacidad entre el 1.º receptor y el autor -por cuanto en ese contenido se habían sobrepasado los límites de lo íntimo y entrado de lleno en la esfera de lo privado por renuncia del autor- tras las violaciones señaladas, se origina una invasión de la privacidad. A esta relación, ya establecida, no le afectan

las otras relaciones que se han ido formando mas que en cuanto una invasión añadida de la privacidad, tanto sea por comunicación directa o indirecta.

Lo hasta aquí dicho se podría esquemáticamente transcribir de la siguiente manera:



Pero, entonces, y, a la vista de este esquema, ¿qué supuestos reservamos a la intromisión de la intimidad? En principio, todas las violaciones por parte de terceros de la esfera no comunicada pero sí exteriorizada de nuestra interioridad. Indiscutiblemente parece necesario añadir un tercer criterio para la identificación de este objeto so pena de dejarlo reducido a una noción tan estricta que resulte inoperante. La determinación del contenido parece, a la vista de lo expuesto y retornando una idea anteriormente apuntada, el tercer elemento decisivo en la delimitación de esta noción jurídica al jugar, a nuestro modo de ver, un papel importante, no sólo para ver en qué supuestos se habla de intimidad, en cuanto objeto de protección por el Derecho sino, también, para dar entrada a todas las informaciones personales que exteriorizadas materialmente forman parte del muro infranqueable para terceros. Estamos por ejemplo pensando en las informaciones médicas. Se podría perfectamente sostener que los datos sobre la salud de un individuo son en sí íntimos, no para el médico que dispone de ellos -porque aquí hay comunicación a una segunda persona con consentimiento de su titular pues la mera visita

a un médico implica la renuncia tácita a esa esfera de la intimidad y la aparición sobre el contenido de losa datos de una relación de privacidad doctor/paciente-, sino para cualquier tercero posible receptor sin nuestro consentimiento de esa información. Este ejemplo podría extenderse a las relaciones entre cualquier tipo de sujetos (sea la administración o una sociedad privada, por ejemplo una compañía de seguros y un particular, sea entre particulares, pues lo relevante no es que el receptor sea una persona física o jurídica sino el consentimiento expreso de la fuente última originaria de datos) y pretende dar entrada dentro de la denominada intimidad exteriorizada a los bancos de datos sobre su persona. Lo que sí parece claro de la actual regulación legal es que el derecho a la intimidad es de los sujetos individualmente considerados; otro asunto distinto es el ejercicio de la protección civil para el cual expresamente se contempla en la ley la posibilidad de que el sujeto demandante de la reparación de la intromisión sea una persona jurídica[14]; como asunto distinto es también la identificación del sujeto demandado, para el que no parece haber obstáculo alguno pensar en una persona jurídica.

Llegado a este punto parece recomendable hacer una síntesis de lo expuesto:

1. Nuestra propuesta sugiere que la intimidad se identifica con el fuero interno y que su contenido estaría formado por pensamientos, creencias, emociones y sensaciones, esto es, informaciones totalmente propias al ser humano que, como él, y en base a su individualidad, participan de la nota de singularidad. Pero, y aquí viene la segunda gran peculiaridad, al Derecho sólo le interesa la exteriorización de estas informaciones en la que juega un papel decisivo el elemento racional al permitir la elección de planes de vida y pautas de comportamiento como consecuencia de la autonomía moral. El elemento irracional aún existiendo y formando parte de la noción de protección al Derecho. Es por tanto «la intimidad exteriorizada» el bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la C.E., aunque, insistimos, no sea éste el único contenido de la noción de intimidad.

2. Pero además, hay dos elementos que permiten una aproximación exacta. El primero de ellos es su no comunicación a terceros; en este sentido, frases tan utilizadas como la de «intimidad compartida»

[14] El art. 4.1 alude en el caso de ejercicio de acciones de protección civil del honor de una persona fallecida a la posibilidad de que por designación testamentaria recayese en personas jurídicas cfr. STC 19'/1983 y STC 137/1985.

se situarían entre los errores terminológico-conceptuales frecuentes del lenguaje corriente. Desde nuestra propuesta, la intimidad no se puede compartir pues, en la medida en que se comparte alguna parcela del ámbito de aplicación de la noción de intimidad, se renuncia a ese aspecto de la intimidad y se origina una relación de privacidad. En todo caso se puede afirmar que se comparte la vida privada.

3. El segundo elemento, decisivo en la práctica jurídica, es la delimitación del contenido de las informaciones[15] que, bajo parámetros

[15] Al efecto de apreciar más perceptiblemente el requisito de la relevancia del contenido puede resultar interesante su estudio mediante una situaciones hipotéticas reflejadas para mayor claridad a través de unos sencillos ejemplos. Si establecemos que:

(A) = Andrés; (B) = Luis; C = médico que ha efectuado el cambio de sexo de (A); (D) = médico analista que ha realizado los análisis de (B); (E) = sujeto, conocido por los médicos (C) y (D) y, a la vez paciente de (B); (x) = un posible contenido de la esfera íntima de (A) = datos médicos sobre un reciente cambio de sexo; (x') = un posible contenido de la esfera íntima de (B) = datos médicos sobre su reciente condición de seropositivo; (O) = el Ordenamiento jurídico; (e) = comunicación del contenido (x) señalado por parte de (C) a (E) en un bar; (e') = comunicación del contenido (x') señalado por parte de (D) a (E) en un bar; (a,b,c) = circunstancias personales, sociales, económicas y culturales. A saber, individuo de 26 años, antes Laura, persona privada sin proyección pública, ambiente rural pequeño, funcionario de la administración pública nivel E, ingresos económicos medios, cultura media, recientemente sometida a un cambio de sexo; (d,e,f) = circunstancias personales, sociales, económicas y culturales. A saber, individuo de 36 años, persona privada sin proyección pública, ambiente urbano, soltero. Estomatólogo con consulta privada, ingresos económicos altos, amplia cultura. (F,G,H) = el resto de personas, las del entorno más próximo de (A) en cuanto asimilable; (I,J,K) = el resto de personas, las del entorno más próximo de (B) en cuanto asimilable. En este sentido el contenido (x) de la esfera íntima de (A) será íntimo jurídicamente hablando para (O) y por tanto frente a (E) si y solo si, ante la comunicación de (e) de (C) y, a la vista de las circunstancias (a,b,c) constituye relevante su consideración como tal a juicio de (A) y del resto de (F,G,H). Pero esta afirmación no supone que el contenido (x') de (B) que él considera dentro de su esfera íntima sea relevante jurídicamente en cuanto objeto de protección del derecho a la intimidad para (O) y frente a (E) por la comunicación (e') de (D) si las circunstancias que se dan son (d,e,f), En este caso, no basta que (B) considera a (x') parte de su esfera íntima; para que (O) proteja las intromisiones de (x'), debe producirse el binomio de aceptabilidad entre (B) y (I,J,K) en base al reconocimiento de la relevancia para (B) de (x') junto al análisis de las circunstancias (d,e,f). En este sentido el tercer requisito que proponemos, el contenido relevante, no sólo sirve para delimitar el exacto alcance del ámbito de aplicación de este derecho, sino que es fundamental para la coexistencia con los restantes derechos fundamentales al indicar en qué casos prevalecerá una exigencia individual frente a un interés colectivo. Por supuesto habría que entrar también, según el esquema anterior, en la diversidad de relaciones que se producen y en las formas de conocimiento. Queremos con este ejemplo indicar que a la hora de juzgar la relevancia de una exigencia concreta, no basta, aunque sea necesaria, la importancia subjetiva e incluso objetiva de la misma sino que, a ese requisito hay que añadir de la objetivación

de flexibilidad, se concretará en función de su relevancia tanto para el sujeto en cuestión como para su entorno social. Estos datos, imprescindibles para acotar el tipo de informaciones sujetas a protección, exigen un análisis contextualizado de los casos concretos que contemple fundamentalmente las condiciones que rodean el actuar cotidiano social e individual.

Llegados a este punto surge una cuestión apremiante, ¿qué razones juegan a favor de una protección más específica a la intimidad que la genérica de la que goza la privacidad? Se trataría de explicitar qué clase de argumentos sostienen la cualificación jurídica específica de un bien, la intimidad exteriorizada, cuando, podría argumentarse una defensa igualmente eficaz a través de su inclusión dentro de la genérica privacidad. Esta respuesta supone la entrada en el discurso justificatorio sobre el derecho fundamental a la intimidad y el abandono momentáneo del presente debate conceptual, aunque también parece factible alegar razones de índole pragmático.

No creemos que haya grandes problemas en afirmar que la clave de bóveda radica en la importancia de lo que se trata de preservar, la esfera más interior de la persona jurídicamente protegible. Los componentes citados, en cuanto son la esencia de la misma, deberían gozar, si no de la máxima protección -pues ha de combinarse con la protección de otro tipo de valores constitucionalmente amparados- sí de un sistema de garantías más específico que se traduzca por un lado, en normas que a la par que posibiliten su respeto favorezcan el desarrollo individualizado de la personalidad y, por otro, en el reconocimiento del poder de control sobre informaciones que nos atañen; y esto no tiene por qué desvirtuarse ante su indiscutible remisión a la vía interpretativa, en caso de conflicto con las libertades constitucionalmente protegidas.

Pudiera objetarse el escaso número de intromisiones constatadas, pero no obstante, consideramos que centrar exclusivamente la atención en la cantidad de violaciones supone no contemplar la cuestión en toda su extensión, esto es, olvidarse de los elementos cualitativos

---

de la pretensión deducida de las circunstancias que rodean el caso concreto imprescindible para que el mecanismo jurídico de protección se ponga en marcha. A esta objetivación de la pretensión puede serle aplicable la línea de argumentación que desarrollan Añón y De Lucas -salvando la distancia entre necesidades básicas y exigencias- del apartado sobre el carácter objetivable de las necesidades en su propuesta de fundamentación de los derechos humanos desde las necesidades básicas en M.J. Añón y J. De Lucas en «Necesidades, Razones y Derechos», ya cit. Por otra parte, la elección de este tipo de ejemplo parte de la línea argumentativa que sostiene Rivero de distinguir entre intimidad y vida privada, lo que a su vez permite una ulterior distinción del secreto y la confidencialidad apoyada por la STS de 20 de febrero de 1989, cfr., en A.A.V.V., *Parte general de Derecho Civil*, Vol. II. Personas, Ed. La Cruz Bosch, Barcelona, 1990.

y, por tanto, no parece un criterio decisivo en materia de derechos fundamentales, sobre todo si tenemos en cuenta que, el hecho de que no se llegue en muchas ocasiones a los tribunales, no conlleva la infravaloración de los asuntos. Al contrario, otros órdenes de motivaciones son las causantes del difícil acceso a la justicia.

Pero, entonces, ¿cuáles son en definitiva los elementos que delimitan las fronteras entre la intimidad exteriorizada y el ámbito privado a efectos de la protección específica del derecho a la intimidad o de cualquiera de las manifestaciones concretas de la privacidad constituidas como derechos fundamentales? En el ámbito privado no íntimo, el elemento racional adquiere absoluta presencia. Nuestra esfera privada es la que queremos como tal configurar. La protección jurídica permite ejercer ese control personal, ya que en virtud del elemento volitivo marcaremos los límites internos de la misma, constituyendo la prueba más fehaciente de nuestra autonomía moral (los límites externos vienen marcados por la necesaria delimitación de las esferas pública y privada). Pero esto no es suficiente para su distinción, surge aquí la necesidad de contemplar otro elemento capaz de establecer las coordenadas delimitadoras y, ¿qué mejor candidato que su comunicación o participación a terceros?

De aquí que podamos afirmar que la intimidad, en cuanto objeto de protección del derecho a la intimidad, es un bien jurídico cuanto menos problemático. Sobre todo si se tiene en cuenta que, la intimidad, en las ocasiones en que no se pasa a la fase de exteriorización material es intangible, inaprehensible e imprevisible y, al mismo tiempo, tan esencial al individuo que su ausencia implica su muerte, su inexistencia. No se concibe pues la propia existencia del ser humano sin esta parcela y, sin embargo, el Derecho no puede extender sus redes más allá de la intimidad exteriorizable, pues, insistimos, ¿cómo proteger lo que no se conoce? En este sentido, el Derecho aún no ha entrado en el mundo de la infraconsciencia, en cuanto fase anterior a la formación de pensamientos, creencias, sensaciones y emociones. Tampoco puede descartarse que algún día los avances tecnológicos permitan la entrada en la mente humana y, con ello, en ésa, en estos momentos, utópica protección.

En cuanto a la propuesta conceptual expuesta, se nos ocurren algunas otras objeciones como, por ejemplo, la adecuación de la misma a los seres carentes de razón. Al respecto, creemos que no habría grandes dificultades en reconocerlos titulares de derechos pero, la exigencia de los componentes citados tornaría su ejercicio verdaderamente problemático. Este tema sólo parece poder resolverse, a pesar de lo paradójico que resulta con nuestra propuesta sobre el contenido del derecho a la intimidad, mediante la conjugación de dos criterios, los mecanismos de sustitución de la capacidad de obrar

que contempla el Derecho en concordancia con los conocimientos que proporcionan los avances del mundo científico. En este sentido, hasta donde la ciencia médica ha llegado, parece que mientras hay actividad cerebral y fisiológica, hay vida, y consecuentemente el bien jurídico a proteger, la intimidad exteriorizada, está presente[16]; lo paradójico es que, de acuerdo a la actual regulación legal, aún en casos de muerte cerebral, no habría inconveniente en reconocer cierta garantía de un derecho a la intimidad desde el momento en que el legislador y la Jurisprudencia establecen una ficción en orden a su protección civil pues la memoria de un sujeto de derecho fallecido, constituye una prolongación de su personalidad y como tal es tutelada por el Derecho[17]. Más problemático resulta responder a los supuestos en que hay actividad cerebral pero es difícil que se produzca la conexión con la exteriorización de la misma -personas vegetativas, en las que hay actividad cerebral pero no exteriorización- quizá, y en la línea de excepción a la regla general que es la ficción legal del supuesto de fallecimiento, la memoria, en este caso -de su pasado-, sería una prolongación de su personalidad y como tal objeto de protección por el derecho[18].

En definitiva, la línea de argumentación desarrollada aporta razones a favor de la admisión de dos fases en la noción de intimidad, de las cuales sólo una es objeto de protección jurídica y reconduce el problema de su delimitación con la privacidad a la observación en cada caso concreto de la presencia de los elementos citados. En los supuestos de atentado a la intimidad, la no comunicación, la exteriorización material y la relevancia del contenido serán los criterios relevantes. Quedaría reservada la observancia de la presencia de dos elementos, el volitivo y la alteridad, para la delimitación de los supuestos de invasión de la esfera privada. Por supuesto, en la privacidad se manejan otro tipo de elementos que la distancian de la esfera

[16] Esta afirmación, llevada a sus últimas consecuencias, significa, entre otras cosas, que el diario de un demente o de un afectado por el Síndrome de Down, por seguir el ejemplo del texto, supondría en todo caso una manifestación de su intimidad exteriorizada. Cuestiones bien distintas serían la de quien puede ejercer el derecho frente a una posible violación y la de si otro tipo de intereses -materializados por ejemplo, en el acceso médico a esos papeles para corroborar los resultados de determinados tratamientos- podrían primar, en caso de conflicto y, por tanto, en qué circunstancias prevalecerían para su calificación de no intromisión.

[17] Cfr. la Exposición de Motivos de la L. O. de 5 de mayo de 1982 sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y los art. 4, 5 y 6 de la citada ley.

[18] Argumento que podría también venir avalado por la propia exposición de motivos cuando se señala que «...la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad...». Está claro que en estos supuestos al haber actividad cerebral, hay científicamente vida y, desde luego, personalidad civil conforme a los arts. 29 y 32 del C. C.

pública, en los que ahora no entraremos, pero sólo los dos citados bastan, en nuestra opinión, para su delimitación de la intimidad. Ello no debe hacernos olvidar que la intimidad supone una parcela de la privacidad, seguramente la más interior, y que se refiere a ese conjunto de componentes aprehensibles a través de su exteriorización.

En cuanto al segundo elemento de análisis estructural señalado y, a pesar de que la determinación de la titularidad de un derecho parece una cuestión obvia, a nuestro modo de ver, en el derecho a la intimidad requiere una especial atención, por la diversidad, que, por razón de la titularidad, se produce en el alcance del ejercicio de este tipo de derecho. Concretamente, en el derecho a la intimidad, y, a modo de apuntes sobre esta cuestión, pueden distinguirse claramente entre la persona privada y la persona privada de proyección pública, distinción apoyada por el diferente tratamiento jurisprudencial, doctrinal, no así constitucional, y por el amplio margen que el legislador deja en manos del juez[19]. Sin embargo, existen precedentes jurisprudenciales que van más allá de esta distinción genérica por los que podrían hacerse depender del estado civil de las personas diversas consecuencias jurídicas en cuanto al alcance de este derecho[20]. Sin embargo,

[19] La L. O. de 5 de mayo de 1982 no hace mención alguna a esta distinción en los supuestos que contempla ataques a la intimidad, no así en los de protección de la imagen. Sin embargo la doctrina suele dedicar un apartado a la repercusión de la distinción entre persona privada o pública en función de la variabilidad del objeto de protección, la intimidad. Así se afirma por O'callagham que en el caso de personas de actividad pública, la intimidad recognoscible disminuye, se difumina, en beneficio de los ciudadanos. Desde esta premisa se llega a que los ciudadanos tienen *derecho* (el subrayado es nuestro) a conocer datos verdaderos de su círculo íntimo. Sinceramente, esta última afirmación nos parece excesiva sobre todo si consideramos que en su apoyo se citan una serie de sentencias concretamente, S.T.C. 171/1990 de 12 de noviembre, S.T.C. 172/1190 de 12 de noviembre, S.T.S. de 7 de septiembre de 1990 en las que, en nuestra opinión, una interpretación adecuada no pasa de señalar que el simple acceso a un cargo público o el ejercicio de una actividad pública implica una renuncia implícita a determinados aspectos de la intimidad por lo que, conforme a la propuesta que desde aquí se realiza, esos contenidos quedan plenamente dentro de la esfera privada, lo que no evita su posible colisión con un interés público, pero sin que de ello se derive un supuesto derecho popular a informaciones privadas de personajes públicos. Cfr. el estudio que lleva a cabo X. O'callaghan, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen,* Rev. de Derecho Privado, Derechos Reunidos, Madrid, 1991, págs. 90 y ss., cfr. también las STS de 18 de junio de 1988 o la STS de 28 de octubre de 1986 y la del STC 231/1988.

[20] En este sentido se ha pronunciado una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid al hacer hincapié en la distinción entre el ámbito de intimidad de una persona y la cesión bilateral de una parte de esa intimidad como cuota que pasa a integrarse en la vida privada de la pareja. La renuncia implícita a ciertos aspectos de la intimidad en la situación de convivencia marital permite, a nuestro juicio, realizar una distinción en la titularidad por razón del estado civil, siempre que no se interprete como una disminución en la titularidad, cfr. S. 19/92 de la Audiencia Provincial de Madrid.

consideramos que ambos supuestos se refieren a las posibilidades de ejercicio del derecho, esto quiere decir que lo que se altera es el objeto del derecho, la intimidad, por renuncia a ciertos aspectos de la misma, pero no la titularidad, ya que la reducción del objeto no significa el despojo de la titularidad, a pesar de que la distinción se realice en función de la diversidad de titulares. También se puede atender a una distinción entre persona viva o no en orden a su protección civil. En el supuesto de persona fallecida como ya hemos señalado con anterioridad, se produce la ficción legal por la cual la memoria de la misma actúa como impulsora de la titularidad de tal forma que se aprecian diferentes situaciones según la violación se hubiese producido antes o después del fallecimiento.

Parece por tanto una premisa generalmente aceptada que la determinación del bien jurídico objeto de protección propio de cada derecho fundamental es una cuestión no exenta de dificultades en determinados derechos. Pues bien, en nuestra opinión, si el derecho a la intimidad tiene un carácter diferenciador con respecto a otro tipo de derechos de tratamiento tradicionalmente conjunto, es precisamente aquí donde hay que detenerse, en la determinación y caracteres esenciales del bien jurídico objeto de protección, es decir, en las peculiaridades que acompañan a la intimidad, peculiaridad que se acentúa por cuanto se podría sostener que el reconocimiento de este derecho, tan íntimamente ligado a la individualidad humana en su configuración y requerimiento y en su propia particularidad, no tendría sentido si el hombre no viviese en sociedad. Se podría objetar que, desde ese punto de vista, ningún derecho tendría sentido. De acuerdo, pero esta segunda observación que tratamos de señalar y que supone un aumento de su carácter peculiar no se detiene en esa observación genérica y va más allá, a un nuevo dato mucho más concreto, el de que el reconocimiento del grado de intimidad a proteger de la persona -determinado por el número de manifestaciones posibles de la misma- está en función de su inserción en un contexto social *determinado*[21]. Indiscutiblemente no son comparables las circunstancias en que se desarrollan las exigencias de intimidad de un individuo en un contexto rural pequeño, que en un desorbitante contexto urbano, lo que puede incluso hacer variable el tipo de exigencias. Por seguir con uno de los ejemplos anteriores, en una aldea de escaso número de habitantes es difícil que se produzcan intromisiones en la intimidad de las personas por la vía informática.

[21] Esta idea se encuentra implícitamente recogida, aunque con una formulación poco clara en el art. 2.1 de la L. O. de 5 de mayo de 1982 al aludir «...al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado...».

II

La omisión señalada líneas arriba, obedece, en primer lugar, a que el concepto estricto de intimidad[22] que se está proponiendo parte del cuestionamiento del rótulo que protege la esfera familiar. Se trata de una discrepancia de técnica legislativa por considerar que la esfera privada que, en ocasiones, conlleva la vida familiar queda al margen del ámbito íntimo. Una vez más el enunciado de un derecho ocasiona confusión pues, desde nuestra propuesta, no sólo no corresponde a la relación que se produce en dicha esfera familiar el calificativo de íntimo sino que además, y aún pudiendo referirse en muchas ocasiones a la vida privada, no siempre la mal llamada intimidad familiar se identifica con privacidad. La familia de origen, viene dada, no la elegimos y el hecho de que se produzcan en su contexto situaciones comprensibles dentro de la privacidad, contexto que como mucho estaríamos dispuestos a admitir que favorece en principio la aparición de este tipo de relaciones, no significa que nuestra total esfera privada quede prisionera dentro del entorno familiar. En este sentido, y si no son términos equiparables, más difícil resulta aún admitir desde el concepto estricto de intimidad que aquí se sostiene que se pueda hablar de intimidad familiar, en cuanto objeto de protección por el Derecho, porque la alteridad presente en ella es propia, según hemos visto, de la vida privada y en modo alguno de la noción jurídica de intimidad. Se observa sin embargo en numerosas ocasiones la presencia del elemento racional o volitivo -cuando como en cualquier otro contexto de privacidad se elige al depositario o receptor de la esfera privada- pero vivir bajo el mismo techo, insistimos, no supone vida privada sino, en todo caso y como ya hemos señalado, la delimitación de un contorno más favorable a su realización. De todos es conocido la existencia de familias entre cuyos miembros no existe el menor átomo de privacidad porque lo único que comparten es un habitáculo común, requisito éste que no parece suficiente aunque si aparezca regularmente en la noción de privacidad. La privacidad, y este dato es absolutamente relevante, supone compartir un espacio común, espacio que no es sólo ni siempre físico. Lo que conlleva las notas de alteridad y voluntariedad. De estas consideraciones cabría extraer la existencia de tres esferas diferenciadas, la esfera íntima, la esfera privada, y la esfera familiar que conforme a la tesis

[22] Parece conveniente detenerse en la idea de que la propuesta del texto de un concepto estricto de intimidad no debe interpretarse como una conceptuación estática. Sin embargo, el situarse en la línea doctrinal favorable al carácter dinámico de los derechos fundamentales no creemos que invalide o que convierta en innecesarios los intentos de aproximación conceptual con fines prioritariamente operativos.

formulada deberían responder a los siguientes enunciados: No todo lo privado es íntimo, lo íntimo pasa la barrera hacia lo genuinamente privado al hacer su presencia la nota de la alteridad, lo familiar no es nunca íntimo (lo íntimo no puede ser nunca familiar). Puede ser privado o no serlo. Finalmente, lo privado no tiene por qué ser siempre familiar. Esto plantea el problema de los incapaces de decidir, a los cuales no puede negarse el reconocimiento de un derecho a la privacidad, pero en los que el elemento volitivo tendrá que solucionarse, una vez más, a través de los mecanismos de sustitución que el derecho contempla, por ejemplo tutores.

A la vista de lo hasta aquí expuesto parece factible esbozar ya algunas conclusiones derivadas de las precisiones conceptuales que hemos tratado de señalar:

1. En todo propósito de aproximación conceptual de un derecho fundamental constituye, en nuestra opinión, un paso previo la estipulación de cuál es el bien jurídico protegido. En el derecho que nos ocupa y, entre los posibles candidatos, parece que la «intimidad exteriorizada» reúne las exigencias que subyacen al reconocimiento de este derecho. Sin embargo, esta aseveración no impide reconocer la particularidad de este objeto de protección que, tratándose de un bien inmaterial e intangible, sólo se identifica en un segundo nivel mediante su actuación material, lo que permite hablar de la noción de intimidad en términos de *ambivalencia* o de doble manifestación, espiritual y material.

2. En segundo lugar, ante la multitud de problemas y objeciones con que ha tenido que enfrentarse la elucidación conceptual del derecho a la intimidad, y como consecuencia del punto anterior, nuestra propuesta se concreta en la sustitución de la preocupación centrada en la obtención de un concepto claro y preciso del derecho a la intimidad -dada la relatividad que le acompaña- por la maximización de una idea: el establecimiento de sus parámetros identificatorios, estos es, los mínimos y máximos entre los que es posible situar la diversidad de situaciones jurídicas que se contemplan bajo ese rótulo. El camino que nos parece más adecuado es el de la observancia de los requisitos necesarios para la actuación del derecho. Además esta postura contaría con el apoyo constitucional (que no entra en definiciones) y su proyección legal en la L. O. del 82 (que se inclina por establecer en su articulado las notas que lo caracterizan, así como el ámbito de protección a través de una lista abierta de posibles intromisiones).

3. En tercer lugar, la actual configuración constitucional del derecho a la intimidad (art. 18.1 de la C. E.) exige, de una vez por

todas y, con carácter urgente, partir de una primaria observación: su consideración de *derecho fundamental,* lo cual, inevitablemente, y en nuestra opinión, traslada a un segundo plano, como mínimo, el problema de si es, o no, uno o varios derechos de la personalidad. En este nivel de juridificación lo decisivo es deducir a la luz de la normativa constitucional y teniendo en cuenta la ubicación del derecho, su formulación, el sistema de protección que lo ampara, sin olvidar su desarrollo legislativo posterior ni la aportación de los jueces en la creación del mismo, su significado y alcance actual, para que por sí sola se desvele cualquier cuestión colateral. Pero esta tarea, evidentemente, proporcionaría material para el desarrollo de un trabajo mucho más amplio del que se pretendía en estas líneas.

4. En cuarto lugar, el nivel de aproximación conceptual conseguido -por la vía de la delimitación del bien jurídico que se trata de preservar- permitirá la elucidación de un paso complementario y, a nuestro modo de ver, posterior, esto es, el establecimiento de sus notas definitorias, que servirá para comprobar la ausencia de la nota de inalienabilidad como banco de pruebas a favor del criterio predominante de ponderación de bienes.

5. Faltaría por considerar las consecuencias que estas precisiones conceptuales tienen sobre el llamado derecho de autodeterminación informativa también llamado de libertad informática. Pues bien, en nuestra opinión, resulta, al menos, cuestionado el recurso a un nuevo derecho fundamental -con todas las dificultades de reconocimiento, implantación y aceptación que conlleva la tercera generación de derechos- cuando una reformulación de un derecho fundamental, ya consagrado y asentado, recoge de forma clara las exigencias que podrían dar origen al nuevo derecho, las informaciones íntimas, su control, acceso y disposición. Sin embargo, podría objetarse que informaciones de otra índole, importantes para la persona pero no íntimas, quedarían fuera de este derecho. Ante este dato, no parece haber obstáculos en que se actúen a través del derecho público subjetivo contemplado en el art. 105. b, quedando el art. 18.1 reservado a la proyección subjetiva del derecho a la intimidad en cuanto derecho fundamental el 18.4 como su faceta objetiva, esto es, su garantía institucional[23] a través del mandato legislativo. Ésta nos parece una interpretación conforme a la propuesta planteada, además de constituir un intento de ajuste de la normativa constitucional

[23] Cfr. STC 26/1987 de 27 de febrero.

y la realidad social, respetuosa con el peso de la historia y, capaz de recoger las nuevas exigencias que la sociedad informatizada depare[24].

[24] Lo que no debe interpretarse como un rechazo a la llamada tercera generación de derechos humanos, sino como una llamada a la prudencia ante la avalancha que en ese rótulo subyace sin que ello suponga ignorar la presencia de nuevas necesidades que se van canalizando en exigencias y que podrán dar lugar a nuevos derechos fundamentales. Esta postura, a su vez, no implica desconocimiento sobre el peligro que encierra uno de los puntos fuertes caracterizadores de dicha generación de derechos, las nuevas formas de titularidad que podrían desembocar a no tan largo plazo en una reivindicación de «los derechos fundamentales de la sociedad», ya mencionados con anterioridad y sobre los que previene tan certeramente Carrió. Sobre los derechos humanos de la tercera generación y sus rasgos diferenciales ver, A. E. Pérez Luño, «las generaciones de los derechos humanos», en *R.C.E.C.,* n.º 10, septiembre-diciembre 1991, págs. 203 y ss. y concretamente sobre la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa, cfr. del mismo autor, «Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data» en A.A.V.V., *Estudios sobre el derecho a la intimidad, op. cit*. Con respecto al problema de la titularidad colectiva en materia de derechos fundamentales puede verse entre otros, A. D. Carrió, «Derecho constitucional a la privacidad...» ya cit. o la parte dedicada a Los sujetos de los derechos humanos del colectivo *Los derechos humanos,* ed. J. Ballesteros, Tecnos, Madrid, 1992, especialmente el capítulo de E. Bea, «Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional, con especial referencia al marco europeo», págs. 163 y ss. Finalmente puede resultar interesante confrontar J. De Lucas, «El racismo como coartada», *A.D.* y *L.* n.º 2, Madrid, 1992, donde tras señalar lo ineludible de enfrentarse al problema de la titularidad de los derechos de las minorías apuntará que «...lo importante es reconocer y garantizar los derechos a quienes son sus titulares: los individuos, pertenezcan o no a las minorías del tipo que fuere. Otra cosa es desconocer que esa pertenencia modifica no sólo las condiciones reales de ejercicio de los derechos, sino incluso la posibilidad misma de su atribución, de su reconocimiento». Para terminar concluyendo en que «...es cierto que cuando hablamos de derechos de las minorías, tratamos de proteger sobre todo derechos individuales, pero también algo más que ellos».

EL «PUZZLE» CONSTITUCIONAL DE ROSS EN EL MARCO TEÓRICO DE LAS REGLAS CONSTITUTIVAS

1. El «puzzle» constitucional de Ross

De acuerdo con el artículo 167 de la Constitución española de 1978, «los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las cámaras» (apartado 1) o, «siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado (por) el Congreso por mayoría de dos tercios» (ap. 2). «Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras» (ap. 3).

Si, para simplificar, prescindimos de los restantes artículos del Título X de la Constitución, el art. 167 sería el único medio jurídico para reformar la Constitución, incluido el propio art. 167; por consiguiente, sería el único medio jurídico para reformar el procedimiento jurídico para la reforma de cualquier artículo de la Constitución, incluido el propio art. 167; por consiguiente, sería el único medio jurídico... y así hasta el infinito.

Por otra parte, sustituir el art. 167 por un hipotético art. 167' significaría lógicamente que, si determinados requisitos (establecidos en el art 167) condicionan la validez de un nueva norma constitucional (el art. 167'), y si esos requisitos se cumplen, de estas dos premisas se deduciría que otros requisitos diferentes (los establecidos en el art. 167') condicionan la validez de una nueva norma constitucional. De esta forma, construiríamos una inferencia lógica contradictoria, porque la conclusión («una nueva norma constitucional sólo es válida si cumple los requisitos establecidos en el art. 167'») contradice la premisa mayor («una nueva norma constitucional sólo es válida si cumple los requisitos establecidos en el art. 167»).

Mediante estos dos argumentos, Ross presenta la paradoja deóntica de la reforma constitucional autorreferente y contradictoria[1]. De acuerdo con ellos, pueden extraerse tres consecuencias: 1) El art. 167 carece de significado lógico por ser autorreferente; 2) El art. 167 no puede revisarse jurídicamente sin caer en contradicción; 3) En el supuesto de sustitución del art. 167 por el art. 167', es irrelevante que se realice siguiendo o no los requisitos que el propio artículo establece, porque en cualquier caso incumplimos el precepto constitucional. Lo relevante será si, de hecho, las normas constitucionales continúan reformándose según el art. 167 o se reforman según el art. 167'.

Las críticas recibidas por Ross por su «puzzle» constitucional han sido abundantes, y no sólo basadas en presupuestos lógico-normativos, como especialmente en el caso de Hart y Raz[2], sino incluso también basadas en presupuestos ideológicos, como en el caso de quienes se han escandalizado por el riesgo constitucional que el «puzzle» podría conllevar[3]. No obstante, el ámbito de este trabajo queda limitado al análisis de la paradoja deóntica derivada del «puzzle» desde la perspectiva de la teoría de las reglas constitutivas de Amadeo Conte. En concreto, atribuiré su supuesto carácter paradójico a la confusión acerca de la naturaleza de la norma que regula la reforma constitucional, en algunas ocasiones considerada «regla constitutiva» y en otras ocasiones considerada «regla hipotético-constitutiva».

---

[1] A. Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law,* Mind, 78, 1969, págs. 1 a 24. Ross se había referido ya a este «puzzle» constitucional en *Om ret og retfaerdighed* (Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, Copenhague, 1953), trad. inglesa *On Law and Justice* (ed. a cargo de M. Knight, trad. de M. Dutton, Stevens, Londres, 1958, págs. 78 y ss.), trad. castellana *Sobre el Derecho y la Justicia* (trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, págs. 76 y ss.).

[2] H. L. A. Hart, *Self-Referring Laws,* Festskrift tillägnad Karl Olivecrona, Estocolmo, 1964, págs. 307 a 316, y J. Raz, *Profesor A. Ross and Some Legal Puzzles,* Mind, 81, 1972, págs. 415 a 421. Véase *Law,* Mind, 81, 1972, págs. 422 a 426; K. Popper, *Self-Reference and Meaning,* Mind, 6, 1954, págs. 162 y ss.; I. Tammelo y J. Hintikka, *The Antinomy of Parliamentary Sovereignty,* Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 1958, págs. 495 y ss.; y E. Bulygin, *La paradoja de la Reforma Constitucional, Estudios en Homenaje a Alf Ross,* ed. a cargo de A. Squella y R. Vernengo, Tomo I, pdgs. 329 a 336, y *Time and Validity,* en *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems,* ed. a cargo de A. A. Martino, North Holland Publishing Company, Amsterdam-Nueva York-Oxford, 1982 (reeditado con el título *Tiempo y validez* en C. Alchourron y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 195 a 214.

[3] Por ejemplo, R. Guibourg, *La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional,* en *El lenguaje del derecho.* Homenaje a Genaro Carrió, ed. a cargo de E. Bulygin, M. Farrell, C. Nino y E. Rabossi, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, págs. 181 a 195; véase también C. Nino, *Ross y la Reforma del Procedimiento de Reforma Constitucional,* en *Estudios en Homenaje a Alf Ross,* cit., Tomo II, págs. 347 a 364.

2. El concepto y la tipología de las reglas constitutivas

2.1. «Reglas regulativas» y « reglas constitutivas» en Searle y Ross

Dejando al margen precedentes más lejanos, el concepto cotidiano de regla constitutiva coincide en gran medida con el de Searle, quien, basándose en la distinción kantiana entre «principios regulativos» y «principios constitutivos», definió las «reglas regulativas» («regulatives rules») como aquellas que regulan formas de conducta existentes antecedente o independientemente de dichas reglas, y las «reglas constitutivas» («constitutive-rules») como aquellas que crean o definen nuevas formas de conducta, que «constituyen» una actividad cuya existencia es dependiente, desde el punto de vista lógico, de las reglas[4]. Mientras que las reglas regulativas responden al esquema de las fórmulas «Haz X» o «Si Y, haz X», las reglas constitutivas se deben formular «X cuenta como Y», «X tiene el valor de Y», «X tiene el sentido de Y» («X counts as Y») o «X cuenta como Y en el contexto C», «X tiene el sentido de Y en el contexto C» («X counts as Y in context C»)[5].

Resulta curioso que Ross no conociera esta diferenciación, tal como él mismo aclaró en una nota al margen, cuando escribió «Directives and Norms». Entonces, Ross también habló de reglas regulativas y de reglas constitutivas en el mismo sentido que Searle. Las reglas regulativas prescriben cómo tienen que comportarse sus destinatarios, y los hechos y comportamientos que regulan son «naturales», ya que su ejecución es «independiente lógicamente de las reglas», a las que además anteceden. Las reglas constitutivas también prescriben, en sentido amplio, cómo tienen que comportarse sus destinatarios, pero las relaciones entre regla y regulado son distintas, porque las actividades a las que se refieren no son naturales, sino que se realizan mediante acciones que deben estar de acuerdo con las reglas y que carecen de significado fuera de ese contexto. Las reglas constitutivas definen la actividad sobre la que versan como institución y «proporcionan las condiciones lógicamente necesarias para realizar esa actividad como tal institución»[6]. En palabras de Searle, los hechos que regulan no son «brutos» («brute facts»), sino «institucionales» («institutional facts»), en tanto que su existencia

---

[4] J. Searle, How *to derive «ought» from «is»,* The Philosophical Review, 73, 1964, págs. 55 y ss., reeditado en *The is/ought question,* ed. a cargo de W. D. Hudson, McMillan Press, Londres, 1983, p. 132, y Speech *Acts. An Essay in the Philosophy of Language,* Cambridge University Press, 1969, págs. 33 y 34.

[5] J. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language,* cit., págs. 34 y ss.

[6] A. Ross, *Directives and Norms,* Routledge & Kegan Paul, Londres, 1968; trad. cast. de J. Hierro *Lógica de las normas,* Tecnos, Madrid, 1971, págs. 57 y 58.

presupone la existencia de determinadas instituciones[7]. Un pedazo de papel firmado por quien acaba de fallecer sólo tiene valor -sólo pasa de ser «bruto» a ser «institucional»- en tanto que existe la institución de la sucesión, e incluso, en cierto sentido, sólo podemos interpretar las frases escritas en un testamento en tanto que existe la institución teórica del lenguaje.

2.2. «Reglas constitutivas» en Conte

2.2.1. Definición ontológica y definición semiótica

Ontológicamente, Conte define las reglas que son el «prius» de aquello sobre lo que versan en el triple sentido de que de ello son condición de concebibilidad, de posibilidad y de perceptibilidad. No versan sobre actos, situaciones o entidades cronológicamente preexistentes ni ontológicamente independientes, sino que en sí mismas constituyen la actividad sobre la que versan y, en ella, su praxis[8].

Las reglas constitutivas se clasifican, dependiendo de la naturaleza de la condición que las relaciona con lo regulado, en: reglas eidético-constitutivas, que son condición necesaria de aquello sobre lo que versan; reglas thético-constitutivas, que son condición suficiente de aquello sobre lo que versan; y reglas noético-constitutivas, que son condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versan[9].

---

[7] J. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of language*, cit., págs. 50 a 53.

[8] Véanse, entre otros trabajos, A. Conte, *Regola constitutiva in Witgenstein*, en *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi scientifici nella Vienna degli anni Venti*, ed. a cargo de F. Castellani, Departamento de Metodología, Teoría e Historia social, Trento, 1981, págs. 51 a 68; *Regola costitutiva, condidone, antinomia*, en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Estudios dedicados a Norberto Bobbio, Comunità, Milán, 1983, págs. 21 a 39; *Phènomènologie du langage déontique*, en *Les Fondaments logiques de la pensé normative*, Actas del Coloquio sobre Lógica Deóntica de Roma (1983), ed. a cargo de G. Kalinowski y F. Salvaggi, Universidad Gregoriana, Roma, 1985, págs. 175 a 191; *Materiali per una tipologia delle regole*, Materiali per una storia della cultura giuridica, 15, 1985, págs. 345 a 368; y *Eidos. An Essay on Constitutive Rules*, en *Normative Structures of the Social World*, ed. a cargo de G. di Bernardo, Rodopi, Amsterdam, 1988, págs. 251 a 257.

[9] La tipología de las reglas -no sólo de las reglas constitutivas, sino también de las reglas hipotético-constitutivas y de las reglas técnicas, en base a la naturaleza de la condición que las relaciona con lo regulado fue esbozada por Conte y ha sido fecundamente desarrollada por su discípulo G. Azzoni en *Condizione costitutive*, 195, y en *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Cedam, Padua, 1988. En el mismo contexto son asimismo de interés sus trabajos *Regola tecnica tra ontico e deontico* (Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 64, 1987, págs. 297 a 321) y *Cognitivo e Normativo: il paradosso delle regole tecniche*, Franco Angeli, Milán, 1991.

Semióticamente, las reglas constitutivas son «aquellas que determinan la connotación de los términos que designa la praxis regulada por las reglas»[10].

De esta doble definición se desprenden dos importantes características de las reglas constitutivas: a) las reglas constitutivas no son posteriores a las situaciones reguladas, no se infieren lógicamente de la experiencia de las acciones que se realizan conforme a ellas, puesto que precisamente son condiciones de posibilidad de esa misma experiencia[11]; b) las reglas constitutivas son inviolables. No seguirlas simplemente significa que el comportamiento en cuestión no se puede interpretar en el contexto de una institución definida por un conjunto de reglas constitutivas, pero sí podría interpretarse en otro contexto. Si muevo el alfil en horizontal en vez de moverlo en diagonal, no violo las reglas constitutivas del ajedrez, sino que me limito a mover un trozo de madera al margen del juego del ajedrez. Y, asimismo, si reunido con mis amigos elaboro normas para todo el país no violo la Constitución, sino que realizo actos que nada tienen que ver con la «institución» de la Constitución.

2.2.2. La «Norma Fundamental» como regla constitutiva

¿Es la Norma Fundamental de un ordenamiento una regla constitutiva?, ¿crea o define nuevas formas de conducta, «constituye» una actividad cuya existencia es dependiente, desde el punto de vista lógico, de la propia regla?, ¿es condición de aquello sobre lo que versa?, ¿determina la connotación de los términos que designa la praxis que regula? Creo que la respuesta es afirmativa si nos referimos a la noción kelseniana de Norma Fundamental.

En efecto, ya en *«Das Problem der Souveränitaät und die Theorie des Volkerrechts,* Kelsen afirma que «este presupuesto jurídico, este punto de partida, esta norma originaria que llamo constitución en sentido lógico-jurídico -en cuanto que determina los órganos supremos del Estado, las fuentes jurídicas supremas- desarrolla plenamente la función de hipótesis fundamental». La Norma Fundamental «no es puesta ni creada consuetudinariamente, sino que ella misma constituye el presupuesto de la normatividad y la costumbre como fuentes del derecho»[12]. En la primera edición de la

---

[10] A. Conte, *Eidos. An Essay on Constitutive Rules,* cit., p. 252. Véanse, en el mismo sentido, sus trabajos citados en la nota 8.

[11] A. Conte, *Fenomeni di fenomeni,* Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 63, 1986, págs. 52 y 53.

[12] H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts,* Mogh, Tubinga, 1928, págs. 91 y ss. y nota 8 del Capítulo IV.

«Reine Rechtslehre», Kelsen insistirá en que la Norma Fundamental no es «puesta» sino «supuesta»; los juicios que atribuyen carácter jurídico a una relación entre individuos «sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una Norma Fundamental[13]. Es condición lógico trascendental de cada norma jurídica objetivamente válida»[14].

En palabras de Conte, la Norma Fundamental es la regla constitutiva del ordenamiento, no en el sentido de que origina diacrónicamente la validez normativa, sino en el sentido de que origina sincrónicamente cada juicio de validez normativa[15]. En concreto, la Norma Fundamental es una regla noético-constitutiva, puesto que es la única condición necesaria de aquello sobre lo que versa; es de ello condición necesaria y suficiente[16].

2.2.3. Reglas constitutivas vs. reglas hipotético-constitutivas

Junto a las reglas constitutivas, que *son* condiciones de aquello sobre lo que versan, existe otro conjunto de reglas definible en términos de condición. Se trata de las reglas hipotético-constitutivas, reglas que, desde el punto de vista ontológico *ponen* condiciones de aquello sobre lo que versan, ponen condiciones para que un acto posea un determinado valor («X debe ser N para contar como Y», «X debe ser N para tener el valor de Y»)[17].

---

[13] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissen-schafliche Problematik.* Deiticke, Viena, 1934; trad. cas. de M. Nilve, *Teoría pura del derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho.* Eudeba, Buenos Aires, 1960, págs. 138 y ss.

[14] H. Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 2.ª ed., Deuticke, Viena, 1960, págs. 204 y ss.

[15] La «Grundnorm» è non (diacronica) origina della «validità», ma (sincronica) «origo» d'ogni «giudizio di validità». (A. Conte, *Fenomeni di fenomeni,* cit., pág. 56 y nota 43).

[16] En sus primeros trabajos sobre el tema de las reglas constitutivas, Conte habla de la Norma Fundamental como regla eidético-constitutiva. La razón es exclusivamente conceptual, porque las reglas eidético-constitutivas son entonces conceptuadas como «individualmente condición necesaria, y conjuntamente condición suficiente y necesaria de aquello sobre lo que versan» *(Regole Costitutiva, Condizione, Antinomia,* cit., pág. 25) y, por consiguiente, la categoría teórica de las reglas noético-constitutivas no se ha desgajado aún de dicho concepto. En *Minima Deontica* (Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 65, 1988, nota 15), Conte indica explícitamente que en un ordenamiento «la validez sintáctica queda relativizada a aquella regla noético-constitutiva llamada Norma Fundamental». (Véase también C. Alarcón, *Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas,* Anuario de Filosofía del Derecho, VIII, 1991, págs. 278 a 280).

[17] A. Conte, *Phénoménologie du langage déontique,* cit.., págs, 187 a 190, y *Fenomeni di fenomeni,* cit., págs. 49 a 51. La distinción en términos ontológicos entre las reglas constitutivas y las reglas hipotético-constitutivas y, en particular, entre las reglas eidético-constitutivas y las reglas anancástico-constitutivas, ha sido cuestionada por M. Jori en *In margine all'ultimo Kelsen,* Materiali per un storia della cultura giuridica, 16, 1986, págs. 459 y ss.

Las reglas hipotético-constitutivas se clasifican, dependiendo de la naturaleza de la condición que las relaciona con lo regulado, en: reglas anancástico-constitutivas, que ponen condiciones necesarias de aquello sobre lo que versan; reglas metatético-constitutivas, que ponen condiciones suficientes de aquello sobre lo que versan; y reglas nómico-constitutivas, que ponen condiciones necesarias y suficientes de aquello sobre lo que versan[18].

Desde el punto de vista semiótico, las reglas hipotético-constitutivas no determinan -como las reglas constitutivas-, sino que presuponen la connotación de los términos que designa la praxis que regulan; es decir, establecen su denotación al poner condiciones de validez de las entidades designadas por estos términos.

3. El «puzzle» de Ross en términos de constitutividad

Retomemos el «puzzle» constitucional de Ross e interpretémoslo en el marco de la tipología de las reglas constitutivas reproducida en el epígrafe 2: ¿Es el art. 167 de la Constitución española una regla constitutiva?, ¿es condición de aquello sobre lo que versa?, ¿determina la connotación de los términos que designa la praxis que regula?

En el supuesto de respuesta afirmativa, ¿qué tipo de regla constitutiva es? En el supuesto de que fuera una regla noético-constitutiva, ¿es la Norma Fundamental, en sentido kelseniano, del ordenamiento jurídico español?

En el supuesto de respuesta negativa, ¿es una regla hipotético-constitutiva?, ¿pone condiciones de aquello sobre lo que versa?, ¿presupone la connotación de los términos que designa la praxis que regula, de los cuales establece su denotación? Si así fuera, ¿sería o no una regla nómico-constitutiva?

3. 1. El planteamiento de la paradoja

3.1.1. El art. 88 de la Constitución danesa como regla noético-constitutiva

3.1.1.1. Reglas de competencia y autoridad constitutiva

Al presentar la paradoja, Ross habla de la regla de revisión constitucional (art. 88 de la Constitución de Dinamarca de 1953) como Norma Fundamental del ordenamiento jurídico, como cúspide de la

[18] G. Azzoni, *Il concetto di condijone nella tipologia delle regole*, cit., págs. 81 y ss., y *Condizione costitutive*, cit., págs. 163 y ss.

pirámide normativa: las normas jurídicas se crean a través de actos de promulgación («enactment») que cumplen las condiciones, personales y procedimentales, establecidas por reglas de competencia. Las reglas de competencia se crean a través de actos que cumplen las condiciones establecidas por reglas de competencia de orden superior, en particular de rango constitucional. Y, finalmente, las normas constitucionales se crean a través de actos que cumplen las condiciones establecidas por la regla que regula la revisión constitucional. Esta regla determina el proceso supremo de producción jurídica y «constituye» la autoridad suprema del ordenamiento, por lo que debe considerarse la Norma Fundamental[19].

3.1.1.2. El «puzzle» de Ross y la paradoja deóntica de la Norma Fundamental

Como acabo de resaltar, el art. 88 de la Constitución danesa es para Ross, en principio, una regla noético-constitutiva, una regla que es condición necesaria y suficiente del ordenamiento jurídico, una regla que determina la connotación de los términos que designan las normas jurídicas. Y, en tanto que Norma Fundamental del ordenamiento, su carácter paradójico estaría en relación con la propia paradoja deóntica de la Norma Fundamental. Conforme a esta paradoja, la Norma Fundamental, al establecer que toda norma debe fundar su validez en una norma superior, establece su propia invalidez, ya que no existe ninguna norma superior a la Norma Fundamental. Reformulada en términos de una teoría de la validez, la paradoja deóntica de la Norma Fundamental se convierte en aporía: una teoría de la validez basada en que toda norma debe fundar su validez en una norma superior no tiene sentido si la norma suprema no posee fundamento de validez, lo que sucesivamente provoca la invalidez de todas las normas del ordenamiento[20].

De acuerdo con el planteamiento de Ross, parecería entonces que la paradoja provocada por la reforma del art. 88 hereda las contradicciones de la paradoja y de la aporía de la Norma Fundamental, y a ellas les añade las suyas propias. Si sustituimos el art. 88 por un hipotético art. 88', nos enfrentamos al problema de que la nueva Norma Fundamental no funda tampoco su validez en una norma superior; la funda en una norma no superior -el art. 88- que establece

[19] A Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitucional Law,* cit., págs. 1 y ss.

[20] Véase A. Conte, *Ricerca dun paradosso deontico. Materiali per una semantica del linguaggio normnativo,* Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 51, págs. 501 y 502.

unas pautas de validez precisamente incompatibles con las que establece el propio art. 88'.

3.1.2. El art. 88 de la Constitución danesa como regla nómico-constitutiva

Considerar la regla que regula la revisión constitucional como la Norma Fundamental del ordenamiento agrava, a primera vista, la paradoja que se analiza. No obstante, en mi opinión el problema no surge porque Ross considera que el art. 88 de la Constitución de Dinamarca es la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico danés, sino porque Ross no es coherente con tal consideración cuando pretende demostrar la autorreferencia y el carácter contradictorio del mencionado artículo.

3.1.2.1. La autorreferencia del art. 88

El art.88 de la Constitución es el único cauce jurídico para la reforma de cualquier precepto constitucional, incluido el propio art. 88. A juicio de Ross, el art. 88 carece de significado, de acuerdo con la «teoría de los tipos» de Bertrand Russell, porque atribuye un predicado a una expresión construida en un determinado lenguaje por medio de otra expresión construida en el mismo lenguaje, y no en un lenguaje de orden superior, en un metalenguaje. La paradoja surge por aceptar que una sucesión de objetos puede contener miembros sólo definibles mediante la sucesión en su totalidad[21]. De hecho, el art. 88 se podría intentar expresar del siguiente modo: «el art. 1 de la Constitución (que establece que...) puede modificarse a través del procedimiento P; el art. 2 de la Constitución (que establece que...) puede modificarse a través del procedimiento P;... el art. 88 de la Constitución (que establece que el art. 1 de la Constitución [que establece que...] ...)»[22]. El art. 88 no podría nunca terminar de formularse (no podría «usarse», no podría expresarse lingüísticamente) porque cada vez que se citara (cada vez que «se mencionara», cada vez que se expresara metalingüísticamente) debería iniciarse la serie.

Así formulado, el art. 88 no determina la connotación de los términos que designa la praxis que regula, no alude a las características o propiedades de los objetos a los que se refiere, sino al conjunto de objetos en sí mismos, respecto a los cuales presupone su connotación y establece su denotación. A pesar de comenzar hablando del

[21] A. Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitucional Law,* cit., págs. 7 y ss.; véase también R. Guibourg, *La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional,* cit., págs. 184 y ss.

[22] A. Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law,* cit., págs. 9 y ss.

art. 88 como Norma Fundamental, como regla noético-constitutiva, Ross lo formula como una regla hipotético-constitutiva, como una regla que pone condiciones de aquello sobre lo que versa; en particular, como una regla nómico-constitutiva, como una regla que pone condiciones necesarias y suficientes de aquello sobre lo que versa.

3.1.2.2. La inferencia contradictoria basada en el art. 88

Además de autorreferente, el art. 88 es, para Ross, contradictorio porque su modificación exige a la vez el cumplimiento de los requisitos que establece y el cumplimiento de requisitos diferentes establecidos por el art. 88'. Una inferencia correcta que concierna a una regla válida creada a través de un procedimiento previamente establecido alude, como premisa mayor, a las condiciones de validez puestas por una regla de competencia; como premisa menor, al cumplimiento de dichas condiciones; y, como conclusión, a la validez de la norma creada. Pero la validez del art. 88' estaría basada en la inferencia que Ross construye así:

> 1. «Art. 88: La constitución puede modificarse a través de un procedimiento que debe estar de acuerdo con las condiciones C1, C2 y C3, y sólo a través de este procedimiento.»
>
> 2. «El art. 88' (que establece que la Constitución puede modificarse a través de un procedimiento que debe estar de acuerdo con las condiciones C1', C2' y C3', y sólo a través de este procedimiento) ha sido creado de conformidad con las condiciones C1, C2 y C3.»
>
> 3. «El art. 88' es válido, por lo que la Constitución puede modificarse a través de un procedimiento que debe estar de acuerdo con las condiciones C1', C2' y C3', y sólo a través de este procedimiento.»[23]

A juicio de Ross, esta inferencia es lógicamente absurda porque la conclusión contradice la premisa mayor. No me interesa de momento discutir si Ross tiene o no razón, ni tampoco cuestionar la inferencia por relacionar enunciados descriptivos con enunciados prescriptivos, sino resaltar que, tal como es formulado en la premisa mayor, el art. 88 no es una regla noético-constitutiva, no es condición necesaria y suficiente de aquello sobre lo que versa, no determina la connotación de los términos que designa la reforma constitucional, sino que pone condiciones necesarias de aquello sobre lo que

[23] *Ibid*., págs. 4 y ss.

versa, presupone la connotación y determina la denotación de la reforma constitucional, de la cual pone condiciones de validez. En contra de lo que el propio Ross había afirmado anteriormente, el art. 88, así formulado, no es la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico danés.

3.1.2.3. Validez sintáctica vs. validez pragmática

La confusión creada por la ambigua naturaleza del art. 88 puede combatirse de modo más certero si hacemos referencia a la reciente distinción entre «validez sintáctica» y «validez pragmática» que debemos a Conte.

La validez sintáctica, relativa a status deónticos (obligaciones, prohibiciones, permisiones), depende de las reglas constitutivas de un ordenamiento, las cuales, «al condicionar la validez de status deónticos «en» el ordenamiento y «por» el ordenamiento, de dicho ordenamiento determinan la sintaxis de validez»[24].

La validez pragmática, relativa a actos deónticos, depende de las reglas hipotético-constitutivas de un ordenamiento, las cuales «ponen» o instauran condiciones «en» un ordenamiento y «por» un ordenamiento para que un acto posea un determinado valor[25].

Cuando Ross, al comienzo de su exposición, considera el art. 88 como la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico danés y discute el problema del fundamento de su validez, asume implícitamente el art. 88 como condición de validez sintáctica, validez cuestionada por la paradoja y por la aporía de la Norma Fundamental. Cuando construye la inferencia contradictoria y analiza la autorreferencia del art. 88, Ross asume implícitamente el art. 88 como condición de validez pragmática; esto es, como regla hipotético-constitutiva, y, en concreto, como regla nómico-constitutiva, como regla que pone condiciones necesarias y suficientes de aquello sobre lo que versa.

3.2. La solución de la paradoja

Si aceptamos que el art. 88 de la Constitución danesa es una regla nómico-constitutiva, y no una regla noético-constitutiva, evitamos las consecuencias de la paradoja y de la aporía de la Norma Fundamental. Pero, aparentemente, la paradoja de la regla de reforma constitucional sigue en pie; la autorreferencia y la contradictoria

---

[24] A. Conte, *Minima Deontica*, cit., pág. 436.
[25] *Ibid*., págs. 431 y ss.

validez del art. 88 no se superan por el mero hecho de descartar su carácter de Norma Fundamental.

A diferencia del planteamiento inicial de Ross, que a mi juicio es ambiguo y confuso por presentar el art. 88 indistintamente como regla noético-constitutiva y como regla nómico-constitutiva, creo que la solución que el propio Ross ofrece para resolver la paradoja es acertada.

3.2.1. Normas y metanormas

Al presentar su propuesta de solución de la paradoja, Ross parte de que en los sistemas normativos deductivos no existe ningún procedimiento jurídico para reformar la Norma Fundamental, que como base última de todas las deducciones no es en sí misma deducible. Pero, como ahora sí acepta Ross explícitamente, el art. 88, aunque constituye la autoridad suprema del ordenamiento jurídico, puede no ser la Norma Fundamental. Puede existir una norma superior que, a pesar de no establecer ningún procedimiento para revisar el art. 88 ni constituir una autoridad superior a la constituida por el art. 88, sea la Norma Fundamental del sistema en tanto que confiera al art. 88 una validez condicional. La Norma Fundamental no transferiría la competencia de constituir la autoridad suprema del ordenamiento jurídico al art. 88, sino que «delegaría» tal competencia sin perderla[26].

Entendido como regla nómico-constitutiva, como regla que no es condición necesaria y suficiente de la validez normativa -ya que está condicionada por la Norma Fundamental, por una regla noético-constitutiva-, sino que pone condiciones necesarias y suficientes de la validez normativa, el art. 88 no es autorreferente porque se refiere a la Norma Fundamental. No carece de significado porque atribuye un predicado a una expresión lingüística a través de otra expresión construida en un metalenguaje, en un lenguaje de diferente nivel. Como ha indicado Conte, para expresar el carácter non-nativo o deóntico de un sistema no se puede recurrir al propio lenguaje normativo. Un conjunto de normas forma un sistema normativo si, y sólo si, tienen un único y mismo fundamento de validez, pero el criterio de validez no es en sí mismo una norma jurídica -por ejemplo, una regla nómico-constitutiva como el art. 88-, sino una norma metajurídica, una regla noético-constitutiva, que se expresa a un nivel lingüístico diferente[27].

---

[26] A. Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, cit., págs. 19 y ss.

[27] A. Conte, *Codici deontici,* en *Intorno al «codice»,* Actas del III Congreso de la Asociación Italiana de estudios semióticos (Pavía, septiembre 1975), La Nuova Italia, Florencia, 1976, págs. 19 a 21.

Pensemos de nuevo en el art. 167.1 de la Constitución española y prescindamos a efectos teóricos, para simplificar aún más, de los apartados 2 y 3:

> Art. 167.1: «Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras».

El art. 167.1 no es -aunque aceptemos, como hipótesis, que sea la única norma del Título X de la Constitución- la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico español, sino que presupone una norma tácita, que sí sería propiamente la Norma Fundamental, y que podría explicitarse así:

> «Se debe seguir el procedimiento establecido en el art. 167.1 de la Constitución para reformar o crear normas constitucionales hasta que a través de dicho procedimiento se establezca un procedimiento diferente; entonces se debe seguir este último procedimiento hasta que a través del mismo se establezca un procedimiento diferente, y así sucesivamente.»

Esta norma tampoco es autorreferente, porque se refiere al art. 167.l. Como regla noético-constitutiva es condición necesaria y suficiente del fenómeno jurídico español, determina la connotación de los términos designados por la praxis jurídica que regula. Dicha connotación es presupuesta por el art. 167.1, que, como regla nómico-constitutiva, establece la denotación de esos términos al poner condiciones necesarias y suficientes de validez de las normas jurídicas.

Supongamos que los legisladores deciden sustituir el art. 167.1 por el art. 167.1':

> Art. 167.l': «Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por mayoría simple del Congreso de Diputados».

La inferencia de validez normativa del art. 167.1' se construiría así:

> (1') Se debe seguir el procedimiento establecido en el art. 167.1 de la Constitución para reformar o crear normas constitucionales hasta que a través de dicho procedimiento se establezca un procedimiento diferente; entonces se debe seguir este último procedimiento hasta que a través del mismo se establezca un procedimiento diferente, y así sucesivamente.

(2') Se crea el art. 167.l' siguiendo lo establecido en (1') (es decir, se cumplen las condiciones citadas en el art. 167.1 para establecer el procedimiento al que se refiere el art. 167.1'.

(3') El art. 167.1' es una norma constitucional válida.

(1') no es la citada Norma Fundamental, sino una proposición sobre la Norma Fundamental sintácticamente idéntica a ella. De hecho, esta proposición podría reformularse explicitando el contexto en el que se enmarca (la creación de normas constitucionales válidas de acuerdo con la Norma Fundamental), con lo que resaltaría su carácter metalingüístico.

(1') Para crear una norma constitucional válida, de acuerdo con la Norma Fundamental, se debe seguir el procedimiento establecido en el art. 167.1 de la Constitución para reformar o crear normas constitucionales hasta que a través de dicho procedimiento se establezca un procedimiento diferente; entonces se debe seguir este último procedimiento hasta que a través del mismo se establezca un procedimiento diferente, y así sucesivamente.

La inferencia es válida, ya que la conclusión (3') se deduce de las premisas (1') y (2') y no contradice ninguna de ellas; en particular, no contradice la premisa mayor -como sí ocurría en la inferencia construida por Ross (citada en 3.1.2.2)- porque ésta no alude a la norma que regula la revisión constitucional, sino a la Norma Fundamental del ordenamiento. Además, es una inferencia compuesta exclusivamente de premisas proposicionales y, por consiguiente, no plantea problemas desde el punto de vista de la «Gran División» entre «ser» y «debe ser»[28].

En resumen, si se despejan las dudas sobre la naturaleza nómico-constitutiva de la regla de revisión constitucional, y sobre su dependencia respecto a una regla noético-constitutiva, se puede afirmar que la inferencia de validez deóntica del art. 167.1 es dianoéticamente válida[29].

---

[28] Me he ocupado de esta cuestión en C. Alarcón, *En torno a la lógica deóntica del último Kelsen,* Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo VI, 1989, págs. 313 a 337.

[29] Véase A. Conte, *Deóntico vs. Dianoetico,* Materiali per una storia della cultura giuridica, 16, 1986, págs. 489 a 494. Conte destaca que la validez deóntica de una norma («Geltung») no depende de las normas respecto a las cuales la norma posee validez dianoética o inferencial («Gultgkeit»), sino de las metarreglas o reglas constitutivas que condicionan la validez deóntica «en» un ordenamiento y «por» un ordenamiento (*Ibid*., pág, 491).

3.2.2. Guastini contra Ross

3.2.2. 1. Dos argumentos contra la solución de Ross

Para R. Guastini, la explicación ofrecida por Ross es excesivamente ambiciosa porque emplea medios desproporcionados respecto a sus fines: a la vez que se dirige contra la paradoja y la aporía de la Norma Fundamental. En concreto, no está de acuerdo con Ross por dos razones:

A) Para resolver la paradoja de la regla de revisión constitucional no es necesario apelar a una norma superior al art. 167.1 de la Constitución española (obviamente, traslado a la Constitución española las referencias de Guastini al art. 138 de la Constitución italiana). Sería suficiente reformular el art. 167.1 mediante la explicitación de la Norma Fundamental tácita del ordenamiento jurídico español[30]:

> «Para reformar o crear normas constitucionales los proyectos deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras hasta que a través de dicho procedimiento se establezca una procedimiento diferente; entonces se debe seguir este último procedimiento hasta que a través del mismo se establezca un procedimiento diferente, y así sucesivamente.»

B) Apelar a una norma tácita superior al art. 167.1 puede servir para fundamentar su validez y, si el art. 167.1 es considerado la Norma Fundamental, para resolver la aporía de la Norma Fundamental, pero no sirve para resolver la paradoja de la regla de revisión constitucional, porque el art. 167.1 continúa siendo autorreferente y contradictorio[31].

En definitiva, para Guastini, la Norma Fundamental tácita a la que hace referencia Ross es una reiteración de la Norma Fundamental expresa, empírica (en el ordenamiento jurídico español, del art. 167.1 de la Constitución). La solución de la paradoja no debe seguir ese rumbo, sino partir de que el art. 167.1, aunque desde el punto de vista empírico es parte material de la Constitución, desde

---

[30] R. Guastini, *Questioni di deontica en Ross. Con un'appendice bibliografica sulla fortuna di Ross in Italia,* Materiali per una storia della cultura giuridica, 11, 198 1, págs. 493 y ss., reeditado parcialmente con el título *Problemi d'analisi del linguaggio normativo* como estudio preliminar de A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio,* ed. a cargo de A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bolonia, 1982, págs. 47 a 69 (véase las págs. 60 a 64).

[31] R. Guastini, *Questioni di deontica in Ross. Con un'appendice bibliografica sulla fortuna di Ross in Italia,* cit., pág. 496.

el punto de vista lógico se sitúa a un nivel metalingüístico y supraconstitucional, por lo que no se puede aplicar para reformarse a sí mismo: «la norma del art. 138 (de la Constitución italiana) es la norma constitutiva del juego llamado «ordenamiento jurídico italiano». Por más que nos digan los juristas, el cambio de esta norma, ocurriera como ocurriera (incluso en la forma que la propia norma prescribe) fundaría un juego distinto»[32].

3.2.2.2. Crítica de la crítica de Guastini

3.2.2.2.1. Crítica del primer argumento de Guastini contra Ross

Como se deduce de su primer argumento crítico contra Ross, Guastini considera que la paradoja en cuestión se evitaría si el art. 138 de la Constitución italiana (y, análogamente, el art. 167.1 de la Constitución española) se identificara con la propia Norma Fundamental, se reformulara en términos de Norma Fundamental. La posición de Guastini es, entonces, similar a la mantenida por Ross al explicar la paradoja al comienzo de su exposición, e incurre también en el error de considerar a la vez la regla de reforma constitucional como regla noético-constitutiva y como regla nómico-constitutiva.

3.2.2.2.1.1. El problema de la autorreferencia en la tesis de Guastini

Con una naturaleza tan ambigua, el art. 167.1 de la Constitución española no puede librarse de la autorreferencia ni aludiendo a una norma superior -puesto que ella misma es la norma suprema del ordenamiento, es condición necesaria y suficiente de todo el ordenamiento y no está condicionada por ninguna otra norma-, ni aludiendo a una norma inferior, ya que es también en sí misma una norma más del ordenamiento, una regla nómico-constitutiva condicionada, como las restantes normas, por una regla noético-constitutiva, por la Norma Fundamental del ordenamiento. Los dos niveles lingüísticos se mezclarían en el mismo enunciado normativo, que quedaría sin significado por ser autorreferente.

3.2.2.2.1.2. El problema de la inferencia contradictoria en la tesis de Guastini

La validez del hipotético art. 167.1' se basaría, de aceptar la tesis de Guastini, en una inferencia lógica que sería contradictoria, aunque

[32] *Ibid*., págs. 496 y 497.

no exactamente por los mismos motivos que la inferencia presentada por Ross para demostrar el sentido paradójico del art. 88 de la Constitución danesa.

La inferencia de Ross es contradictoria por contener como premisa mayor el art. 88 de la Constitución danesa, pero, de acuerdo con el planteamiento de Guastini, la inferencia de validez normativa del art. 167.1' no tendría como premisa mayor el art. 167 de la Constitución española, sino una proposición sobre el art. 167. Posiblemente, Guastini confiaría en esta solución porque de esta forma en la inferencia ya no se deduciría una conclusión descriptiva a partir de una premisa mayor prescriptiva, como sí ocurría en la inferencia construida por Ross. Sin embargo, esta irregularidad, aunque podría provocar la incorrección de la inferencia por no respetar la «Gran División», no es la causante de su carácter contradictorio. Para salvar la contradicción, no basta con enunciar descriptivamente la premisa mayor, sino que ésta debe aludir descriptivamente a una norma superior al art. 167.1' que constituya su criterio de validez. La inferencia basada en el planteamiento de Guastini coincidiría con la que Ross construye posteriormente, al solucionar la paradoja, y con la que he construido en 3.2.1, en que la premisa mayor sería proposicional, no normativa, pero coincidiría con la construida por Ross al exponer la paradoja en que la premisa mayor alude a una regla nómico-constitutiva, no a una regla noético-constitutiva. Por lo tanto, sería una inferencia semánticamente homogénea, en el sentido de deducir una conclusión proposicional de dos premisas proposicionales, pero no dejaría de ser contradictoria.

3.2.2.2.2. Crítica del segundo argumento de Guastini contra Ross

De acuerdo con el segundo argumento de Guastini, tan autorreferente y contradictorio es el art. 167.1 de la Constitución española considerado regla constitutiva (en concreto, regla noético-constitutiva) como considerado regla hipotético-constitutiva (en concreto, regla nómico-constitutiva). Sin embargo, no hay que olvidar que este artículo tiene la peculiaridad de que, justamente en virtud de su seguimiento, puede dejar de existir sustituyéndose por otro, posibilidad que contradice la noción de regla constitutiva como condición de aquello sobre lo que versa: las reglas constitutivas no pueden ser posteriores a las situaciones reguladas ni inferirse lógicamente de la experiencia de las acciones que se realizan conforme a ellas. Como ha resaltado Conte, el contenido específico de una regla constitutiva puede ser alterado, al igual que el contenido específico de una regla hipotético-constitutiva, por el seguimiento de la propia regla (por

ejemplo, la regla constitutiva «Añadir un número al último número de la serie S vale como prosecución de S si el número añadido es superior a todos los números incluidos en S» ve alterado su contenido específico cada vez que se realiza una acción siguiendo la regla[33]), pero la regla constitutiva en sí misma no puede ser alterada por su propio seguimiento. Cuando el art. 167.1 se aplica a sí mismo no cambia el contenido específico de la regla, sino que cambia la propia regla, siendo sustituida por otra, por el art 167.1', por lo que no puede ser una regla constitutiva.

A diferencia de las reglas constitutivas, las reglas hipotético-constitutivas, como reglas que no son condiciones, sino que ponen condiciones de aquello sobre lo que versan, sí pueden ser sustituidas por otras en virtud de una acción realizada siguiendo las propias reglas, ya que pueden regular realidades preexistentes; en concreto, realidades concebibles, posibles y perceptibles en tanto que han sido constituidas por reglas constitutivas, como por ejemplo la praxis de la reforma constitucional.

En resumen, el art. 167.1 como regla hipotético-constitutiva, y en concreto como regla nómico-constitutiva, no es paradójico si se refiere a una regla noético-constitutiva. La supuesta autorreferencia y el supuesto carácter contradictorio del art. 167.1 no sólo dependen, como parece deducirse de la tesis de Guastini, de sus características internas, sino, sobre todo, de cómo se relaciona con las restantes normas del ordenamiento y, en particular, con la Norma Fundamental. G. Azzoni ha destacado que, con su crítica a Ross, Guastini, implícitamente, propone una forma diferente de considerar la Norma Fundamental desde la perspectiva de la teoría de las reglas constitutivas: como regla nómico-constitutiva[34]. A mi juicio no es así: en tanto

[33] A. Conte, *Parerga Leibnitiana,* en *Logica, Informatica, Diritto,* ed. a cargo de C. Ciampi, E. Maretti y A. Martino, Le Monnier, Florencia, 1978, Tomo I, págs. 241 a 244. En este trabajo, Conte comenta la asimetría entre las reglas constitutivas y las reglas regulativas (Conte consideraba aún las reglas regulativas, ampliamente, como reglas no constitutivas, y por tanto incluyendo en ellas las reglas hipotético-constitutivas) en el siguiente sentido: el contenido específico de una regla no constitutiva puede alterarse por una acción a través de la cual se cumpla la regla no constitutiva y por una acción a través de la cual se incumpla la regla no constitutiva; el contenido específico de una regla constitutiva puede alterarse por una acción a través de la cual se incumpla la regla constitutiva. Por mi parte, trataré de explicitar un segundo sentido de la mencionada asimetría que en *Parerga Leibnitiana* (*Ibid.,* nota 56) parece ser sólo implícito: una regla no constitutiva puede ser sustituida por otra regla no constitutiva por una acción a través de la cual se cumpla la primera regla no constitutiva; una regla constitutiva no puede ser sustituida por otra regla constitutiva por una acción a través de la cual se cumpla la primera regla constitutiva.

[34] G. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole,* cit., págs. 78 y 79.

que regla nómico-constitutiva, el art. 167.1 no puede ser la Norma Fundamental sino una norma condicionada por la Norma Fundamental; en tanto que Norma Fundamental, el art. 167.1 no podría ser una regla nómico-constitutiva, sino una regla noético-constitutiva (que además carecería de sentido por ser autorreferente y contradictoria). La paradoja se soluciona si se concibe el art. 167.1 como regla nómico-constitutiva, pero no como Norma Fundamental, sino como regla que es válida y puede seguirse en el contexto de la Norma Fundamental, en el contexto de una regla noético-constitutiva.

Si, como acabamos de señalar, el problema de la paradoja de la regla de revisión constitucional no sólo depende de las características internas de la regla (en concreto, de su naturaleza nómico-constitutiva), sino también de su relación con la Norma Fundamental del ordenamiento, debemos rechazar el segundo argumento crítico de Guastini, no sólo resaltando la importancia de apelar a una norma tácita en cuyo contexto se interprete la regulación de la reforma constitucional, sino asimismo reconociendo la conexión entre la paradoja de la regla de revisión constitucional y la aporía de la Norma Fundamental.

En este sentido, llama la atención que sea precisamente en base a la «teoría de los tipos» de Russell como Conte soluciona la aporía de la Norma Fundamental. Para Conte, esta aporía no sólo se puede evitar a través del concepto kelseniano de Norma Fundamental («la Norma Fundamental es válida, en cuanto que, aunque no sigue pautas de validez fijadas en ninguna otra norma, es presupuesta válida como hipótesis lógico-trascendental»), sino también afirmando que la Norma Fundamental no es ni válida ni inválida; simplemente define la expresión «norma válida»[35]. A diferencia de las restantes normas del ordenamiento, incluida la regla constitucional que pone condiciones suficientes y necesarias de la reforma constitucional, la Norma Fundamental es conceptualmente autorreferente. En palabras de

[35] A. Conte, *Validità,* en *Novissimo digesto italiano,* UTET, Turín, 1975, vol. XX, págs. 418 a 425; reeditado en A. Conte, *Filosofia del Linguaggio nonnativo I. Studi 1965-1981,* G. Giappichelli, Turín, 1989, págs. 119 a 145 (en particular, véanse págs. 135 a 137). Para Conte, la Norma Fundamental no es válida ni inválida, sino que define la validez, establece los criterios para determinar si las restantes normas del ordenamiento son o no son válidas. La Norma Fundamental es semejante a la barra que define lo que es el metro, que sirve para medir cualquier distancia en metros, pero que no se puede, a su vez, medir en metros, porque no «tiene» la longitud de un metro, sino que «es» la longitud de un metro. Si por algún cambio de temperatura se alargara o se acortara, la barra seguiría midiendo un metro a pesar de ser más larga o más corta que antes. La Norma Fundamental tampoco «tiene» validez, sino que «es» validez, y, si cambia, seguirá «siendo» validez (A. Conte, *Studio per una teoria della validità,* Rivista Internazionale di Filosofia del diritto, 47, 1970, págs. 341 y ss., reeditado con algunas modificaciones en *Problemi di teoria del diritto,* ed. a cargo de R. Guastini, Il Mulino, Bolonia, 1980, pág. 339).

Kant, quien, como ha destacado Conte, debe considerarse origen sincrónico y «origo» diacrónico de la teoría de la Norma Fundamental y de la teoría de las reglas constitutivas, «la razón ve sólo lo que ella misma, según su propio diseño, produce». Como regla noético-constitutiva, la Norma Fundamental, al igual que la razón humana, tampoco ve más que lo que ella misma, según su propio diseño, produce[36].

[36] A. Conte, *Minima Deontica,* cit., nota 15.

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JÜRGEN HABERMAS

Por fin, después de abundantes anuncios, ve la luz la obra de Habermas dedicada específicamente a los problemas iusfilosóficos[1]. Se trata de un grueso volumen que en sus últimas cien páginas recoge estudios ya publicados con anterioridad y que anticipaban algunas de las posturas que a lo largo del texto principal del libro se desarrollan.

Como era de esperar, lo que Habermas hace es una aplicación de los postulados generales y ya conocidos de su teoría de la acción comunicativa a la problemática iusfilosófica y, particularmente, a la sempiterna cuestión de la validez de las normas jurídicas. Y en la respuestas a esta pregunta de Habermas va a aplicar siempre el esquema bipolar que ya se presenta en el propio título del libro: la validez se resuelve en una tensión entre facticidad o validez social y legitimidad o validez racional o comunicativa.

Las normas jurídicas han de poseer una dimensión fáctica, que tiene que ver con los dos aspectos interrelacionados de su cumplimiento habitual, por un lado, y de la coacción que lo respalda, por otro. Ahora bien, la función de integración social que al derecho le corresponde en sociedad complejas (en las que ya no bastan para cumplir esa función de orden e integradora los mitos o tabúes y las certezas incuestionadas que componen el mundo de la vida y en las que ha decaído también el respaldo religioso o metafísico de las normas como fundamento común y compartido) sólo puede cumplirse efectivamente si las normas poseen un elemento de legitimidad que rebasa su pura imposición coactiva y posibilita la mínima aceptación necesaria para su seguimiento. Esta legitimidad de las normas «es

[1] Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* Frankfurt M., Suhrkamp, 1992, 667 págs. Los números entre paréntesis en el texto remiten a páginas del libro.

independiente de su imposición fáctica» (48) y depende del modo en que esas normas sean creadas. Son legítimas cuando sus destinatarios «pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como *autores* racionales de esas normas» (52), es decir, cuando el procedimiento de creación de las normas reproduce el procedimiento argumentativo y consensual de la razón comunicativa; o dicho de otro modo, cuando se sigue el procedimiento democrático sin distorsiones. En suma, «la validez jurídica de una norma (...) significa ahora que ambas cosas se garantizan al mismo tiempo: tanto la legalidad de la conducta, en el sentido de un seguimiento generalizado de la norma, el cual en caso necesario puede ser forzado mediante sanciones, como la legitimidad de la regla misma, que hace posible un seguimiento de la norma basado en cada caso en una consideración positiva ante la ley» (49).

Queda así sentada una de las tesis centrales del libro y cabe ya a ese respecto plantear una primera duda: ¿es de índole fáctica o normativa la afirmación de que la función de integración social que el derecho ha de cumplir no se realizaría en un ordenamiento jurídico carente de legitimidad? Esa afirmación de Habermas puede entenderse de las dos maneras. Como afirmación empírica equivaldría a entender que allí donde los destinatarios de las normas no se sienten autores de las mismas, por no provenir éstas de un proceso legislativo de carácter democrático, esas normas no serán mayoritariamente cumplidas y ese ordenamiento no ejercerá la función de orden y coordinación de conductas que al derecho le corresponde. Pero esa tesis es fácilmente rebatible. En primer lugar, la evidente constatación de que los ordenamientos menos democráticos y más feroces han conseguido y consiguen imponer sus normas por encima de cualquier sentimiento de los sometidos a ellas. Las normas jurídicas del nazismo no provocaron precisamente el rechazo de los alemanes de la época, por mucho que en su creación ya no quedara ni rastro del proceder democrático. Y, en segundo lugar, si el dato determinante es que los destinatarios de las normas puedan «sentirse» autores de las mismas o de acuerdo con su contenido, esa aquiescencia puede inducirse con los medios y las técnicas del Estado moderno y alcanzarse incluso un grado de unanimidad que nunca se da en democracia. Sabido es que los dictadores de toda laya suelen sancionar con plebiscitos triunfantes sus más ambiciosas iniciativas legislativas.

Sólo queda, pues, entender que la afirmación de Habermas que comentamos posee un sentido normativo, es decir, que equivale a sostener que un derecho sólo cumple *racionalmente* su función integradora cuando es fruto del discurso racional, de un proceso participativo. Pero esta comprensión plantea varios problemas. Uno, que el tenor literal de las afirmaciones de Habermas más bien parece sugerir

un carácter fáctico para su afirmación que comentamos. Y dos, que con ese entendimiento normativo nos damos de bruces con los mismos problemas de fundamentación que han afectado siempre a tesis como las iusnaturalistas: por qué sólo es válido el derecho que reúna unas ciertas condiciones (de contenido en el iusnaturalismo; procedimentales en Habermas) y, sobre todo, qué estatuto posee el derecho positivo que no cumpla con ellas. Y podría pensarse que el tono descriptivo de la tesis de Habermas, cuando sostiene que el derecho ilegítimo no sirve a la función de guiar las conductas e integrar la sociedad, es una forma de evitar las consecuencias normativas de sus premisas igualmente normativas: si la validez jurídica tiene una doble dimensión, fáctica y de legitimidad y si la primera no basta por sí sola, la conclusión sería que el ordenamiento al que le falte la dimensión de legitimidad no es derecho. Y por no decir esto acaba Habermas defendiendo algo cuya prueba es tanto o más difícil: que ese ordenamiento ni siquiera se cumpliría, que ni siquiera se daría en él la referida dimensión fáctica, cuestión que la historia desmiente a cada paso.

Cosa distinta sería interpretar que el derecho que posea solamente esa vertiente fáctica y que no sea fruto de la voluntad y el consenso de sus destinatarios cumple, al menos elementalmente, su función de orden e integración, bien como consecuencia de la fuerza, del miedo o, sobre todo, de la manipulación ideológica, pero que carece de las notas que permitirían calificarlo como racional, legítimo o justo. Y aquí es donde la doctrina que Habermas puede aportar sus mejores frutos, en cuanto teoría de la justicia más que, como él pretende, como teoría de la validez jurídica. Pues esto último sólo lo consigue, como ya hemos indicado, a costa de una tesis que no se atreve a formular en todo su alcance: entender que el derecho injusto, ilegítimo, no es válido. Habermas parece insinuar, por decirlo en términos de teoría del derecho, que ese derecho no puede ser eficaz. De ese modo parece sustraerse a los reproches habituales al iusnaturalismo. Pero queda a merced del desmentido de la historia, de la sociología y de una teoría del derecho que desde hace décadas sabe distinguir entre facticidad o eficacia, validez o positividad y justicia o legitimidad. Habermas, en cambio, habla de validez y facticidad para acabar entendiendo que ambas forman una síntesis cuya clave está en un tercer elemento que poco a poco va ocupando la plaza de ambas: la legitimidad.

Hasta aquí hablaba Habermas de lo que denomina el aspecto interno de la tensión entre facticidad y validez. A continuación se referirá al aspecto externo de esa relación, visto como la conexión entre los hechos sociales y la autocomprensión del derecho moderno. Según Habermas, la referida tensión entre facticidad y legitimidad

de las normas jurídicas en su aspecto interno conlleva como consecuencia, en el aspecto externo, la necesidad de que el poder político, necesario para la imposición del derecho, se organice como poder legítimo, esto es, como Estado de Derecho. Y seguidamente se refiere a dos modos de desconocer esa necesaria dualidad entre facticidad y legitimidad en el aspecto externo: bien resaltando únicamente el componente fáctico, como hacen las doctrinas sociologistas, bien resaltando únicamente el aspecto de legitimidad, sin tener en cuenta los hechos, al modo de ciertas teorías de la justicia, como la de Rawls. Las primeras, ejemplificadas en Luhmann, operan una separación total del derecho respecto de la moral y la política y desaparece de ellas todo resto de «normativismo jurídico-racionalista», por lo que sólo permiten una lectura del derecho válido en clave positivista: la validez del derecho deriva únicamente del derecho válido (72). Las segundas descuidan la dimensión institucional y empírica del derecho. Ambas perspectivas serían unilaterales.

A continuación se enfrenta Habermas con la cuestión del fundamento último de validez de los sistemas jurídicos. Previamente ha ido mostrando cómo la visión positivista de la validez jurídica es insuficiente y errónea, por desconocer el componente de legitimidad o justicia inmanente a toda validez, por no tener en cuenta el «momento de indisponibilidad que se contiene en la pretensión de legitimidad del derecho» (96). Pues bien, al llegar aquí Habermas precisa de qué modo su filosofía del discurso proporciona una base última e irrebasable para todo ordenamiento jurídico que pueda pretenderse legítimo y, con ello, válido en toda su extensión. Y en esto radica también la aportación más novedosa de esta obra de Habermas, por comparación con sus anteriores referencias a esta materia. Sitúa ese fundamento en la preexistencia de un sistema de derechos, si bien no se debe perder de vista que Habermas no busca sentar una serie de postulados morales apriorísticos, sino reconstruir los presupuestos de racionalidad inmanentes al derecho moderno.

Una vez que el derecho moderno se ha autonomizado de la moral y del respaldo religioso o metafísico de sus normas, queda constituido como un ámbito abierto a la argumentación, a la acción comunicativa, que sólo puede basarse en el entendimiento como fuente de la legitimidad de las normas. De ese modo pueden, con la modernidad, realizarse para el derecho de los presupuestos argumentativos y consensuales inmanentes a toda pretensión de validez lingüísticamente formulada. Y para que realmente sea posible esa construcción discursiva y consensual de las normas jurídicas, los sujetos deben presuponerse recíprocamente como autónomos, reconociéndose ciertos derechos. «Como participantes en discursos racionales,

los destinatarios del derecho han de poder examinar si la norma en cuestión halla o puede hallar el asentimiento de todos los posibles afectados. Con ello -continúa Habermas- la interrelación interna entre soberanía popular y derechos humanos consiste en que el sistema de derechos indica precisamente las condiciones bajo las que las formas comunicativas necesarias para una creación del derecho políticamente autónoma pueden, a su vez, ser jurídicamente institucionalizadas» (134).

Se presupone así la autonomía de los sujetos, tanto en lo público como en lo privado. Sin esa autonomía integral que los derechos humanos garantizan no sería posible el modo de ejercicio de la autonomía política que se traduce a través de la formación discursiva de opiniones y voluntades. Se trata de hacer posible un acuerdo que sea fruto de un proceso cuyas condiciones garanticen que el contenido de ese acuerdo, en cuanto resultante de «un entendimiento de los ciudadanos sobre las reglas de su convivencia», exprese el punto de vista del bien común y de las expectativas normativas ligadas a él (111). Por tanto, derecho objetivo y subjetivo se dan en «interna interdependencia» (135), sin que ninguno sea anterior al otro y sin que uno pueda darse sin el otro.

Nos movemos aquí en el terreno en que derecho y moral tienen puntos de coincidencia, pues, según Habermas, el derecho positivo está vinculado a la moral a través del componente de legitimidad de la validez jurídica, siendo esa relación de «complementariedad» y no de jerarquía (137). Moral y derecho tienen en común el que para ambos rige el principio discursivo, si bien el contexto del discurso moral es la humanidad entera y el del principio democrático, mediante el que se establece el derecho positivo válido, es una determinada comunidad (139).

Enumera Habermas esos derechos «que los ciudadanos se deben reconocer recíprocamente si quieren regular de modo legítimo su convivencia mediante el derecho positivo» (109). Son los derechos exigidos para hacer posible la efectiva realización del principio discursivo, base del procedimiento democrático y fundamento de la legitimidad (y, con ello, de la validez) de las normas resultantes. Ese sistema de derecho constituye los presupuestos «de los que los miembros de una comunidad jurídica moderna han de partir si quieren poder tener por legítimo su ordenamiento jurídico sin apoyarse para ello en fundamentos de tipo religioso o metafísico (...). Los derechos que en este experimento intelectual se reconstruyen son constitutivos para toda asociación de sujetos jurídicos libres e iguales» (166). Y tal sistema de derechos resulta de que «el medio jurídico como tal presupone derechos que definen el status de sujetos jurídicos como portadores de derechos» (151).

Se presupone, en primer lugar, un margen de libertad de acción privada. Esos derechos exoneran al titular de la necesidad de dar cualquier explicación acerca de su esfera privada: el actor no necesita aportar fundamentos públicamente aceptables de su actuación en ese ámbito (153). Y no sólo se exige que exista esa esfera de la libertad subjetiva, sino también que sea igual para todos. Por otro lado, en cuanto a la esfera pública, «la idea de autolegislación *de los ciudadanos* exige que aquellos que están sometidos al derecho como destinatarios se puedan entender, al mismo tiempo, como autores del derecho» (153), lo cual se consigue a través de la institucionalización de procedimientos democráticos.

¿Cómo especifica Habermas esos derechos fundamentales que todo ordenamiento legítimo presupone y protege? Los divide en cinco grupos.

> (1) «Derechos fundamentales que resultan de la conformación, políticamente autónoma, del derecho a la mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción» (155).

Se trata del derecho de cada cual al mayor grado posible de igual libertad de acción subjetiva, sólo limitable para compatibilizarla con la libertad igual de los demás.

> (2) «Derechos fundamentales que resultan de la conformación, políticamente autónoma, del status de miembro en una asociación voluntaria de sujetos jurídicos» (155).

Estos derechos derivan del dato de que, a diferencia de lo que ocurre con la moral, las normas jurídicas no regulan las interacciones en general entre los sujetos, sino las interacciones dentro de una concreta sociedad. Esto «se sigue ya del concepto de positividad del derecho» (157) y viene exigido por la necesidad de que los sometidos al derecho puedan apelar a una instancia que monopolice la violencia legítima. Es necesario, por tanto, que el ordenamiento diferencie entre miembros y no miembros de la comunidad jurídica, entre ciudadanos y extranjeros. Es decir, son necesarios los derechos de nacionalidad. Según Habermas, la necesidad de protección frente a la privación unilateral de esos derechos resulta «de la aplicación del principio discursivo» (158). Aquí podríamos plantearnos una duda sobre la coherencia de la construcción habermasiana: ¿no parece que el principio universalista que preside su teoría discursiva y su ética normativa casa mal con la defensa de las fronteras estatales y con la interpretación del interés general, clave legitimatoria de lo jurídico, como interés de una determinada comunidad nacional y, por tanto,

no universalizable, sino, como máximo, generalizable para los miembros del concreto Estado de que se trate?

> (3) «Derechos fundamentales que resultan de modo inmediato de la *reclamabilidad* de derechos y de la conformación, políticamente autónoma, de la *protección jurídica* individual» (156).

Se trata de los derechos que garantizan la vía jurídica, como el libre acceso a tribunales independientes y efectivos.

Explica Habermas que esos tres tipos de derechos surgen de la mera aplicación del «principio discursivo al medio jurídico como tal» (156), y que «no hay derecho legítimo sin esos derechos» (159). Pero puntualiza que no se trata de los derechos liberales clásicos, sino que se hallan a un superior nivel de abstracción. Más bien consisten en «principios jurídicos a los que el legislador constituyente se orienta» y que éste debe necesariamente considerar, «pues en estos principios se hace valer el sentido racionalizador de la forma jurídica como tal, que ya Hobbes y Rousseau acentuaron» (160). Por tanto, los derechos fundamentales clásicos del liberalismo (la dignidad humana, libertad, integridad de la vida y el cuerpo, propiedad, elección de profesión, inviolabilidad del domicilio, etc.) son «interpretaciones y configuraciones del derecho general de libertad» en el sentido del derecho a iguales libertades subjetivas mencionado en (1). El mismo significado tienen, respecto de (2), la prohibición de extradición, el derecho de asilo, el derecho a la nacionalidad, etc., e igual interpretación por relación a (3) cabe hacer de postulados como la irretroactividad, el *non bis in idem,* la prohibición de tribunales especiales, la garantía de la independencia judicial, etc. (159-160).

El siguiente derecho que Habermas menciona en su enumeración tiene que ver con los derechos fundamentales de carácter político, tendentes a hacer posible que los sujetos puedan alcanzar el rol de autores de su ordenamiento jurídico:

> (4) «Derechos fundamentales a una participación, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los procesos de formación de opiniones y voluntades en los que los ciudadanos ejercen su autonomía política y mediante los cuales sientan derecho legítimo» (156).

El fundamento de estos derechos políticos es claro: «con arreglo al principio discursivo pueden pretender validez precisamente aquellas normas que puedan hallar el asentimiento de todos los potenciales afectados, en la medida en que éstos tomen parte en discursos

racionales» (161). Es esa participación discursiva en la producción de las normas lo que estos derechos políticos aseguran.

Aquí se detecta una tensión entre lo que son los presupuestos teóricos del principio discursivo y lo que es el ejercicio del derecho de autodeterminación y autolegislación por los sujetos. La pregunta que podríamos hacernos es la siguiente: ¿pueden discursivamente los sujetos decidir la eliminación de los principios o procedimientos que garantizan el ejercicio de su autonomía? La respuesta de Habermas sería que hay dos cosas que los sujetos no pueden eliminar: el principio discursivo, con los citados presupuestos en cuanto a la autonomía de los sujetos, y el medio jurídico, con los mencionados principios o derechos en abstracto que sirven como única vía para la articulación colectiva o intersubjetiva de aquella autonomía. Más adelante resaltará nuevamente que el sistema de derechos constituye un límite sustraído a la decisión mayoritaria, pues «los ciudadanos no pueden, en ejercicio de su autonomía política, atentar contra el sistema de derechos que constituye dicha autonomía» (221). Y si es el principio de soberanía popular el que garantiza la autoorganización de la sociedad, ese principio queda fuera de la disposición de esa sociedad: «la idea de soberanía popular remite, en su lectura procedimentalística, a las condiciones que en el marco social posibilitan la autoorganización de una comunidad pero que, a su vez, no están sin más a disposición de la voluntad de los ciudadanos» (366). Y aún insiste en que no quedan a disposición de la política «las condiciones que hacen posible la producción de derecho legítimo» (466).

Son los propios ciudadanos los que, en ejercicio de esa autonomía así garantizada, como legisladores constituyentes, en cada caso y época concreten el sistema de derechos. Por eso dice Habermas que «este sistema de derechos no está previamente prescrito al legislador constitucional como derecho natural» (163). «No existe «el» sistema de los derechos en su pureza trascendental», al margen del contexto histórico en que en cada ocasión se interpreta (163).

Estamos así ante el componente de historicidad que necesariamente relativiza las tesis habermasianas sobre el contenido de justicia de la validez jurídica. Pero de nuevo nos enfrentamos entre lo que son postulados normativos inmanentes o necesariamente derivados de toda comunicación lingüística (y en especial de todo dirimir discursivo y, por tanto, consensual, de pretensiones de validez normativa enfrentadas) y el grado posible de realización histórica de esos postulados. Sólo al final de un proceso filogenético y ontogenético que lleva a las sociedades y a los individuos a un estadio de maduración moral que se corresponde con el último nivel descrito en la gradación que Kohlberg establece, parece que se dan las condiciones para que se hagan efectivos en la convivencia esos postulados

normativos de la ética discursiva que son (y en todo tiempo han sido) presupuestos como válidos al usar del lenguaje. Pero dos problemas pueden aparecer aquí. Por una parte, si entendemos que existen contenidos normativos (libertad, igualdad de todo sujeto capaz de lenguaje, de todo interlocutor potencial) que, en cuanto presupuestos en el lenguaje han sido válidos desde siempre (desde que existe lenguaje y, con ello, sociedad) aunque sólo en un determinado estadio del proceso civilizatorio hayan podido descubrirse, estamos ante tesis que podrían ser objeto de las críticas habituales al iusnaturalismo. Pero si entendemos que sólo en un determinado momento histórico de la articulación de las relaciones sociales, sólo en la época moderna, se reconstruyen esos postulados normativos como inmanentes a las instituciones que en esa época se imponen mediante la comunicación lingüística, se introduce un peligroso elemento relativístico que puede fundamentar acusaciones de etnocentrismo y similares y que nos aproxima a posturas como la de Rorty, que Habermas ha rechazado en trabajos anteriores. En el marco de esa problemática habrá que situar las afirmaciones de Habermas de que los referidos derechos, que «son condiciones necesarias que posibilitan el ejercicio de la autonomía política», «no pueden limitar la soberanía del legislador, aunque no están a disposición de éste»; o que «cada ejercicio de autonomía política significa al mismo tiempo una interpretación y conformación por el legislador histórico de esos derechos nunca saciados» (162); o que «los capítulos de derechos fundamentales de las constituciones históricas se pueden entender como lecturas, contextualmente dependientes, *del mismo* sistema de derechos» (162) y que «es en una determinada interpretación constituyente como esos derechos vienen a la conciencia», (163). Es la tensión en la búsqueda por Habermas de un punto medio entre cognitivismo e historicidad, que acaba desembocando en una síntesis un tanto equivocada, pues siempre podemos preguntarnos qué queda de esos derechos si de los mismos sólo caben lecturas históricas y condicionadas por el contexto y, sobre todo, a partir de qué contenidos un texto constitucional dejaría de poder interpretarse como particular lectura y garantía contextualmente dependiente de ese sistema de derechos y podría entenderse el correspondiente ordenamiento jurídico como ilegítimo y, por extensión, inválido. ¿Lo eran las constituciones modernas que negaban el voto a la mujer? ¿Lo seguiría siendo una constitución actual que aún lo negara?

Hay en Habermas una tensión también entre el componente constructivo y el reconstructivo. O dicho de otra forma, entre la revelación de los postulados inmanentes a toda argumentación, a toda acción lingüística, base de su teoría de la acción comunicativa, y la reconstrucción de los presupuestos inmanentes a cierta institución

o manifestación social histórica, como es el caso del derecho moderno en las páginas que estamos comentando. La tesis sería que en el derecho moderno toman cuerpo y se institucionalizan, se constituyen en fundamento, precisamente aquellos presupuestos generales del discurso. Si nos mantenemos a un nivel de gran abstracción esto puede sonar verosímil. Pero en cuanto descendemos a la gran variedad de formas y contenidos de los ordenamientos modernos y a la diversidad de concepciones de los derechos fundamentales que pueden invocar para sí la condición de legítimas y explicables interpretaciones del sistema de derechos que propone Habermas, nos encontramos con que o precisamos más el criterio de legitimidad (validez), de modo que podamos excluir de la condición de derecho válido gran parte de los ordenamientos jurídicos que en la edad moderna han sido o rigen aún, o, de lo contrario, el criterio de legitimidad que se buscaba se disuelve en una lista de fórmulas vacías. Habermas, una vez más, no nos revela por completo la clave del dilema: «tras más de doscientos años de desarrollo constitucional europeo disponemos de modelos suficientes que pueden guiar una reconstrucción generalizadora de aquella comprensión que necesariamente guía la praxis intersubjetiva de una autolegislación llevada a cabo con los medios del derecho positivo» (163). Nuevamente podríamos preguntar: ¿se toman todos esos modelos para reconstruir los presupuestos comunes o se procede selectivamente, buscando aquellos modelos que reflejen ciertos presupuestos? En el primer caso, la reconstrucción posiblemente no aporte más que una imagen de contingencia histórica y de heterogeneidad difícilmente reductible; en el segundo, el proceder ya no sería reconstructivo, sino predeterminado por un criterio previo de carácter ahistórico.

Y para colmo del desconcierto, el elemento social o fáctico aparece también aquí para oscurecer aún más el panorama y hacernos pensar que al relativismo histórico se suma un cierto relativismo o condicionamiento sociológico: «las instituciones jurídicas de la libertad decaen sin las iniciativas de una población *acostumbrada* a la libertad. Su espontaneidad -continúa Habermas- no puede forzarse mediante el derecho; se regenera a partir de tradiciones de libertad y se contiene en las relaciones asociativas de una cultura política liberal» (165). A las dificultades para que los postulados de justicia que derivan de la ética cognitivista habermasiana puedan ser conocidos e incorporados a los ordenamientos de un determinado período histórico se suma ahora la dificultad de que ese derecho que los incorpora sea efectivo allí donde la población no está acostumbrada a ese derecho de la libertad. Esto último puede acabar ya en una perfecta circularidad del razonamiento, pues estaríamos ante ordenamientos legítimos que no son eficaces, lo cual difícilmente encaja en una teoría

como ésta, que sienta como base de la legitimidad del ordenamiento el asentimiento de los destinatarios de sus normas.

En último lugar menciona Habermas, como derechos derivados de los mencionados de (1) a (4),

> (5) «Derechos fundamentales a unas condiciones de vida que estén social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida respectivamente necesaria para un aprovechamiento, en condiciones de igualdad de oportunidades, de los derechos humanos mencionados en (1) a (4)» (157).

En el capítulo siguiente, cuarto, Habermas se interroga sobre la legitimación del poder político. Insiste en que es el sistema de derechos que hemos mencionado el que funda la necesidad del derecho objetivo y del poder político estatal como medio para la imposición y protección de esos derechos. Se trata de «*implicaciones* jurídico-objetivas que se contienen *in nuce* en los derechos subjetivos» (168). «Hasta la más simple legislación debe ser entendida como concreción del sistema de derechos conformado como Constitución» (191). La unión sustancial entre moral y derecho en ningún momento se diluye. Y hasta el sentido del procedimiento democrático proviene o está ya implícito en el sistema de los derechos (229). Y lo que ese sistema de derechos demanda no es la mera existencia de un poder político y un Estado, sino del Estado de Derecho y de una política sometida a las leyes emanadas de la soberanía popular. «No es la forma jurídica como tal lo que legitima el ejercicio de la dominación política, sino únicamente la vinculación al derecho *legítimamente establecido*». Este es únicamente el que «puede ser racionalmente aceptado por todos en un proceso de formación discursiva de la opinión y la voluntad» (169). En ese marco, la soberanía popular no se identifica con un grupo físico de personas, sino con un poder que circula comunicativamente y vincula al aparato administrativo del Estado. Es el derecho el instrumento mediante el que ese poder comunicativo se transmite al sistema administrativo, que se rige por un código de poder. De ahí que el Estado de Derecho se caracterice por la prioridad que ese poder comunicativo posee frente a otros poderes o intereses de grupos o personas. El procedimiento democrático «institucionaliza las formas comunicativas necesarias para una formación racional de la voluntad política» (221), y la «bisagra» entre el sistema de derechos y la construcción de un Estado democrático de Derecho la forma el principio de soberanía popular, en su interpretación discursiva.

Pese al vínculo entre moral y derecho, en cuanto presididos en última instancia por idéntico principio discursivo, el discurso jurídico y el moral tienen, según Habermas, diferente implantación. El

discurso moral se dirige a un auditorio universal y trata únicamente de intereses perfectamente universalizables, mientras que el jurídico se inserta en un concreto marco estatal y social. Esto significa que el discurso jurídico no sólo está abierto a consideraciones morales, sino también a otras de carácter pragmático (relativas a estrategias o medios para fines preestablecidos) y ético (referidas a los fines a compartir en un determinado colectivo o grupo, como pueda ser un Estado nacional). Por tanto, las razones que respaldan la validez jurídica de una norma no tienen por qué ser únicamente razones morales, es decir, razones de justicia referidas a «si la correspondiente praxis es buena *para todos en la misma medida*» (220). La validez de las razones pragmáticas y éticas es contextual y relativa, mientras que sólo las razones morales poseen validez universal.

Se expresan nuevamente con esa diferenciación la tensión entre los requerimientos de universalidad, propios de todo enunciado normativo que se pretenda discursivamente racional, y la dependencia del discurso respecto de un determinado contexto social e histórico. Es el problema de si las razones que hacen válida y justa una norma son las razones del interés general dentro del concreto Estado en que se legisla (legislación en la que democráticamente participan todos los ciudadanos *de ese* Estado) o si esa justicia ha de tener alcance universal, de modo que no pueda verse como justo y válido el derecho de un Estado que en interés de sus ciudadanos explote o discrimine a los ciudadanos de otros Estados, ciudadanos que no participan en el proceso legislativo. Una norma habrá sido democráticamente aprobada cuando *todos* los ciudadanos de ese Estado hayan podido participar en su elaboración o puedan estar de acuerdo con su contenido, por expresar el interés general dentro de *ese* Estado. Y según Habermas, lo que se asume en el discurso moral, universalista, es que «una norma sólo es justa si *todos* pueden querer que esa norma sea seguida por cada uno en situaciones similares», por lo que se puede decir que «en el discurso moral se alarga la perspectiva etnocéntrica de un determinado colectivo a la perspectiva abarcadora de una comunidad de comunicación ilimitada, cuyos miembros se colocan en la situación y la comprensión del mundo y de sí mismo propia de cada uno y practican una asunción ideal de roles» (200). Pero es evidente que en esos dos supuestos el «todos» que hemos respectivamente subrayado tiene alcance distinto. Y el problema que aquí se plantea es si se debe considerar ilegítima e inválida por injusta una norma que cuente con el asentimiento libre y reflexivo de todos los ciudadanos de un Estado pero que (por ejemplo por versar sobre intereses enfrentados entre Estados) en ningún caso pueda contar con el respaldo general, al margen de fronteras, que exige el discurso moral. Si se afirma que el discurso moral prevalece,

la salida más lógica para esta teoría sería entender que la restricción del proceder democrático al seno de cada uno de los Estados choca con el principio de universalidad que convierte en racionales y justas las normas. Si, por contra, se entiende que la norma estatal es válida, aunque no sea universalizable por no poder gozar de un hipotético consenso universal, el principio democrático perdería el fundamento universalista que la ética discursiva pretende proporcionarle.

Habermas trata, una vez más, de salvar el dilema con una salida intermedia: los resultados del discurso ético-político «deben ser al menos compatibles con los postulados morales», de modo que, diríamos nosotros, una resolución estatal discriminatoria con otros Estados o ciudadanos (por ejemplo, de carácter racista) sería rechazable en su validez aunque fuera democráticamente creada. En el discurso moral se exige dejar de lado todo contexto normativo contingente; la voluntad que se exige es una voluntad autónoma que se determina racionalmente, al margen de intereses o valoraciones ligados a un marco dado, por encima de las formas de vida y las tradiciones forjadoras de identidades sociales.

La cuestión reaparece en un capítulo posterior cuando Habermas contrapone su concepción discursiva de la democracia a las ideas comunitaristas. La diferencia estribaría en que para los comunitaristas la cuestión de la legitimidad de las normas se limita al aspecto ético, sin dejar presencia para la dimensión universalista del discurso moral. Es decir, lo que legitima a las normas de una comunidad, desde ese punto de vista, es que sean las normas mejores para regirla con arreglo al criterio autoidentificatorio de esa comunidad, a sus señas de identidad, a sus tradiciones e intereses. Frente a esa postura, señala Habermas la prioridad del discurso moral dentro de la formación democrática de la voluntad que legitima las leyes: «*preferencia* tiene la cuestión de cómo una materia puede ser regulada en igual interés de todos. La creación de normas está primariamente bajo el punto de vista de la justicia y se mide por principios que dicen que es igualmente bueno para todos. A diferencia de las cuestiones éticas, las cuestiones de justicia no quedan referidas a un determinado colectivo y su forma de vida. El derecho políticamente establecido en una concreta comunidad jurídica debe, si ha de ser legítimo, al menos estar en consonancia con postulados morales que pretenden validez también más allá de la comunidad jurídica». Y finaliza Habermas este razonamiento proponiendo una vez más una síntesis entre contrarios que se nos antoja un tanto artificiosa: «Lo que el modo deliberativo de la praxis legislativa ha de procurar no es sólo la validez ética de las leyes. Más bien se puede comprender la compleja pretensión de validez de las normas jurídicas como la pretensión de, por un lado, tomar en cuenta en relación con el bien común

los intereses parciales que se defienden estratégicamente y, por otro lado, buscar principios universalistas de justicia en el horizonte de una determinada forma de vida imbuida de constelaciones valorativas particulares» (344).

Y se ayuda Habermas, para salir del dilema, de una diferenciación de las materias sobre las que puede versar cada uno de esos discursos, regidos por lógicas distintas, contextual la una y universalista la otra. Son supuestos de discurso moral en el derecho los referidos a cuestiones penales como el aborto o la prescripción de los delitos, de derecho procesal, como la prohibición de ciertos medios de prueba, o cuestiones de política social, derecho fiscal, organización del sistema de sanidad o de enseñanza, etc., que afectan a la distribución de la riqueza social o a las oportunidades vitales. En cambio, son cuestiones éticas (para las que no se requiere ese discurso moral al que subyace un «test de generalización», sino un discurso relativo a «procesos de autocomprensión colectiva» dentro de una determinada *Lebensform*) las relativas a asuntos como los ecológicos relacionados con la protección del medio o los animales, la planificación del tráfico y del urbanismo, las cuestiones de política de inmigración, de protección de minorías culturales o étnicas, etc. (204). El comentario que a propósito de esta enumeración se nos ocurre es que resulta un tanto complicado comprender su lógica interna, entender, por ejemplo, por qué los problemas ecológicos o de inmigración requieren un discurso menos exigente en cuanto a las condiciones de aceptabilidad de sus resultados que el relativo a la fijación del plazo de prescripción de los delitos.

La legitimación del derecho sobre la base de que constituye la institucionalización de los procedimientos del discurso racional, le sirve también a Habermas para explicar la superioridad de la Constitución sobre la ley. Se debe a que es en la Constitución donde se establece el procedimiento discursivo de producción de la ley.

Seguidamente extiende Habermas su teoría jurídica al discurso de aplicación del derecho. Aquí la tensión entre facticidad y validez se manifiesta como tensión entre seguridad jurídica y búsqueda de la justicia para las decisiones. Como argumento en favor de la sumisión a las normas jurídicas manifiesta Habermas no sólo el de la seguridad jurídica. Cuando, además, esas normas son legítimas, es decir, fruto de la institucionalización del proceder discursivo racional, «*merecen* obediencia y deben en cada ocasión ser seguidas también en consideración a la propia ley» (242). Por todo lo dicho, afirma Habermas que las decisiones judiciales han de satisfacer simultáneamente un doble requisito: consistencia con el ordenamiento y aceptabilidad racional (243). Acoge la distinción entre justificación interna y externa y explica que «el problema de la racionalidad de la

jurisprudencia consiste en cómo puede la aplicación de un derecho contingentemente surgido ser realizada de modo internamente consistente y externamente fundada de modo racional, a fin de garantizar simultáneamente *seguridad jurídica* y *justicia*» (244).

Se requiere, por tanto, que las decisiones judiciales se basen en normas legítimas y que, al mismo tiempo, estén racionalmente justificadas para el caso. Nuevamente encontramos a Habermas sumergido en una de las sempiternas alternativas de la filosofía jurídica, en este caso el dilema entre generalidad de la norma y justicia del caso. Y antes incluso de desarrollar la salida que para el dilema nos propone, podemos adelantar una posible objeción a su planteamiento. ¿No se puede entender que la pretensión de legitimidad queda agotada en la norma positiva democráticamente creada, de modo que nunca se pueda considerar legítimo el apartamiento por el juez del tenor de la norma positiva, sea cual sea el argumento que utilice para justificar esa desviación, y dado que el juez carece de legitimación democrática? ¿No habría que limitarse a entender que el discurso del juez ha de poseer únicamente lo que podríamos llamar una racionalidad residual, es decir, operante tan sólo dentro del margen dejado por el tenor literal de las normas positivas? Esto equivale a hacer prevalecer, en cuanto al discurso del juez, el elemento de seguridad jurídica sobre el elemento de aceptabilidad racional de la decisión en sí, lo cual no constituye una merma de la racionalidad global cuando se trate de la aplicación de normas positivas de origen democrático y discursivo: esa consistencia de la decisión judicial con el ordenamiento, con las normas positivas, no sería sino sumisión a las decisiones discursivamente fundadas y, por tanto, racionales; además, esto evita lo que podríamos llamar conflicto de racionalidades: el conflicto entre la racionalidad discursiva de la norma y la racionalidad del juez, conflicto que ha de resolverse en favor de la primera, pues mientras la norma legal democrática es fruto de la efectiva articulación de la racionalidad comunicativa como racionalidad intersubjetiva, las valoraciones del juez, por mucho que se pretendan racionales y universalizables, no llevan el aval de ser resultado de un procedimiento discursivo efectivamente desenvuelto y, con ello, fruto del interés general y la neutralidad.

Para Habermas, que una norma sea «válida *prima facie*» significa únicamente que ha sido imparcialmente fundada y que su aplicación imparcial conduce a la decisión válida de un caso. Pero «la validez de la norma no garantiza aún su justicia en el caso particular» (266). A este propósito distingue Habermas, siguiendo a Klaus Günther, entre discurso fundamentador y discurso de aplicación de normas. El primero es el que sirve a la creación de las normas jurídicas válidas; en el discurso de aplicación, en cambio, «no se trata de

la validez, sino de la *adecuada referencia* de una norma a una *situación*» (267). Aquí es donde Habermas suscribe la *tesis de la única decisión correcta*. Ante cada situación sólo hay una decisión correcta, por mucho que puedan ser varias las normas aplicables o las interpretaciones que vengan al caso. La adecuada ponderación discursiva de la situación y sus pormenores servirá para concretar la norma que mejor encaje en esa situación. Ciertamente el juez está vinculado a las normas jurídicas y, en cuanto éstas son legítimas, queda liberado de plantearse cuestiones relativas a su fundamentación, es decir, no es el discurso fundamentador el que aquí entra en juego. Pero, según Günther y Habermas, los jueces no pueden evitar el «juicio reconstructivo» de la norma ante la situación dada, juicio presidido por la idea de consistencia y sistema.

Se trata de evitar la imagen de que varias normas entran en conflicto y contradicción para un único caso o una misma situación. Esa colisión entre normas sólo puede evitarse en el presupuesto de que «todas las normas válidas forman, en última instancia, un sistema coherente que permite para cada situación de aplicación una única respuesta correcta» (285). Es la corrección de esa respuesta y, con ello, la de la decisión, la que se dirime en el discurso de aplicación. Ese discurso opera al mismo tiempo como garantía última de la coherencia del sistema jurídico puesto que, llegados a ese momento práctico y decisorio, vemos que no cabe ya que existan contradicciones entre normas: la correcta interpretación de la situación permitirá entender que *sólo una* única norma, y ninguna más, es la aplicable. Queda, con esa visión del sistema, excluida la existencia de normas contradictorias, es decir, de contradicciones dentro del sistema. Y ello porque se entiende que el proceso de concreción de las normas ante cada caso y situación de forma parte de la conformación última de esas normas y ese sistema, de modo que la clave estará, por ejemplo, en que nunca un caso se va a resolver contradictoriamente, es decir, aplicando simultáneamente normas que se contradicen. Las normas serán lo que digan para cada caso, y entre normas *prima facie* contradictorias, sólo una se entenderá aplicable y concretada para esa situación, por lo que, a fin de cuentas, el sistema no contiene contradicciones.

Esa división del discurso jurídico en fundamentador y de aplicación es la que sirve también a Habermas para criticar la tesis de Alexy de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Según Habermas, equiparar todo discurso jurídico, incluida la argumentación tendente a la aplicación del derecho, al discurso práctico general, equivale a entender que en la aplicación de las normas sigue abierta la cuestión de la fundamentación o racionalidad de las mismas, mientras que el modelo de discurso jurídico

que Günther y Habermas proponen permite descargar al juez de los problemas de fundamentación de la norma que aplica. La racionalidad de su decisión ya no dependerá del fundamento racional de esa norma, cuestión que ya estará resuelta en un discurso distinto y anterior, sino de la interpretación discursiva de la situación y de la concreción de la norma más apta, que será la norma de ese preciso caso. La diferencia principal con Alexy posiblemente estribe en que éste descarta la tesis de la única respuesta correcta y entiende que el procedimiento discursivo racional sirve únicamente a los efectos de excluir las decisiones incorrectas por irracionales.

Recalca Habermas que esa búsqueda por el juez de la respuesta correcta ha de acontecer de modo discursivo y, por tanto, intersubjetivo. Y la teoría del discurso hace depender la aceptabilidad de la decisión «no de la calidad de los argumentos, sino de la estructura del proceso argumentativo» (277). El juez, dice Habermas, ha de concebir su labor de «interpretación constructiva» como una «empresa colectiva» que se desarrolla sobre el trasfondo de la comunicación pública entre los ciudadanos (274), actuando en cada tiempo «los estándars acreditados en la profesión» como garantía de la objetividad y aceptabilidad intersubjetiva del juicio (275). No se excluye la falibilidad de las razones disponibles y aceptadas en cada momento, pero la argumentación lleva a resultados correctos «cuando las razones se condensan, sobre el horizonte de asunciones de fondo que permanecen incuestionadas, en un todo coherente que permite que recaiga un acuerdo libre de coacción en tomo a la aceptabilidad de la pretensión de validez que se discute» (278).

Ante la posible objeción que haga referencia a un eventual daño para la seguridad jurídica como consecuencia de ese relevante papel del juez, puntualiza Habermas que su teoría conduce a una manera distinta de entender tal valor. Se tratará de una seguridad jurídica dependiente del procedimiento. Para los sujetos la seguridad jurídica deriva de la institucionalización como proceso jurídico de un procedimiento discursivo que permita a cada afectado exponer las razones relevantes y sólo las razones relevantes de cara a la aclaración de los hechos y el derecho (270). De ahí la importancia del derecho procesal, el cual asegura el marco temporal, social y objetivo para el desarrollo libre de un proceso comunicativo que sigue la lógica del discurso de aplicación.

Habermas lleva sus consideraciones metodológicas a la jurisprudencia constitucional y se plantea el debatido tema de cuál es su papel en el ordenamiento jurídico y en qué medida suplantan o complementan estos tribunales al legislador. Quiere Habermas salvar el esquema de la separación de poderes y mostrar que, frente a la posible dimensión creativa de derecho de las cortes constitucionales, la

única fuente de legitimidad para el derecho proviene de su creación por un poder legislativo de base democrática. «Puesto que la praxis decisoria de los jueces está sometida a la ley y al derecho, la racionalidad de la jurisprudencia remite a la legitimidad del derecho válido. Ésta -continúa Habermas- depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo que, bajo las condiciones de la división jurídico-estatal de poderes, no queda a disposición de los órganos de la aplicación jurídica» (292).

Al referirse, con esas premisas, a la labor de los tribunales constitucionales, se concentra Habermas en su misión de defensa de los derechos fundamentales. La clave estará en este caso en el estatuto que se atribuya a las declaraciones constitucionales en que tales derechos se formulan, pues, según se conciban como auténticas normas jurídicas o como valores, cambiará el papel y la función del tribunal constitucional que los aplica. La tesis de Habermas sera que los derechos fundamentales son principios que, a efectos de su aplicación, en nada se diferencian de cualesquiera otras normas jurídicas. Niega que se trate de valores, ya sea en el sentido en que entiende los valores de la ética material de valores, seguida por cierta jurisprudencia constitucional alemana, ya en el sentido de los mandatos de optimización de que habla Alexy.

¿En qué consiste la diferencia, según Habermas, entre principios, entendidos como normas y valores? Las normas tienen carácter deontológico; son válidas o inválidas y obligan o no obligan, sin grados intermedios ni excepción, y no pueden entrar en conflicto entre sí para un mismo caso, de modo que cada una se aplique hasta cierto punto o en cierta medida; forman un sistema coherente. Por contra, los valores tienen sentido teleológico; no rigen de modo absoluto e incondicionado, sino relativo; indican preferencias compartidas y la prioridad de ciertos bienes en determinado grupo o colectivo, bienes que se hacen objeto de acciones finalísticas y que pueden ser objeto de prioridad o consecución en medida variable; los valores se contradicen y compiten entre sí por la preeminencia en cada caso y queda a quien decide la función de precisar esa preferencia en cada ocasión. Esta concepción de los principios como normas que sólo pueden ser válidas o inválidas, no válidas en medida variable y relativa, que obligan de modo absoluto, como cualquier otra norma, es posible debido al concepto de norma jurídica que maneja Habermas y que reseñé en páginas anteriores. Las normas que forman parte de un sistema que sólo en la aplicación a los casos se perfila y se perfecciona definitivamente, de modo que las normas sólo hallan su lugar en el sistema a la luz de cada situación, según que se apliquen a él o no se apliquen. «Distintas normas no pueden contradecirse entre sí cuando pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; han de integrar un

todo coherente, es decir, formar un sistema. Distintos valores compiten por la preferencia; en la medida en que encuentran reconocimiento intersubjetivo en una cultura o una forma de vida, forman una configuración flexible y con abundantes tensiones» (311).

Varía totalmente la imagen de los derechos fundamentales según se entiendan, en ese sentido, como normas o valores, en ese sentido. «Como normas, regulan una materia en igual interés de todos; como valores, forman, en la configuración con otros valores, un orden simbólico en el que expresan la identidad y la forma de vida de una comunidad jurídica particular» (312). Concebir los derechos fundamentales de ese modo significa entender que el tribunal constitucional, al resolver los casos relativos a ellos, interpreta y aplica normas y realiza un supuesto más del discurso de aplicación, sin invadir el discurso fundamentador y la actividad legislativa. La Constitución no se disuelve en un orden de valores para cuya fijación el tribunal constitucional tenga la última palabra. No se trataría de ponderar o sopesar valores, sino de aplicar la norma que mejor se adapte a la situación que se enjuicia. La doctrina metodológica de Habermas y Günther despliega aquí su virtualidad. En caso de conflicto entre dos principios, así vistos como normas, no se trata de decidir en qué medida el respectivo valor puede realizarse, sino de «hallar, de entre las normas *prima facie* aplicables, aquella que mejor se adecue a una situación de aplicación descrita del modo más completo y bajo todos los puntos de vista relevantes» (317).

Sumando las consideraciones de Habermas referentes a la legitimación discursiva y procedimental de las normas jurídicas y su teoría del discurso de aplicación de las mismas, resulta también su tesis sobre el modo más adecuado de explicar la función de los tribunales constitucionales. Puesto que «sólo las *condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes* aseguran la legitimidad del derecho establecido» (320), los tribunales constitucionales han de velar por el sistema de derechos que es fundamento y condición de posibilidad de la efectividad de ese procedimiento discursivo de creación del derecho. «El tribunal constitucional debe salvaguardar aquel sistema de derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos del Estado (...). Por ello, el tribunal constitucional ha de examinar los contenidos de las normas discutidas por referencia a los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso legislativo democrático» (321). Es ese modo procedimental de concebir hasta la misma Constitución el que presta a la jurisprudencia constitucional su legitimación democrática. Y, dentro de ese marco, justifica Habermas un fuerte activismo de los tribunales constitucionales: «Cuando se concibe la Constitución como interpretación y conformación de un sistema de derechos que hace valer la

interna conexión entre autonomía privada y pública, no será dañosa, sino que puede incluso venir normativamente exigida, una jurisprudencia constitucional ofensiva en casos en los que se trate de la imposición del procedimiento democrático y de la forma deliberativa en la formación de la opinión y voluntad políticas» (340).

El paso siguiente al que se ve abocada esta teoría de Habermas consiste en proporcionar una teoría de la democracia. Aquí está una de las tesis fundamentales que Habermas viene repitiendo, la idea de que el procedimiento democrático del moderno Estado de Derecho equivale a la institucionalización, bajo forma y garantía jurídica, de las exigencias de la razón práctica idealmente inmanentes a la praxis comunicativa que posibilita la existencia social. De ahí que las resoluciones democráticas vayan avaladas por una «presunción de racionalidad» (368), resultante de ser el proceder democrático reflejo de la racionalidad discursiva.

Habermas es consciente del riesgo de que sus tesis se tilden de «confusión esencialista» (392), esto es, que se interprete que todo acuerdo democrático que en una sociedad y un momento dados se tome significa la realización de una racionalidad intemporal y perfecta. Y puntualiza que no es lo mismo la presuposición en toda acción comunicativa de una comunidad ideal de entendimiento, que pensar que ya es ideal y racional la comunidad efectiva en que acontece el concreto entendimiento, el acuerdo democrático de que se trate. Ese presupuesto es un «presupuesto contrafáctico» (392) que hace que las pretensiones de validez «trasciendan» la «provincialidad» del contexto particular en que inevitablemente se plantean (392). Que se presuponga contrafácticamente en el actuar comunicativo esa comunidad ideal no significa que sean accesibles a los interlocutores sus precisos perfiles como término con el que comparar o medir un discurso o el acuerdo real. Lo único que cabe es la realización teórica de un «experimento intelectual», de una «ficción metódica» con la que se comprueba cuáles son en su configuración total e ideal esos presupuesto del entendimiento comunicativo y que, si se dieran plenamente, conllevarían la resolución de todo conflicto sin poder ni violencia y sin derecho (392-393).

Alcanzamos con lo anterior otro de los puntos difíciles de la construcción de Habermas. Esta cuestión del experimento mental plantea la dificultad de entender cómo le es posible al «experimentador» ponerse en el lugar del «observador ideal» si no puede dejar de estar en un determinado contexto que condiciona su comprensión, incluso su comprensión de cuáles pueden ser los presupuesto ideales de la comunicación. Es la pregunta de si no cabe que, por ejemplo, en una sociedad esclavista un sujeto se plantee los presupuestos ideales de la comunicación y los conciba como comunicación entre

personas, al mismo tiempo que excluye de esa condición de persona, y por tanto de partícipe en la verdadera comunicación, a los esclavos. Y yendo a un problema más actual, podemos plantearnos la compatibilidad de esos presupuestos con la existencia de fronteras nacionales, que el propio Habermas asume. ¿No supone la configuración de la sociedad ideal en la que los presupuestos de la comunicación se realicen plenamente, con su necesario alcance universalista, una sociedad sin Estados, sin fronteras, un solo ordenamiento jurídico y no ordenamientos que, por distintos, pueden estar enfrentados? En esa sociedad ideal el único medio de «autoorganización» es «el entendimiento discursivo», «sin la adición de la política y el derecho» (393). Y si el derecho existe en nuestras sociedades por causa de que no es posible ese pleno entendimiento como dirimente de los conflictos, ¿hasta qué punto tiene sentido y no es contradictorio entender que el derecho se legitima discursivamente, que puede ser fuerza legítima por estar discursivamente consentidos sus contenidos? De darse ese acuerdo ¿no sería superfluo el derecho? Si el derecho existe porque ese entendimiento perfecto no es alcanzable, ¿cómo puede ser el mecanismo legitimatorio del derecho un entendimiento que no es posible y que, precisamente por no serlo, justifica la existencia del derecho? ¿Tiene sentido legitimar el derecho mediante la remisión a una pretensión cuya imposibilidad explica la existencia misma de lo jurídico[2]?

Habermas hace constar que ese experimento mental no puede privar al discurso de su «situatividad en contextos del mundo de la vida» (393). Parece que afirma que las normas, formas de vida, etc., operantes en una sociedad no se pueden equiparar a compulsiones o fuerza, desde el momento en que pueden cuestionarse expresamente en su validez y dejan operar así un discurso capaz de trascenderlas. ¿Pero hasta qué punto ese cuestionamiento posible no es también inmanente a una forma de vida u organización que hace uso de él no para trascenderse, sino como una forma de perpetuarse jugando ese

[2] Nuevamente trata Habermas de salir del dilema mediante la síntesis de los contrarios: ninguna sociedad compleja puede, ni bajo las condiciones más favorables, realizar el modelo de la pura socialización comunicativa, exenta de coacción, es decir, corresponderse plenamente con los presupuestos o condiciones de posibilidad de la comunicación que hace toda sociedad posible. Pero, en cuanto ese modelo idealmente presupuesto contiene la idea de una sociedad perfectamente autoorganizada, sin poder ni derecho, sus caracteres se proyectan en la sociedad democrática bajo la forma de un derecho que «incorpora» aquellos momentos de socialización comunicativa (396-397). ¿No es esto como hablar de un derecho que incorpora el no derecho o de la institucionalización bajo forma jurídica y, por tanto, coactiva, de un modo de entendimiento que excluye la coacción y que sólo podría darse con plenitud allí donde el derecho no existiera?

juego, que es su juego, y no el juego de una razón abstracta, universal, intemporal o necesaria?

La importancia de la democracia conlleva el importante papel que Habermas asigna también a las ideas de esfera política pública[3] y sociedad civil[4], a fin de que sistemas funcionales como la economía o el poder administrativo no se apropien de los mecanismos de dirección política de la comunidad, sino que sigan sometidos a la voluntad social que se expresa en el derecho. Desde la sociedad civil la percepción y las opiniones sociales se proyectan sobre la esfera pública y en ésta se condensan como opiniones que buscan cauce político e influyen en la formación de la voluntad política mediante los procedimiento democráticos. Y en ciertos momentos de crisis y transformación social el último recurso como modo de expresión frente al orden establecido y manifestación de la necesidad de nuevos pasos hacia una mejor realización de los derechos, consiste en actos de desobediencia civil. Esta se justifica «sobre la base de un *entendimiento dinámico* de la Constitución como proyecto inacabado» (464). El mismo Estado de Derecho, para Habermas, es un proceso, siempre necesitado de revisión, para interpretar y realizar cada vez más perfectamente, bajo nuevas circunstancias, el sistema de derechos. Y también las constituciones llevan en su misma esencia la tensión entre el componente moral y universalista que basa la legitimidad de todo derecho, y su concreta ubicación en una época y una sociedad dadas: «las constituciones históricas se pueden entender como interpretaciones de una y la *misma* praxis -la praxis de autodeterminación de ciudadanos libres e iguales; pero, como toda praxis, también ésta se halla situada en la historia» (467).

Culmina Habermas su obra describiendo el nuevo paradigma jurídico que con su teoría se propone. Entiende por paradigmas jurídicos distintos modos de realizarse el sistema de derechos y los principios del Estado de Derecho. Un paradigma jurídico explica «de qué manera se conciben y se deben tratar los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales a fin de que puedan cumplir, en un contexto dado, la función que normativamente se les adscribe» (238). Dentro de un paradigma jurídico compartido en una sociedad, el juez se ve descargado de una parte de las decisiones de

---

[3] «Un entramado de comunicaciones de contenidos y posturas, es decir, de *opiniones*», en el cual «los flujos de comunicación son filtrados y sintetizados de tal modo que se condensan como opiniones *publicas engarzadas por temas específicos*» (436).

[4] «La sociedad civil se compone de aquellas asociaciones, organizaciones y movimientos más o menos espontáneamente surgidos y que asumen, condensan y proyectan con eco reforzado sobre la esfera política pública la resonancia que los problemas sociales encuentran en los ámbitos de la vida privada» (444).

fondo y aumenta la previsibilidad para las partes. En el derecho formal burgués y el del derecho materializado, propio del Estado social. Frente a ellos, Habermas propone el paradigma jurídico procedimental o discursivo. El paradigma liberal adolece de descuidar las condiciones que hacen viable la autonomía privada. Esas condiciones las atiende el paradigma del derecho material, que busca condiciones de justicia social aptas para asegurar los mínimos vitales requeridos para un ejercicio efectivo de la autonomía por los sujetos. Pero este paradigma tiene, a su vez, los defectos del paternalismo, pues desactiva la esfera política mediante medidas que surten un efecto desmotivador de la participación y disolutivo de las interrelaciones sociales.

El paradigma procedimental resalta la interrelación ineludible entre autonomía pública y privada: sólo sobre la base de la autonomía privada es posible la autonomía pública de los individuos, la autoorganización social; a su vez, sólo ese autogobierno pone las condiciones para que cada cual pueda ser privadamente autónomo. «El derecho legítimo -dice Habermas- cierra el círculo entre, por un lado la autonomía privada de sus destinatarios, tratados de modo igual, y, por otro, la autonomía pública de los ciudadanos que, como autores con igual derecho del ordenamiento jurídico, han de decidir (en última instancia) sobre los criterios de la igualdad de trato» (500). Intenta Habermas con su nuevo paradigma salvar los otros dos paradigmas, el liberal y el del derecho material. «Un programa jurídico se muestra como discriminatorio cuando es insensible frente a las consecuencias limitadoras de la libertad que tienen las desigualdades fácticas; es paternalista cuando es insensible frente a las consecuencias limitadoras de la libertad que conlleva la compensación estatal de aquellas desigualdades» (503).

Finaliza afirmando que el paradigma comunicativo del derecho no prejuzga un modelo determinado de sociedad o de vida buena y queda sometido a discusión, bajo las condiciones que él mismo establece. Únicamente su núcleo es dogmático: «la idea de autonomía, conforme a la cual los seres humanos sólo actúan como sujetos libres en la medida en que sólo obedecen aquellas leyes que se han dado a sí mismos según ideas intersubjetivamente adoptadas». Concluye la obra con esta frase: «en esta idea se expresa una tensión entre facticidad y validez, tensión que viene «dada» con el dato de la constitución lingüística de las formas de vida socio-culturales, es decir, que es irrebasable para nosotros que hemos formado nuestra identidad en una tal forma de vida» (537). Acaba, pues, el trabajo con un nuevo intento de salida para los dilemas a que hemos venido aludiendo: entre lo fundado para nosotros y lo fundado en general o en absoluto puede no haber coincidencia; pero, si se permite el juego de palabras, para nosotros lo fundado es lo fundado para nosotros.

No podemos conocer ni concebir otra cosa. Por eso las tesis de Habermas que acabamos de ver tal vez hayan de entenderse, más que como fundamentación del derecho, o del derecho moderno, como reconstrucción (tal como él mismo afirma en algún momento) del fundamento que se presupone en el derecho moderno y en la sociedad que lo ha originado. El problema que permanece es el de cómo conciliar, por un lado el cognitivismo general de Habermas y el apoyo de su teoría del discurso en los presupuestos inmanentes al uso del lenguaje en todo tiempo y lugar, con, por otro lado, el circunscribir la aplicación de esos postulados a un derecho moderno cuya racionalidad por esa vía se postula.

N O T A S

RESPUESTA A J. J. MORESO, P. E. NAVARRO Y M. C. REDONDO

Deseo comentar brevemente la sección II, «Decisión y justificación» del trabajo «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial» de los autores mencionados en el epígrafe. Aunque sólo puedo ocuparme aquí de esa sección, que concierne directamente a algunas tesis que he defendido en diferentes lugares, considero que el artículo es a la vez profundo e interesante y que merece una cuidadosa atención por parte de los iusfilósofos.

Por cierto que lo que interesa para el tema en discusión no es el sentido «puramente lógico» de justificación como derivación del contenido de una decisión de algún enunciado, sino el sentido de justificación como derivación de un enunciado válido, correcto, plausible o verdadero. Naturalmente que hay un sentido de «justificación» en el que la decisión de un juez de enviar a la cárcel a la persona está justificada si se muestra que su contenido proposicional deriva de los enunciados «todos los calvos deben ir a la cárcel» y «esta persona es calva»; nunca me he ocupado de este sentido de «justificación».

Me parece claro que en el sentido relevante de justificación no basta recurrir a una norma jurídica para justificar una decisión judicial, sino que, como sabemos desde Kelsen, esa norma jurídica debe ser asumida como válida. Del mismo modo, la justificación de una creencia no puede basarse en cualquier enunciado, sino en un enunciado asumido como verdadero. El sentido de «validez» que es relevante para esa justificación no puede depender solamente de (a) otras normas jurídicas, ni de (b) hechos, ni de (c) normas extra-sistemáticas que sean meramente presupuestas como hipótesis, ni de (d) normas que se refieran solamente a los intereses del hablante. Cada una de estas posibilidades falla como justificación aceptable en el discurso práctico intersubjetivo por un razón diferente en cada caso que he intentado explicar

oportunamente[1]. La justificación jurídica, o sea la justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez, de (a) normas, que sean (b) categóricamente aceptadas, (c) por su contenido, y que (d) pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Vale decir: normas morales. No es nada extraño que el concepto fuerte de justificación involucre normas morales cuando están en juego intereses en conflicto de diversas personas, ya que, según las reglas del discurso práctico, sólo el reconocimiento de una norma de la moral crítica conduce a una inconsistencia práctica con la realización de una acción que no se ajusta a ella. Yo puedo, en cambio, reconocer, en un sentido puramente descriptivo que no involucra esta dependencia de normas morales, a una norma jurídica y decidir en forma contraria a ella sin incurrir en ninguna inconsistencia práctica (así actuó, por ejemplo, la Corte Suprema argentina cuando en el caso «Timerman» ordenó a la Junta Militar que le permitiera al detenido salir del país, no obstante que el derecho a salir del país a los detenidos por estado de sitio estaba suspendido por esa Junta por una reforma constitucional reconocida como parte del derecho vigente[2]).

Es obvio que una norma jurídica puede ser identificada de muchos modos diferentes, dependiendo del concepto de «norma jurídica» que se emplee. La propuesta que hacen los autores en este artículo es posible, aunque no es muy interesante. He tratado de mostrar en otro lugar[3] que es más interesante seguir la sugerencia de Hart y Raz e identificar a las normas jurídicas no por el órgano que pudo haberlas dictado, sino por los órganos que las reconocen. En esta línea todavía es más interesante distinguir específicamente a las normas jurídicas no como todo enunciado normativo reconocido por un órgano primario, sino como aquellos reconocidos *por la razón de haber sido prescritos por una*

---

[1] Sobre todo en *El constructivismo ético*, Madrid, 1989.

[2] Es aconsejable emplear este ejemplo para advertir que la Corte sólo podría haber intentado justificar la decisión opuesta si se hubiera comprometido con la validez moral de la norma dictada por la Junta. No habría ni siquiera intentado esa justificación si (a) hubiera formulado esa norma sin pronunciarse meramente descriptivo de validez; (b) hubiera empleado un concepto meramente descriptivo de validez; (c) hubiera intentado derivar la validez como fuerza obligatoria de meros hechos, como el monopolio de la fuerza y el contar con una obediencia generalizada (como de hecho hizo en otras ocasiones); (d) hubiera intentado derivar la validez de la norma de una mera hipótesis normativa; (e) hubiera intentado derivar esa validez de una norma prudencial que contemplara sólo los intereses de los miembros de la Corte (en no ser, por ejemplo, echados).

[3] Ver *Introducción al análisis del derecho,* Ariel, Barcelona. 1991.

fuente dotada de autoridad (este concepto excluye como normas jurídicas, contrariamente a lo que los autores sugieren, a normas reconocidas solamente por su contenido). Ahora bien, este concepto de norma jurídica, que es todavía puramente descriptivo, alude sin embargo al hecho de que los órganos primarios incurren en un razonamiento por el que le asignan una autoridad (que no puede ser jurídica sino moral) a cierta fuente, comprueban que esa fuente ha emitido una prescripción, e infieren un cierto juicio, que es el que, desde el punto de vista externo es identificado como norma jurídica. Vale decir, aquí estamos empleando un concepto puramente descriptivo de norma jurídica que hace referencia a los juicios normativos que los jueces derivan de juicios morales que asignan legitimidad a ciertos órganos y de juicios que describen las prescripciones que esos jueces emiten (en la forma que Páramo ha hecho explícita en el texto citado por los autores). Dado que pueden considerarse como juicios morales a los juicios que se derivan de juicios de esa índole, este sentido descriptivo de «norma jurídica» hace referencia a un tipo especial de juicios morales sobre la base de los cuales los jueces justifican sus decisiones.

El tema de la fragmentación del razonamiento práctico es demasiado complicado como para tocarlo a fondo en esta breve nota. Sin embargo, quiero decir que no es sólo la tesis que los autores discuten la que «supone la existencia de una respuesta única a la pregunta acerca de las razones adecuadas». Que «no exist[e]n dos razones igualmente correctas (concluyentes) que justifiquen acciones diferentes» es supuesto, por lo menos en muchos casos[4] por *todos los seres humanos que actúan intencionalmente* y sólo negado verbalmente -no, por suerte, en sus actos- por unos pocos filósofos del derecho. Casi todos los demás filósofos consideran hoy día que este supuesto -como los igualmente problemáticos de que existen el mundo exterior, u objetos físicos, u otras mentes, o leyes de la naturaleza, o números- pueden legítimamente ser motivo de perplejidad y de esfuerzos denodados de fundamentación, pero su negación lisa y llana difícilmente pueda hacerse sin recurrir a presupuestos más débiles que él mismo. Los autores tienen derecho a no estar conformes con las respuestas que se han intentado dar a «este problema epistémico» -aunque personalmente debo confesar que me desanima que rechacen tan genéricamente todas las que se han dado, y que no mencionen en este lúcido artículo los defectos que encuentran en la que se ha

[4] Esta calificación toma en cuenta raros casos como aquellos en que se recurre al azar.

ensayado en el mismo texto que toman en cuenta en esta sección y que está vinculada a mi concepción de la justificación jurídica. Sin embargo, tienen menos derecho a suponer que ninguna se va a poder nunca dar, y que, por lo tanto, hay que contentarse, en la filosofía del derecho, con sentidos de «justificación» cuyas implicaciones pueden resumirse en el slogan: «todo vale, menos la contradicción».

CLASIFICAR ACCIONES. SOBRE LA CRÍTICA DE RAZ A LAS REGLAS CONSTITUTIVAS DE SEARLE

En su libro *Razón práctica y normas,* Joseph Raz critica la distinción trazada por Searle entre reglas regulativas y reglas constitutivas[1]. Esta distinción puede sintetizarse en las siguientes definiciones:

a) Las reglas regulativas regulan una conducta que puede ser descrita con independencia de la existencia de esa regla.

b) Las reglas constitutivas regulan una conducta que no podría ser descrita con independencia de esa regla y, por lo tanto, también constituyen esa conducta[2].

En opinión de Raz, dada la caracterizacización que Searle hace de uno y otro tipo de normas, todas las reglas serían, simultáneamente, regulativas y constitutivas[3]. Creo que Raz tiene razón si su afirmación se entiende en el sentido de que todas las normas (también las regulativas o normas de conducta) tienen alguna dimensión constitutiva, pero disiento de él si su afirmación implica que no hay ninguna diferencia entre la «fuerza constitutiva» de las reglas regulativas y la de las reglas constitutivas. Me parece que esta diferencia existe, aunque probablemente no sea lo suficientemente marcada como para poder trazar una línea divisoria tajante entre los dos tipos de normas. Para detectar esta diferencia conviene relacionar la polémica acerca de las reglas constitutivas con algunas cuestiones de teoría de la acción y tratar de determinar cómo inciden uno y otro

[1] Joseph Raz, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, trad. de Juan Ruiz Manero, págs. 124-128.

[2] John Searle, *Actos de habla*, Ed. Cátedra, 1980, pág. 43, G. H. Von Wright, *Norma y acción*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 26.

[3] Joseph Raz, *Razón práctica y normas*, pág. 126.

tipo de normas en nuestro proceso de individualización o descripción de acciones.

Comenzaré por resumir las consideraciones de Searle acerca de la distinción entre normas regulativas y normas constitutivas (1); expondré después la crítica de Raz (2) y, por último, trataré de reformular la distinción de forma que se aprecie de qué diferente manera «constituyen» acciones las reglas regulativas y las reglas constitutivas (3).

1. Un mundo que se duplica. Las reglas constitutivas según Searle

1.1. Searle no se ocupa de las reglas constitutivas con el genuino propósito de realizar una aportación a la teoría de las normas, sino con la intención de explicar ciertos interrogantes propios de la filosofía del lenguaje: «¿Cómo se relacionan las palabras con el mundo? ¿Cómo es posible que cuando un hablante está ante un oyente y emite una secuencia acústica ocurran cosas tan destacables como: el hablante quiere decir algo; el oyente comprende lo que se quiere decir; el hablante hace un enunciado, plantea una pregunta o da una orden? (...) ¿Cuál es la diferencia entre una sarta significativa de palabras y otra no significativa?»[4]. La respuesta que propone Searle para este tipo de interrogantes parte de la hipótesis de que «hablar un lenguaje es tomar parte en una forma de conducta (altamente compleja) gobernada por reglas»[5]; aquí es donde entran en juego las reglas constitutivas y su distinción frente a las reglas regulativas. Un acto de habla tiene el significado que tiene porque existen ciertas reglas constitutivas que determinan que tenga tal significado.

«Las reglas constitutivas -escribe Searle- no regulan meramente: crean o definen nuevas formas de conducta (...). Las reglas regulativas regulan una actividad preexistente, una actividad cuya existencia es lógicamente *independiente* de las reglas. Las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente *dependiente* de las reglas»[6]. La forma usual de las reglas regulativas es la de un imperativo: «Haz X» o «Si Y, haz X». La forma usual de las reglas constitutivas sería «X cuenta como Y» o «X cuenta como Y en el contexto C».

---

[4] John Searle, *Actos de habla,* pág. 13.

[5] John Searle, *Actos de habla,* pág. 22.

[6] John Searle, *Actos de habla,* págs. 43. El subrayado es mío. La caracterización de las reglas constitutivas de Searle es semejante a la de von Wright. Von Wright y Searle coinciden también en sostener que las reglas constitutivas, además de definir nuevas formas de conducta, las regulan.

Searle trata de aclarar su afirmación de que las reglas constitutivas crean nuevas formas de conducta. Esto -señala- podría entenderse en un sentido trivial, según el cual lo que estas reglas crean es la posibilidad de realizar una conducta conforme con ellas. En este sentido trivial, sin embargo, las reglas regulativas -y así lo reconoce Searle- también crearían formas nuevas de conducta. Por ejemplo, la regla según la cual se debe conducir por la derecha permite la acción de circular por la derecha conforme a la regla. Lo que Searle quiere decir cuando afirma que estas reglas crean la posibilidad de nuevas formas de conducta puede concretarse mejor teniendo en cuenta la distinción entre acción (en el sentido de una secuencia de movimientos corporales que da lugar a un cambio en el mundo) y descripción de la acción. Lo que las reglas constitutivas «crean» es la posibilidad de realizar acciones respecto de las cuales hay al menos una descripción que no sena posible si no existiera la regla. «Es posible -escribe Searle- que veintidós hombres puedan llevar a cabo los mismos movimientos físicos que realizan dos equipos en un partido de fútbol, pero si no hubiese reglas del fútbol, esto es, si no existiese con anterioridad el juego del fútbol, no habría ningún sentido en el que su conducta pudiese ser descrita como una instancia de jugar al fútbol»[7].

Este carácter constitutivo está relacionado con otra peculiaridad que, según Searle, presentan también las reglas constitutivas: su condición «casi tautológica».

> «Si nuestros paradigmas de reglas son reglas regulativas imperativas, tales reglas constitutivas no-imperativas probablemente nos sorprenderán como extremadamente curiosas, y difícilmente las reconoceremos incluso como reglas en absoluto. Obsérvese que tienen un carácter casi tautológico, pues lo que la «regla» parece ofrecer es parte de una definición de «jaque-mate» o de *touchdown*. El hecho de que, por ejemplo, se logre un jaque-mate en ajedrez de tal y tal manera puede aparecer bien como una regla, bien como una verdad analítica basada en el significado de «jaque-mate en ajedrez». El que tales enunciados puedan interpretarse como enunciados analíticos es una clave para el hecho de que la regla en cuestión es una regla constitutiva»[8].

---

[7] John Searle, *Actos de habla,* pág. 45. En el mismo lugar, Searle admite que algunas reglas regulativas dan lugar a observaciones o comentarios acerca de conductas que no podrían realizarse si estas normas no existieran. Por ejemplo, decir «Alfredo fue muy descortés anoche» no tendría sentido sin ciertas normas (regulativas) de cortesía. Pero, en su opinión, lo que estas regulaciones crean no son realmente nuevas descripciones, sino valoraciones.

[8] John Searle, *Actos de habla,* pág. 43. El carácter analítico de las reglas constitutivas es lo que permite que algunos autores las vinculen a (o incluso identifiquen)

A su vez, el carácter analítico de estas reglas tiene relación con la cuestión de su eficacia. Según Searle, no todas las reglas constitutivas tienen sanciones («¿Qué sanción tiene la regla de que el béisbol se juega con nueve hombres en cada equipo?[9]); aún más: en realidad, «ni siquiera es fácil ver cómo podría violarse la regla de lo que constituye el jaque mate en ajedrez, o el *touchdown* en fútbol americano»[10]. Cualquier desviación de las reglas de un juego no implica una violación de esas reglas, sino «salirse» del mismo, jugar a un juego distinto. Por lo tanto, en este sentido, la eficacia de las reglas constitutivas es «necesaria».

2.2. Algunos autores -por ejemplo, Guastini [11]-, entienden que la teoría de Searle crea una innecesaria «atmósfera metafísica», una atmósfera que nos conduce a un mundo que, mágicamente (a través del lenguaje), se «duplica». Searle, en efecto, asume en su teoría un compromiso ontológico que le lleva a admitir que en el mundo existen «hechos brutos» y «hechos institucionales». Son «hechos brutos» aquellos cuyo acontecer es independiente de las reglas, aunque pueden ser regulados por ellas, y «hechos institucionales» aquellos cuya existencia misma depende de las reglas constitutivas [12]. Pero este compromiso ontológico no viene asumido sólo por afirmar la existencia de reglas constitutivas junto a las reglas regulativas, sino por sostener además que los hechos institucionales no son reducibles a hechos brutos. «Cualquier periódico -escribe Searle- registra hechos del tipo siguiente: el señor Martínez ha contraído matrimonio con la señorita García; el Sporting ha vencido al Rayo por tres tantos a dos; a Pérez se le ha hallado convicto de robo; el Parlamento aprobó la investidura (...). No existe un conjunto simple de enunciados sobre propiedades físicas o psicológicas de estados de cosas al que sean reducibles los enunciados sobre hechos de este tipo»[13]. Y más adelante añade: «Las otras descripciones, las descripciones de los hechos brutos, pueden explicarse en términos de hechos institucionales. Pero los hechos institucionales pueden

---

las definiciones o reglas conceptuales (Eugenio Bulygin, «Sobre las normas de competencia», en *Análisis lógico y Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 485-498).

[9] John Searle, *Actos de habla,* pág. 50.

[10] John Searle, *Actos de habla,* pág. 50.

[11] Ricardo Guastini, «Teoría de las reglas constitutivas: Searle, Ross, Carcaterra», en *Alf Ross. Estudios en su homenaje,* Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1984, pág. 306.

[12] Sobre la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales, véase John Searle, *Actos de habla,* págs. 58-61.

[13] John Searle, *Actos de habla,* pág. 59.

explicarse solamente en términos de las reglas constitutivas subyacentes»[14]. Alf Ross también distingue entre estos dos tipos de reglas y entre actividades «naturales» e «instituciones», pero, como señala Guastini, «no sugiere en modo alguno que las actividades institucionales sean ontológicamente distintas de aquellas naturales. Las actividades institucionales son simplemente acciones a las cuales las reglas constitutivas confieren un significado; acciones que son «interpretadas» a través de reglas»[15].

2. Una crítica a las reglas constitutivas...

La crítica de Raz a la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas tiene como punto de partida el siguiente párrafo de Searle:

> «Donde la regla es puramente regulativa, la conducta que está de acuerdo con la regla podría recibir la misma descripción o especificación (la misma respuesta a la pregunta «¿qué hizo él?») exista o no la regla, con tal de que la descripción o la especificación no haga referencia explícita a la regla. Pero allí donde la regla (o sistema de reglas) es constitutiva(o), la conducta que está de acuerdo con la regla puede recibir especificaciones o descripciones que no podría recibir si la regla no existiese»[16].

La afirmación de que las reglas constitutivas crean nuevas formas de conducta debe entenderse -recordémoslo de nuevo- en el sentido de que lo que se crea es alguna clase nueva de acción o una nueva posibilidad de descripción de la conducta; esto es, debe entenderse que el cambio se produce en un nivel conceptual[17]. Esta facultad de las reglas constitutivas de crear nuevas formas de conducta es lo que, según Searle, distinguiría realmente las dos clases de normas. Estas no podrían diferenciarse sobre la base de que las normas regulativas

---

[14] John Searle, *Actos de habla,* pág. 61.

[15] Ricardo Guastini, «Teoría de las reglas constitutivas: Searle, Ross, Carcaterra», pág. 308.

[16] John Searle, *Actos de habla,* pág. 44.

[17] Conviene hacer aquí algunas estipulaciones terminológicas: Hablaré de «conducta» en el sentido de movimientos corporales. Asimilaré las expresiones «acción genérica» y «clases de acciones». A las acciones cuya existencia depende de reglas las llamaré acciones institucionales. A las acciones cuya existencia es independiente de reglas las llamaré acciones naturales. Forzando un poco las cosas, hablaré también de «descripciones naturales» y «descripciones institucionales», para referirme respectivamente a las descripciones de acciones naturales y a las descripciones de acciones institucionales.

tienen una dimensión -la regulativa- que las reglas constitutivas no tienen, porque estas últimas también regulan la conducta que constituyen[18].

Lo que Raz objeta a Searle es que, dada su caracterización de las reglas de uno y otro tipo, también las reglas regulativas tendrían una dimensión constitutiva y, por tanto, todas las reglas serían, simultáneamente, regulativas y constitutivas.

Supongamos -nos viene a decir Raz- que Mr. Jones es inspector de Hacienda, que debemos pagar 50 £ de impuesto sobre la renta y que uno puede prometer algo diciendo «yo prometo». Tengamos en cuenta «la norma que impone el impuesto sobre la renta» y la «regla acerca del prometer»[19]. Analicemos después los siguientes pares de descripciones:

1. (a) «Dar 50 £ a Mr. Jones».
   (b) «Pagar el impuesto sobre la renta».

2. (a) «Decir 'yo prometo'».
   (b) «Prometer».

Si no interpreto mal a Raz, su argumentación sería la siguiente: Tomemos la regla acerca del impuesto sobre la renta; ¿es una regla regulativa o una regla constitutiva? Según Raz, dada la caracterización de Searle de ambos tipos de reglas, se trataría tanto de una regla regulativa como de una regla constitutiva, porque podemos dar de la conducta conforme con ella tanto una descripción que es independiente de la existencia de la regla -1(a)- como una descripción que no sería posible sin la existencia de la regla -1(b)-. Lo mismo ocurre con la regla acerca del prometer: podemos dar de la conducta que está en conformidad con esta regla una descripción natural (independiente de la regla) -2(a)- o una descripción institucional (dependiente de la regla) -2(b)-. «Dado que para toda regla -concluye Raz- puede formularse un par semejante de descripciones de actos, todas las reglas son a la vez constitutivas y regulativas»[20].

---

[18] John Searle, *Actos de habla,* pág. 43.

[19] Joseph Raz, *Razón práctica y normas,* pág. 125. Raz, por cierto, no aclara si se refiere a la norma que prescribe pagar el impuesto sobre la renta, o a la regla que define el impuesto sobre la renta, o si las considera una misma; ni si se refiere a la regla acerca de qué se debe hacer para realizar una promesa, o a la regla según la cual las promesas deben ser cumplidas, o si las considera una misma.

[20] Joseph Raz, *Razón práctica y normas,* pág. 126. Raz se adelante a una posible objeción: «Decir 'yo prometo'» -sostendría el hipotético objetor- no basta para prometer algo; hay que decirlo con la intención de obligarse, de manera que la descripción correcta del acto sería «Decir 'yo prometo' con la intención de crear una obligación voluntaria», y podría decirse que esta descripción presupone una regla acerca de las promesa, con lo que 2(a) (o su versión corregida) no sería una descripción natural. Raz contesta a esta posible objeción de dos maneras: En primer lugar,

3. ...y una réplica que no lo es tanto

3.1. El párrafo de Searle -que he transcrito más arriba- en el que Raz basa su crítica es sumamente ambiguo. Entre las varias interpretaciones que me parece que pueden hacerse del mismo destacaré dos:

a) *Primera interpretación:* una regla es regulativa si la conducta realizada en conformidad con esa regla admite descripciones naturales y es constitutiva si la conducta realizada en conformidad con esa regla admite descripciones institucionales.
b) *Segunda interpretación:* una regla es regulativa si la conducta realizada en conformidad con esa regla sólo admite descripciones naturales y es constitutiva si, además, admite al menos una descripción institucional.

Las objeciones de Raz a Searle parecen indicar que Raz ha optado por la primera interpretación. Raz dice que todas las reglas serían regulativas y constitutivas, porque de la conducta en conformidad con cada una de ellas hay tanto descripciones naturales como descripciones institucionales. Si Raz optara por la segunda interpretación la conclusión de su argumentación sería que todas las reglas son constitutivas, porque de la conducta conforme con cada una de ellas se pueden dar descripciones naturales y, además, descripciones institucionales (ésta es la definición de regla constitutiva según la segunda interpretación). Pero lo que ocurre con esta interpretación no es menos grave para la distinción entre estos dos tipos de reglas: si todas las reglas son constitutivas, la distinción continúa careciendo de sentido.

Voy a proponer una tercera interpretación del párrafo de Searle:

c) *Tercera interpretación:* una regla es regulativa si la conducta realizada en conformidad con esa regla admite descripciones naturales y descripciones institucionales y es constitutiva si sólo admite descripciones institucionales.

Creo que esta interpretación sí que permite mantener -al menos en alguna medida, como se verá- la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas.

---

la descripción revisada del acto no presupone la existencia de la regla acerca del prometer, sino que presupone meramente la creencia del agente en que hay una regla tal»; en segundo lugar, «precisamente por las mismas razones, dar a Mr. Jones 50 £ no es un pago del impuesto sobre la renta salvo que se haga con la intención de pagar el impuesto sobre la renta».

3.2. Recordemos algunas cuestiones básicas de una teoría de la acción[21]. Cuando observamos la conducta de los demás lo que en realidad estamos observando son secuencias de movimientos corporales que dan lugar a ciertos cambios en el mundo. Inmediatamente «clasificamos» esta «materia prima», de acuerdo con diversos criterios, como una acción de uno u otro tipo. Este proceso de clasificación es también un proceso de interpretación de la conducta, de atribución de un sentido a lo que vemos que el agente está haciendo. Si no entendemos que está haciendo el agente que observamos, si no podemos interpretar su conducta, no podremos clasificarla adecuadamente y la describiremos de una manera «no interpretada», probablemente en términos de movimientos corporales, aunque no necesariamente (podemos decir, por ejemplo: «está haciendo algo parecido a..., pero no es eso exactamente»). Los criterios que utilizamos para interpretar las acciones son muy variados: del lado de la acción nos fijamos en sus requisitos causales, la intención del agente o las consecuencias de lo que ha hecho; de otro lado, la «comunidad de vida», el lenguaje, las normas sociales, morales, etc., ofrecen clases de acciones («saludar», «vestirse», «cometer homicidio») en las que subsumir los movimientos corporales que observamos. Este proceso de clasificación o interpretación nos permite distinguir entre *conducta no interpretada* y *conducta interpretada*, o entre *descripciones que no interpretan* y *descripciones que interpretan* la conducta, pero se trata de una distinción gradual, en el sentido de que hay grados distintos de interpretación de la conducta: «correr» está más cerca de ser una descripción no interpretativa que «batir el récord de los cien metros lisos», pero «poner un pie delante del otro a un ritmo elevado» está aún más cerca[22].

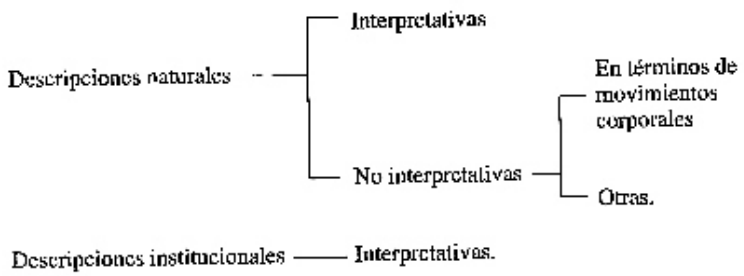
---

[21] Para una *introducción* a la teoría de la acción puede verse: Carlos S. Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana,* Eudeba, 1987; Jesús Mosterín, *Racionalidad y acción humana,* Alianza Universidad, 1987, capítulo 5 («La acción humana»); Carlos J. Moya, *The Philosophy of Action. An Introduction,* Polity Press, Cambridge, 1990; G. H. von Wright, *Norma y acción,* Ed. Tecnos, 1970, capítulo III («Acto y habilidad») y, del mismo autor, *Explicación y comprensión,* Alianza Universidad, 1980, capítulo 3 («Intencionalidad y explicación teleológica»).

[22] El límite, en el extremo de las descripciones no interpretativas, se encontraría en las acciones básicas: «Si acaso hay acciones -escribe Arthur Danto-, debe haber dos *tipos* distintos de acciones: las realizadas por un individuo H, de quien puede decirse que las *causó*, y aquellas acciones, también realizadas por H, de las que no puede decirse que él las causó. A estas últimas las designaré *acciones básicas*» (Arthur C. Danto, «Acciones básicas», Cuadernos de Crítica, 10, 1981, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM). En la teoría de von Wright una acción básica es aquella que el agente realiza «no por hacer alguna otra cosa, sino simple y directamente», esto es, aquellas «de las que no es verdad decir que se ejecutan mediante la realización de alguna otra cosa» (Von Wright, *Explicación y comprensión,* págs. 91 y 92). La acción de ventilar una habitación, por ejemplo, puede ser descrita como la acción de abrir una ventana, o como la acción de girar la

Una descripción que interpreta una conducta es, pues, una descripción que la clasifica. «Flexionar un dedo sobre un gatillo» es una descripción no interpretativa (o con un nivel bajo de interpretación: no nos dice mucho acerca de lo que un agente ha hecho). Clasificar una conducta como un tipo de movimiento corporal siempre es posible, pero es una clasificación muy poco esclarecedora y poco interesante, en la mayoría de los casos. Esa misma conducta podría ser clasificada o descrita de manera más llamativa a medida que tengamos más datos para interpretarla mejor: los movimientos corporales «flexionar un dedo sobre un gatillo» podrían ser interpretados como gastar una broma, como dar un susto, como una amenaza, quizá se trate de una venganza, acaso un asesinato, quién sabe si un crimen pasional, un asesinato político o incluso el inicio de una nueva guerra mundial.

Tenemos entonces dos «clasificaciones» de las descripciones de la conducta: la que distingue entre «descripciones naturales» y «descripciones institucionales» (según que la descripción sea proporcionada o no por una regla) y la que distingue entre «descripciones interpretativas» y «descripciones no interpretativas». Podemos combinar ambas clasificaciones, con el siguiente resultado:



Las descripciones institucionales son siempre descripciones interpretativas (no podemos describir una secuencia de movimientos corporales como «jugar al ajedrez» sin haberlos interpretado). Las descripciones naturales, en cambio, pueden ser interpretativas («pedir auxilio») o no interpretativas («agitar los brazos»); las descripciones en términos de movimientos corporales son «descripciones naturales no interpretativas». Obsérvese que las descripciones en términos de movimientos corporales están siempre disponibles para cualquier conducta (salvo la exclusivamente mental, que no estamos considerando).

---

manija de la ventana y empujar de una determinada manera, o de realizar ciertos movimientos con nuestro cuerpo. Pero este proceso de «redescripción» de una acción ha de tener un final. Éste es, precisamente, la acción básica.

3.3. Consideremos de nuevo los siguientes pares de descripciones:

1. (a) «Dar 50 £ a Mr. Jones».
   (b) «Pagar el impuesto sobre la renta».

2. (a) «Decir 'yo prometo'».
   (b) «Prometer».

Podemos suponer que detrás de cada par de descripciones hay una misma secuencia de movimientos corporales. Designaré 1 a los movimientos corporales que hay tras las descripciones 1(a) y 1(b), y 2 a los movimientos corporales que hay tras las descripciones 2(a) y 2(b).

Supongamos que no existe la regla acerca de los impuestos. En este caso, 1(b) -que es una descripción institucional- no estaría disponible como descripción de 1. 1(a) -que es una descripción natural interpretativa-, en cambio, sí sería una descripción disponible para tales movimientos corporales. No se trataría de la descripción de un pago de impuestos, pero es una descripción que entendemos. Aun sin la regla del impuesto sobre la renta podemos clasificar la conducta y dar de ella una descripción interpretativa, aunque no institucional. Por último, también podríamos contentamos con describir la conducta de una manera no interpretada, en términos de movimientos corporales.

Vayamos ahora con el otro par de descripciones. Sin la existencia de la regla de las promesas, 2(b) -que es una descripción institucional- no estaría disponible como descripción 2. 2(b) no tendría sentido. ¿Lo tendría 2(a)? Creo que tampoco. Decir «yo prometo», si no existe la regla de las promesas, es como decir «yo...», donde los puntos suspensivos son una secuencia de sonidos sin sentido. Más exactamente, el único significado del enunciado «Decir 'yo prometo'», si no existe la regla de las promesas, es «Emitir los sonidos /yo prometo/», que es prácticamente una descripción en términos de movimientos corporales, o, al menos, una descripción en un «nivel bajo de interpretación». Sin la regla de las promesas no podemos comprender el sentido de esos movimientos corporales. Sin la regla de las promesas, en definitiva, ni 2(a) ni 2(b) son descripciones satisfactorias. En este caso, no tenemos ni una descripción institucional ni una descripción natural interpretativa para los movimientos corporales que he llamado «2».

Veamos otros ejemplos. La norma que establece una sanción en caso de homicidio se considera una norma de conducta. Sin ella no podríamos hablar de la acción de «cometer un homicidio» (descripción institucional), pero podríamos hablar de la acción de «matar»

(descripción natural interpretativa). Aun sin la norma entenderíamos la conducta y tendríamos un buen arsenal conceptual para clasificarla. Además, podríamos dar de ella una descripción en términos de movimientos corporales. Vayamos ahora con una regla que se suela considerar constitutiva: por ejemplo, las reglas del ajedrez. ¿Qué ocurre con una descripción como «jugar al ajedrez»? Si queremos dar una descripción de esta actividad que sea totalmente independiente de las reglas del ajedrez tendremos que recurrir a descripciones en términos de movimientos corporales. No se me ocurre de qué otra manera podemos describir lo que vemos[23].

Me parece que si seguimos analizando otros ejemplos nos encontraremos con dos tipos de conducta conforme a una regla: aquella que puede ser descrita de una manera interpretada exista o no la regla en cuestión[24] y aquella que sólo puede ser descrita de una manera interpretada si existe la regla.

3.4. Si las anteriores consideraciones son acertadas, podríamos reformular la distinción entre reglas regulativas y reglas constitutivas de la manera siguiente:

Una regla es regulativa cuando la conducta conforme con ella puede ser descrita como una conducta no interpretada, como una acción natural interpretada o como una acción institucional. Una regla es constitutiva cuando la conducta conforme con ella sólo puede ser descrita como una conducta no interpretada o como una acción institucional[25].

Aparentemente ésta es una caracterización extraña de ambos tipos de reglas, porque los dos tienen carácter constitutivo (los dos dan lugar a descripciones institucionales). Lo que ocurre con esta caracterización es que la distinción se convierte en una cuestión de grado: en cierto sentido, las reglas constitutivas tienen más «fuerza constitutiva» porque «crean» acciones que, en caso de no existir tales reglas, no podrían ser descritas de manera interpretada. Las

---

[23] Otros casos parecen estar a mitad de camino entre la regla de los impuestos y la de las promesas. Consideremos la norma del testamento válido. Si tratamos de describir la acción «hacer testamento válido» con independencia de la regla podemos dar una descripción que consista en una conjunción de distintas acciones, cada una de las cuales puede tener algún sentido para nosotros: escribir, expresar nuestra voluntad delante de dos testigos, firmar... Pero no tenemos -con independencia de la regla- una «etiqueta», un nombre para la «acción conjunta»: sin esa norma, la clasificación tendría «un nivel de interpretación muy bajo», haría referencia a una conjunción de acciones cuyo significado conjunto se nos escaparía.

[24] Por otra parte, si esta acción puede ser interpretada de otra manera aunque no exista la regla que estamos asumiendo es porque existen otras reglas o prácticas (sociales, morales...) que configuran nuestros criterios de interpretación.

[25] Como ya hemos visto, una descripción no interpretativa siempre es posible.

reglas regulativas también «crean» acciones, pero esas acciones podrían ser descritas de una manera interpretada si no existiera esa regla. Dicho de otra manera: las reglas regulativas «reclasifican» acciones ya clasificadas. Las reglas constitutivas «clasifican» la conducta no clasificada previamente (o clasificada con un nivel bajo de interpretación), por no existir -al margen de la regla- posibilidad de hacerlo. Searle y von Wright están en lo cierto cuando afirman que las reglas constitutivas regulan acciones que no existirían sin la regla, en el sentido de que sin la regla no cabría clasificar la acción de ninguna manera adecuada. Sin embargo, cuando afirman que las normas de conducta regulan acciones cuya existencia es independiente de la regla, aunque están señalando en la dirección adecuada, van más lejos de lo que debieran: están apuntando al hecho de que los movimientos corporales se podrían clasificar de otra manera, pero la clase de acción (la acción genérica) constituida por la regla no subsistiría, y por tanto no podría haber acciones individuales (descripciones de acciones) de ese tipo.

La distinción no sólo es una cuestión de grado en el sentido de que las reglas constitutivas tienen más fuerza constitutiva que las reglas regulativas. También lo es en el sentido de que hay -como hemos visto- grados distintos de «interpretación» de la conducta, lo que puede hacer difícil determinar si una determinada norma es regulativa o constitutiva.

Quizá esta reformulación pueda explicar por qué nuestras intuiciones (creo que no sólo la mía) apuntan hacia la existencia de «alguna» diferencia entre estas supuestas clases de normas (o entre el carácter constitutivo de unas y otras). Pero, por otra parte, el resultado de mi propuesta puede ser descorazonador para aquél en quien estas intuiciones sean especialmente fuertes, porque muestra que la distinción (al menos desde esta perspectiva) no es tajante.

REFLEXIONES ACERCA DEL CONCEPTO DE TOLERANCIA

0) Introducción

El concepto de tolerancia es una de las cuestiones principales en las discusiones contemporáneas de ética normativa[1]. El Prof. Ernesto Garzón Valdés, en un estimulante artículo *«No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia»*[2], ha puesto de manifiesto los rasgos sobresalientes de la tolerancia y sus diferencias con otros conceptos similares. El propósito de este trabajo es destacar la necesidad de reformular algunos puntos de su exposición a los efectos de construir un concepto útil para comprender y evaluar determinados comportamientos e instituciones sociales. En este sentido, no pretendo desarrollar un enfoque alternativo al de Garzón Valdés, sino, por el contrario, aprovechar y profundizar sus ideas y argumentos.

1. Concepto de Tolerancia

Según Garzón Valdés, la tolerancia es una propiedad disposicional, que se manifiesta en determinadas circunstancias denominadas «circunstancias de tolerancia». *Una* manera de analizar al concepto de tolerancia es tratar de establecer las condiciones veritativas de un enunciado en el que se predique esta propiedad. Para ello, los enunciados

---

[1] Cfr. Bollinger, Lee: *The Tolerant Society,* Oxford UP, New York-Oxford, 1986.

Bollinger, Lee: «The Tolerant Society: A Response to Critics» en *Columbia L. R.,* vol. 90, n.º 4, 1990 (incluye un apéndice con bibliografía específica).

[2] Garzón Valdés, Ernesto: «No pongas tus sucias manos sobre Mozart. Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia», en *Claves de Razón Práctica,* n.º 19, págs. 16-23, 1992.

de tolerancia pueden representarse mediante la siguiente relación triádica:

(ET) $aTbX_{c,\ t1...tn}$

En este esquema «a» simboliza el sujeto tolerante, «b» el sujeto que realiza el acto o actividad tolerada y «X» es el objeto de la tolerancia. Los subíndices «c» y «tl...tn» representan el momento de ejecución de los actos de tolerancia y las circunstancias de tolerancia. Para la verdad de un enunciado de tolerancia es necesaria la conjunción de tres condiciones relativas al sujeto tolerante, que definen a las circunstancias de tolerancia[3]:

a) competencia para determinar el «status» deóntico del objeto de tolerancia,
b) tendencia a prohibir el objeto de tolerancia,
c) ponderación de argumentos a favor de la permisión o prohibición del objeto de tolerancia.

2. Tolerancia y Sistema Normativo

El «status» deóntico de una acción X es relativo a un determinado sistema normativo. Una acción puede estar permitida en un sistema Sb y estar prohibida en un sistema Sj. Por ello, Garzón Valdés afirma[4]:

«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 parte, 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».

El sistema normativo básico (en adelante, Sb) y el sistema normativo justificante (en adelante Sj) intersectan, en determinadas circunstancias, en la regulación de un determinado conjunto de acciones que son objeto de tolerancia. Para establecer la verdad de un enunciado de tolerancia es necesario explicitar dos cuestiones:

---

[3] Garzón Valdés, Ernesto, *ob. cit. en nota 2*, pág. 16.
[4] Garzón Valdés, Ernesto, *ob. cit. en nota 2*, pág. 18 y 19.

A) *resultado del acto de tolerancia*. Un acto se define por su resultado[5]. Por tanto, si el sujeto *a* no produce el estado de cosas que define la acción de tolerar, entonces el enunciado es falso. Por tanto, podría afirmarse que si es verdad que (aTbX), entonces *a* se abstiene de prohibir X o deroga la prohibición de X[6].

B) *relaciones entre Sb y Sj*. Las relaciones entre estos sistemas son complejas y, según Garzón Valdés, pueden expresarse de la siguiente manera[7]:

(i) el acto X está prohibido en Sb,
(ii) la prohibición de X es cancelada en razón de las disposiciones de Sj,
(iii) el acto X es regulado conflictivamente por Sb y Sj,
(iv) a partir del acto de tolerancia, b adquiere un derecho a ejecutar X,
(v) la tolerancia basada en un Sj moral conlleva a una moralización del Sb.

3. Tolerancia y Derogación

De acuerdo a las anteriores caracterizaciones, la acción X está prohibida por Sb, y en virtud de (i), un enunciado de tolerancia implica a un enunciado normativo que afirma que el objeto de tolerancia es prohibido en Sb. En otras palabras: si es verdadero ($aTbX_{c,\ t1}$) entonces Ph $X \in Cn_{Sba}$ (la norma o principio que prohíbe X pertenece a las consecuencias normativas del Sb de *a*). Sin embargo, esta implicación -que surge de (i)- es problemática por las siguientes razones:

3.1. la verdad del enunciado de tolerancia es relativa al Sb de la persona tolerante. Puede ser que para el sujeto b el acto X sea obligatorio en Sb y en Sj. Por ejemplo, una vestimenta informal puede estar prohibida en el Sb de Mary Warnock[8] y, sin

[5] Von Wright, Georg: Norm and Action, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, págs. 39 y ss.

[6] «Quien tolera se abstiene de prohibir o deroga una prohibición...» Garzón Valdés, Ernesto, *ob cit., en nota 2,* págs. 19.

[7] Garzón Valdés, Ernesto, *ob. cit. en nota 2,* pág. 21.

[8] Warnock, Mary: «The Limits of Toleration» en Susan Mendus y David Edwards (eds.) *On Toleration,* Clarendon Press, Oxford, 1987 (cit. por Garzón Valdés, E.).

embargo, sea obligatoria en el Sb de su hijo. La afirmación de M. Warnock, «soy tolerante con la vestimenta de mi hijo» puede ser, desde el punto de vista interno del hijo, una muestra de hipocresía. Volveré sobre esta cuestión en el apartado 6.

3.2. La fórmula $aTbX_{c,\ t1} \rightarrow Ph\ X \in Cn_{Sba}$) no refleja la noción de conflicto entre Sb y Sj. Para dar cuenta de ello puede precisarse la formulación del siguiente modo:

$$(aTbX_{c,\ t1} \rightarrow Ph\ X \in Cn_{Sba(t0)}\ \&\ P\ X \in Cn_{Sba(t2)}$$

La «cronología» de la tolerancia se resume de la siguiente manera: en el momento t0 está prohibido X en el Sb de *a,* en el momento t1 *a* tolera X y esto resulta en la derogación de la prohibición de X en Sb a partir de t1. Si el resultado de la derogación de una prohibición es una norma permisiva o permisión expresa[9] (en un nivel metalingüístico: permisión fuerte) entonces *b* adquiere un derecho a X y no cabría -a partir de t1+n- afirmar que *a* tolera X. Sin embargo, esto es contraintuitivo, ya que la tolerancia se agotaría en un solo acto. Pero, M. Warnock afirmaría que tolera *todos los días* los largos desayunos de su hijo y rechazaría que por el solo hecho de haber tolerado el día lunes la prolongación del desayuno, su hijo tiene derecho el día martes a desayunar hasta el almuerzo.

3.3. El caso del «desayuno prolongado» tiene un cierto valor propedéutico. Este caso sirve para impugnar que, en el caso de los derechos, carece de sentido predicar tolerancia. Se puede afirmar que el derecho del hijo al «desayuno prolongado» es el resultado de un acto voluntario de M. Warnock y, por consiguiente, ella podría cancelar este derecho el martes, y que si no lo hace (resistiendo a la tentación de prohibir) entonces M. Warnock tolera *el día martes* el largo desayuno de su hijo. Esta descripción es plausible, pero es incompatible con (i) que sostiene que X está prohibido en Sb.

La discusión acerca de la calificación deóntica de X es relevante por la siguiente razón: las afirmaciones (ii) - (v) son consecuencias

---

[9] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: «Permission and Permissive Norms» en *Theorie der Normen,* Krawietz et al. (eds.), págs. 356 y ss., Duncker & Humblot, Berlín, 1984.

Navarro, Pablo y Redondo, Cristina: «Permisiones y Actitudes Normativas», Doxa 7, págs. 249-256. También Navarro, Pablo y Redondo, Cristina: «Derogation, Logical Indeterminacy and Legal Expressivism» en *Rechtstheorie,* 21. Band, Heft 2, 1990.

parciales de (i). Veamos, con algún detalle, qué ocurre si negamos (i):

(i) no es necesario que X sea prohibido por Sb. Es suficiente que el tolerante tenga el deseo de prohibirlo, la competencia para hacerlo pero, luego de considerar las disposiciones de Sj, se abstenga de prohibirlo;

(ii) a los efectos de la tolerancia, no es necesario derogar (levantar, cancelar) una prohibición. Según se señaló, es suficiente que el sujeto competente se abstenga deliberadamente de dictar una norma que prohíba X en Sb;

(iii) si Sb es incompleto respecto de X, no existe conflicto entre Sb y Sj[10]. La tolerancia se manifiesta en que el sujeto se abstiene de prohibir un acto que carece de regulación en Sb;

(iv) si Sb es incompleto respecto de X y el sujeto se abstiene de prohibir X en Sb, X sigue siendo una laguna en Sb y por tanto, no surge de Sb ningún derecho relativo a X. Afirmar lo contrario es sostener que necesariamente los Sb son completos, o bien, cambiar implícitamente de Sb[11].

La afirmación «en los países occidentales no es que se «tolere» la libertad de cultos, sino que ella es un derecho de todo ciudadano» es plausible solamente porque no se hace referencia precisa a ningún sujeto tolerante. En los países occidentales el poder legislativo y/o administrativo no es competente para derogar las disposiciones constitucionales de libertad religiosa y, por consiguiente, no «tolera» el libre culto de los individuos. La cuestión principal no radica en que el acto X es un derecho sino en la competencia del sujeto tolerante. Si se convoca a una Asamblea Constituyente, cuya mayoría desea consagrar una única religión, y que a pesar de este deseo se abstiene de hacerlo, podríamos calificar de tolerantes a los individuos de esta asamblea. Si nadie tiene competencia para prohibir un acto, entonces nadie tiene competencia para permitirlo o autorizarlo expresamente, y, por supuesto, estos actos no pueden ser objeto de tolerancia[12].

(v) la tolerancia que se basa en un Sj moral no implica necesariamente la moralización del Sb, aunque implica necesariamente que la acción de tolerar está moralmente justificada. Si Sb es

---

[10] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Normative System,* Springer Verlag, New York-Viena, 1971, Cap. I y VI.

[11] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *ob. cit. en nota 11,* págs. 137 y ss.

[12] Es obvio que el valor de este argumento depende del concepto de *derechos* que sostenga. Cfr.: Dworking, Ronald: *Los Derechos en Serio,* Cap. 4, Ariel (trad. de M. Gustavino), 1984. y Dworkin, Ronald: «Do we have a right to pornography?» en *A Matter of Principle,* Harvard UP, 1985.

incompleto respecto de X y la autoridad competente se abstiene de prohibirlo por razones morales provenientes del Sj (a pesar de su inclinación o deseo de prohibirlo), el sistema Sb no se modifica y, por consiguiente, no se «moraliza».

En todos los argumentos anteriores se rechazan, alternativamente, dos cosas: que en los casos de tolerancia de X, necesariamente X sea prohibido en el Sb del sujeto tolerante; y que el resultado del acto de tolerancia sea sólo la abstención de la prohibición o la derogación de una prohibición. Una descripción alternativa puede ser la siguiente: para los casos que X sea prohibido por Sb, el sujeto tolerante simplemente admite la violación de la norma prohibitiva y es obvio que esto no equivale a derogar la prohibición. Para M. Warnock, la acción X está prohibida, i.e. prolongar el desayuno y su tolerancia del día lunes no implica la derogación de la prohibición, sino que ha decidido, en virtud de razones de Sj, no castigar ni reprochar X, y por ello el día martes M. Warnock puede deliberar acerca de si ha de tolerar el «desayuno prolongado».

La conclusión es que, a los efectos de tolerancia, es irrelevante la calificación normativa de X en Sb. La tolerancia puede manifestarse en tres cosas: permisión de una acción prohibida, abstención de prohibición de una conducta permitida, y decisión de no castigar o reprochar la violación de una prohibición. Estos estados de cosas tienen que estar acompañados por la preferencia del sujeto competente de prohibir X en el Sb y, luego de la ponderación de razones de Sj, esta preferencia es postergada o abandonada.

5. Tolerancia, Intolerancia y No-Tolerancia

Afirmar que un sujeto no tolera una determinada acción X puede ser verdadero en siete casos diferentes. Un sujeto incompetente para cambiar el status deóntico de X no tolera a X. El indiferente o el ignorante no toleran las acciones que no les importan o desconocen. En este sentido, la *negación externa* de la tolerancia es la no-tolerancia. No tolerar un acto en las circunstancias en que es posible la tolerancia (competencia, deseo de prohibir, y ponderación de razones de Sj) es la *negación interna* de la tolerancia.

También se podría debilitar las «circunstancias de tolerancia» admitiendo que un sujeto que, sin ser autoridad competente, impide físicamente la ejecución de un acto X puede ser calificado de intolerante. Estoy en deuda con el Prof. Francisco Laporta por esta, y muchas otras, sugerencias a la primera versión de este trabajo.

La intolerancia es la negación interna de la tolerancia[13]. Por consiguiente, tolerancia e intolerancia no son conjuntamente exhaustivos y, por tanto, la negación externa de que *a* sea intolerante no implica un juicio positivo y viceversa: la negación externa de la tolerancia no es equivalente a un juicio de valor negativo.

Sin embargo, Garzón Valdés afirma[14]:

«La intolerancia no sólo no sería la negación interna de la tolerancia, sino una condición *sine qua non* de esta última, algo que ya no resulta curioso sino hasta paradójico».

Sin embargo, el hecho de que la intolerancia pueda considerarse una condición necesaria de la tolerancia no implica que la intolerancia no sea la negación interna de la tolerancia. La formación de los conceptos es una tarea útil porque nos ayuda a identificar objetos de una determinada clase *excluyendo* a otros objetos del área de referencia. Un concepto cuyo término denotase a todos los objetos es imposible de construir, y, en este sentido, la clase complementaria de la clase formada a partir de un concepto es una condición *sine qua non* de la conceptualización. Pero esto no prueba nada en absoluto respecto de las condiciones de verdad de la negación de los enunciados formados por estos conceptos, y por ende, no prueba nada acerca de la negación interna de la propiedad disposicional «tolerancia».

6. Tolerancia y Relativismo

¿Son los enunciados de tolerancia juicios «egocéntricos»? ¿Depende su valor veritativo de las actitudes epistémicas y volitivas del sujeto que profiere el enunciado?

Garzón Valdés, luego de mencionar a la tristemente celebre reunión del lago de Wann en 1942, afirma que si un sujeto, oponiéndose a la mayoría, hubiese impuesto sus preferencias acerca de la dignidad humana podría ser calificado de intolerante y, no obstante ello, merecer la aprobación moral[15]. No hay dudas (al menos por mi parte y en cuanto a la opinión de Garzón Valdés) de que este sujeto merece aprobación moral. Sin embargo dudo que pueda ser calificado de intolerante. Calificar de intolerante a un sujeto S es afirmar que, a pesar de las disposiciones permisivas de

---

[13] Von Wright, Georg, *ob cit. en nota 6*, págs. 80 y ss. También VON WRIGHT, Georg: «On the Logic of Norms and Action» en *Practical Reason,* págs. 108 a 118, Cornell UP, Ithaca, New York, 1983.

[14] Garzón Valdés, Ernesto, *ob. cit. en nota 2*, pág. 22.

[15] Garzón Valdés, *ob. cit. en nota 2*, pág. 22.

Sj respecto de X, S ha prohibido X. S ha resuelto a favor de su deseo de prohibir en contra de las razones de Sj. Pero nuestro hipotético sujeto del lago de Wann no se encuentra en conflicto entre sus preferencias y su Sj. Calificarlo de intolerante implica señalar que, a pesar de tener razones para permitir la denominada «solución final al problema judío», el sujeto S ha prohibido este curso de comportamiento. En esta perspectiva, es claro que S es intolerante sólo para los nazis y que el juicio de intolerancia está basado en que se toma como referencia al Sj que aceptan los nazis. Por su parte, el sujeto S afirmará que su Sj prohíbe este curso de comportamiento. Obviamente, para la resolución de este conflicto de opiniones es necesario considerar la eventual justificación de los respectivos Sj.

LIBERALISMO Y FEMINISMO: ¿UN DILEMA PARA LAS MUJERES? RESPUESTA A JORGE MALEM*

Un nuevo debate sobre sexualidad, centrado en la cuestión de la pornografía, comenzó a gestarse desde mediados de los años setenta en las filas del feminismo estadounidense, pero no alcanzó su apogeo hasta la siguiente década. Las intensas discusiones de estos años continuaron extramuros del feminismo, sobre todo a raíz de la propuesta legislativa procensura de Catharine MacKinnon y Andrea Dworkin en 1983. Al enfrentamiento entre dos concepciones feministas notablemente opuestas entre sí se sumaron distintas fuerzas políticas y sociales tanto en uno como en otro bando. La polémica obtuvo una resonancia nacional en los Estados Unidos, y aún fuera de aquel país, como puede ser el caso de Gran Bretaña. Buena prueba de ello son los ríos de tinta que el asunto ha generado desde diversos ámbitos feministas, académicos y profesionales -sociológicos, jurídicos, politológicos, periodísticos-, sin que ninguno de estos enfoques sea excluyente de los otros.

En España el tema comenzó a ser tratado sistemáticamente sobre tales bases desde 1983[2] y hasta hoy no han cesado de producirse la reflexión, las publicaciones y el debate. En este marco se encuadran

* Las referencias al artículo de Jorge Malem son al original mecanografiado.

[2] Véanse, entre otros, mis artículos: «La pornografía como «delito sin víctima» y la crítica feminista», *Sistema,* n.º 57, noviembre de 1983, págs. 97-106; «El discurso de la diferencia: implicaciones y problemas para el análisis feminista», *Desde el feminismo,* número cero, diciembre de 1983, págs. 30-43; y mi libro *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad,* Barcelona: laSal, 1989. Véanse asimismo: Kathleen Barry, *Esclavitud sexual de la mujer* (trads. Paloma Villegas y Mireia Bofill), Barcelona: laSal, 1989; Carole Vance, ed., *Placer y peligro: explorando la sexualidad femenina* (trads. Julio Velasco y M. Angeles Toda), Madrid: Revolución, 1989; Marisa Calderón y Raquel Osborne, eds., *Mujer, sexo y poder. Aspectos del debate feminista en torno a la sexualidad,* Madrid: Proyecto «Mujer y poder» (Instituto de Filosofía del CSIC); Fórum de Política Feminista; y Comisión antiagresiones del movimiento feminista, 1990.

los escritos de Jorge Malem, quien se incorpora a este debate desde la filosofía del derecho, y con un enfoque que descansa en los presupuestos del liberalismo clásico. Por mi parte, yo he intervenido en dicha polémica desde hace casi una década a partir de mi condición de socióloga que maneja una hermenéutica feminista. Es de celebrar esta pluralidad disciplinar y esta diversidad de ópticas porque con toda probabilidad la discusión se verá enriquecida y, con ello, todas/os saldremos beneficiadas/os.

Malem trata, con mayor o menor extensión y/o profundidad según sus intereses, buena parte de los aspectos habituales del asunto relacionados con los debates feministas habidos principalmente en los Estados Unidos. Reconoce la importancia de algunas de las cuestiones planteadas por el feminismo que él denomina radical y que yo prefiero denominar *feminismo procensura,* toda vez que le dedica un capítulo de un futuro libro que se halla en fase de preparación. Su postura es la de una crítica total al enfoque jurídico-político de dicho feminismo, al sustrato ideológico en el que se sustenta y a la base empírica en la que se fundamenta. Desde posiciones feministas que se hallan en desacuerdo con muchas de las afirmaciones del feminismo procensura comparto varias de dichas críticas, en línea con las que vienen efectuando muchas/os autoras/es del mundo anglosajón y que Malem recoge. Ahora bien, el eje del artículo de Malem que aquí comentamos gira en tomo a la crítica del feminismo procensura. Pero Malem omite por completo cualquier alusión a aquella otra cara del feminismo que acabo de mencionar y al que denominaré *feminismo anticensura,* feminismo iniciador y a la vez eje tanto de las críticas teóricas como de la oposición política a la legislación mencionada. Dicha omisión me parece un error y una injusticia. Veamos por qué.

La pornografía es el prototipo de asunto que desde siempre ha condensado en sí un alto valor simbólico, lo que significa que cuando se hace referencia a ella se suele estar hablando de algo más que de ella misma. A causa de esto, resulta un catalizador de fuerzas enfrentadas entre sí por mor de sus concepciones del mundo, de las que la sociología se ha ocupado. Así pues y a título de ejemplo, se han asociado los conceptos de «solidaridad mecánica» (Durkheim) y de *Gemeinschaft* (Tönnies) a las fuerzas conservadoras opuestas tradicionalmente a la pornografía, mientras que los de «solidaridad orgánica» y G*essellschaft* se corresponderían con los valores liberales que la toleran[3].

[3] Beverley Brown, «Debating Pornography: the Simbolic Dimensions», *Law and Critique*, vol. I, n.º 2, 1990, págs. 131-154. Este artículo ha sido obtenido por mediación de Elena Beltrán.

Pues bien, el feminismo no iba a ser una excepción. Como se acaba de apuntar, en torno al tema de la pornografía no hay unidad en el movimiento feminista sino, por el contrario, una profunda división. A finales de los años setenta, concretamente en 1979 -y no en 1970 como parece indicar Malem- se creó en Nueva York el primer grupo feminista con el objetivo exclusivo de luchar contra la pornografía, WAP (*Women Against Pornography* o Mujeres contra la pornografía), con ramificaciones en otras zonas del país, cuyo primer volumen colectivo fue el citado por Malem *Take Back the Night*[4]. Tras los primeros momentos de desconcierto y algunos artículos aislados, otros sectores feministas, heterodenominados «pro-sexo» y también, como ya hemos mencionado, «anticensura», comenzaron a publicar un volumen tras otro, antes y después de la propuesta legislativa del tándem MacKinnon-Dworkin de 1983[5]. En ellos se rebatía, desde todos los puntos de vista posibles, pero siempre desde una óptica feminista, las argumentaciones y actuaciones del feminismo antipornografía, sus propuestas teóricas y sus iniciativas procensura. Tras la ordenanza de MacKinnon-Dworkin dicho sector se constituyó en el grupo FACT (*Feminist Anticensorship Taskforce* u Organización feminista contra la censura). Se discutía básicamente sobre sexualidad, aunque por razones que se engloban en las ya esbozadas con anterioridad[6] las discusiones se centraron simbólicamente en la pornografía. Si WAP se alió con fuerzas conservadoras para intentar sacar adelante sus iniciativas, FACT a su vez nucleó en torno a sí a grupos de editores, de medios de comunicación, de artistas y defensores de los derechos civiles (ACLU) con vistas a lograr que la citada ordenanza fuera declarada inconstitucional. Ello se logró en 1986.

Muchas de las integrantes de WAP provenían de las filas del feminismo radical, pero también las integrantes de FACT. Estos dos sectores se nutrieron, por lo demás, de mujeres pertenecientes a otras dos grandes corrientes perfiladas en los albores de la segunda ola del feminismo estadounidense -el feminismo liberal y, con menor fuerza, el socialista-, así como de mujeres no adscritas a ninguna de éstas. Tal y como lo ha estudiado Alice Echols en su tesis doctoral-libro sobre el feminismo radical, dicho sector desapareció como

---

[4] Laura Lederer, ed., *Take Back the Night,* Nueva York: William Morrow, 1980.

[5] «Sex Issue», *Heresies,* vol. 3, n.º 4, Issue 12, 1981. Ann Snitow, Christine Stansell y Sharon Thompson, eds., *Powers of Desire. The Politics of Sexuality,* Nueva York: Monthly Review Pres, 1983. Carole Vance, ed., *Pleasure and Danger. Exploring Female Sexuality,* Routledge & Kegan Paul, 1984. Varda Burstyn, ed., *Women Against Censorship,* Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985.

[6] Véase al respecto Lynne Segal, *Is the Future Female?,* Londres: Virago Press, 1987.

corriente, representada por una miríada de pequeños pero influyentes grupos, a mediados de la década de los setenta. El gran beneficiado sería el feminismo liberal[7], que hizo suyos muchos de los planteamientos y las reivindicaciones del feminismo radical. Como heredera «espúrea» del feminismo radical se perfiló lo que Echols y otras han denominado el *feminismo cultural,* corriente ideológica cuya influencia ha destacado en algunos sectores ecofeministas, pacifistas y, sobre todo, en el movimiento antipornografía[8].

Por lo tanto, me parece cuando menos impreciso hablar de feminismo radical para referirse al movimiento feminista procensura, término que resulta más adecuado para catalogar al feminismo que Malem critica. Como mucho, lo que hoy se podría entender como la principal herencia del feminismo radical sería un amplio y ciertamente vago conjunto de ideas nucleado en tomo al eslogan acuñado por Kate Millet *lo personal es político*. Por medio de dicho eslogan se reconocía la influencia de la esfera de lo tradicionalmente considerado como público en el dominio de lo convencionalmente tachado de privado -el mundo de lo doméstico, las relaciones familiares y sexuales-. Se destacaba igualmente el proceso inverso, es decir, cómo el mundo de lo público-masculino dependía para su organización y funcionamiento de esa esfera privada y femenina. Pero este ideario, tan sumariamente presentado, se halla incorporado a lo que podríamos denominar el corpus *teórico central* del feminismo, aquello con lo que toda feminista se hallaría de acuerdo. Este es otro de los motivos que hacen que no se pueda hablar hoy en rigor de feminismo radical. De ahí, en parte, la improcedencia de la afirmación de Malem sobre «el estado de indigencia teórica que padece el feminismo radical en general» (pág. 17). Por añadidura, Malem señala que sólo va a hablar de feminismo radical «por una limitación del objeto de análisis necesaria», y sin embargo, suponemos que por error, por lo menos tres veces a lo largo del texto comete un «deslizamiento semántico» y para referirse a la para nosotras inapropiada denominación de «feminismo radical» utiliza el término «feminismo» a secas, que ha dicho que iba a evitar (págs. 19, 37 y 38). Previamente ha señalado que «el feminismo no es una doctrina, un movimiento político o una ideología unitaria y coherente» (pág. 5). Gracias a Dios, cabría señalar en favor del feminismo. La forma en que Malem caracteriza la pluralidad dentro de las filas de este movimiento se reduce al comentario, que se pretende jocoso, de que «aquello que

[7] Agrupado en torno a Betty Friedan, *La mística de la femineidad* (trad. Carlos R. de Dampierre), Madrid: Júcar, 1974, y a la revista *Ms*.

[8] Alice Echols, «The New Feminism of Yin and Yang», en Snitow *et al.,* eds., *op. cit.,* págs. 439-59.

enuncia una auto considerada feminista suele ser inmediatamente contradicho por otra de sus pares» (pág. 5). Con todo este conjunto de traspiés, ¿qué mensaje es el que más o menos subliminalmente va a recibir el/la lector/a? Pues que el feminismo *tout court* padece una grave «indigencia teórica».

No obstante, cabría recordar a Malem que buena parte de las críticas por él efectuadas contra el feminismo antipornografía han sido ya formuladas por el feminismo pro-sexo (o anticensura) en sus muy numerosas publicaciones[9]. Este feminismo ha sido el principal interlocutor de WAP antes y después de 1983, como ya se ha dicho, y aquellas publicaciones se estudian en la universidad, siendo sus voces escuchadas en muy diversos foros. ¿Acaso es mencionado por Malem como tal? A decir verdad, *ni una sola vez*. Las escasas veces que Malem menciona a mujeres críticas con el feminismo antipornografía y que, por uno u otro motivo, podemos encuadrar en la línea del feminismo anticensura (Carole Vance, Alice Echols y yo misma), en ningún caso cita semejante circunstancia. El hecho de excluir de su consideración a todo ese sector del feminismo refleja, hablando ya en un tono más estrictamente académico, una notable falta de rigor a la hora de encuadrar el tema. En resumen, Malem está sometiendo al feminismo a una sucesión de traumáticas operaciones quirúrgicas: amputación (no existen las feministas anticensura); descerebramiento («indigencia teórica del feminismo»); sustitución de órganos (feminismo radical por feminismo procensura, más un conjunto de tergiversaciones que acaban por hacernos creer que eso es el feminismo sin más o feminismo a secas). Todo ello diseña una postura que no cabría calificar de favorable al feminismo y hasta podría degenerar, queremos pensar que inconscientemente, en antifeminista.

Malem critica la definición de pornografía propuesta en la ordenanza por «vaga y ambigua» (pág. 1), y por «presentar sus términos con un sentido emotivo-propagandístico» (pág. 12). De acuerdo. Sin embargo, muestra su perplejidad porque «la definición feminista (...) en modo alguno reproduce el uso habitual del término pornografía», constituyendo «una redefinición radical del término» (págs. 13-14). El feminismo anticensura ha demostrado sobradamente su oposición a la propuesta legislativa aquí denostada y a la forma en que en la misma se conceptúan los materiales pornográficos, pero el feminismo en su conjunto sí que ha tratado de redefinir la conceptualización clásico-liberal de la pornografía. Como indica Lynne Segal, los liberales se han preocupado por lo general de prohibir la exhibición y el

[9] Algunas de las cuales acabamos de citar en la nota n.º 4. Véanse asimismo los escritos de los que soy autora, entre otros: *La construcción sexual de la realidad,* Cátedra: 1992 (en prensa).

consumo de los materiales explícitamente sexuales en lugares públicos, protegiendo, por contra, el derecho al consumo consensuado por parte de las personas adultas en privado. A las feministas, a su vez, no les preocupa la explicitación de las partes íntimas sino el sexismo de estos materiales, «la característica reducción de las mujeres a cuerpos pasivos, imbuidos de un perpetuo deseo y eternamente disponibles para servir a los hombres»[10]. A partir de ahí las opiniones son diversas, y las vías a seguir también, en el seno del feminismo. Así pues, como observa Malem, el feminismo puede aceptar plenamente «una película de lesbianismo puro» en la que se muestren «escenas explícitamente sexuales» (...) «si se considera que no degrada a los partícipes» y rechazar «un anuncio televisivo de un lavavajillas en que aparezca una mujer hablando como ama de casa de las bondades de ese electrodoméstico... si se asume que esa función es sexualmente degradante» (pág. 13). La cuestión es que el feminismo, al menos el anticensura, no ubica estas cuestiones en un marco jurídico-represivo-regulador, como sí hace Malem, sino en un marco de crítica cultural de las representaciones gráficas existentes en nuestro entorno, y el motivo de su discrepancia sería el sexismo y no la explicitación sexual.

Y dado que hemos comenzado a esbozar un principio de discrepancia entre el liberalismo clásico y ciertos planteamientos feministas, parece quizá llegada la hora de encuadrar propiamente la discusión que estamos sosteniendo en estas páginas. Señala Malem que «en los Estados democráticos existen constituciones» que proclaman «como uno de sus dogmas más queridos el de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres» (pág. 31). Pero eso no ha sido así desde siempre, como Malem muy bien sabe. La Revolución Francesa y los principios ilustrados en los que ésta se basó convirtieron a los súbditos del Antiguo Régimen en ciudadanos sujetos de derechos cívicos y políticos, pero se «olvidaron» de incluir a las mujeres bajo aquella categoría. Sólo la lucha organizada de las mismas por el derecho al voto logró poner en marcha un proceso de reivindicaciones que todavía prosigue en nuestros días. Es decir, primeramente el sufragismo y, contemporáneamente, el feminismo han luchado por profundizar en la democracia, en el marco de las libertades básicas formales características de las sociedades occidentales. Su misma existencia, así como la de tantos otros movimientos sociopolíticos, son una muestra de dicha profundización, lo cual a su vez es una prueba de las insuficiencias del liberalismo en su formulación clásica.

Un liberalismo ampliamente entendido, y no de esa manera insuficiente, tendría que propiciar un marco dentro del cual transiten los

---

[10] Lynne Segal, «Introduction», en Lynne Segal y Mary McIntosh, eds., *Sex Exposed. Sexuality and the Pomography Debate,* Londres: Virago Press, 1992, pág. 2.

diversos grupos políticos y sociales, con la intención por parte de algunos de privatizar lo más posible el sentido de la libertad (o de hacer hincapié en la desigualdad, según lo expresa Norberto Bobbio). La intención de otros sería su ampliación y extensión al mayor número posible de personas -caso de los que hoy denominamos movimientos sociales alternativos, como el feminismo, el pacifismo o el ecologismo, por citar sólo los más nombrados, cuyo ideal sería más bien igualitarista-[11].

Evidentemente estoy llevando a cabo una interpretación que es por supuesto discutible, pero lo que me interesaría resaltar es que la adhesión a una postura liberal clásica no es la única forma de entender la democracia, como parece desprenderse del texto de Malem. Javier Muguerza ha distinguido entre liberalismo estricto y libertarismo, al que en términos políticos podríamos entender como una invitación a profundizar en la democracia, a radicalizarla. Y como democracia significa participación, dicha propuesta estaría lejos de constreñirse a «lo privado» entendido como el ámbito de los derechos y libertades individuales (en lo económico sobre todo). Se trataría más bien de que a través de aquellos movimientos sociales (en el caso que nos ocupa, los de mujeres) se capacite al mayor número posible de individuas/os para incorporarse organizada y/o activamente como ciudadanas/os a la resolución de los asuntos colectivos. No se proclama la supresión del Estado -cuestión hoy en día inviable desde todo punto de vista- ni se busca la privatización de la mayor cantidad posible de sus funciones, incluidas prestaciones sociales básicas, so pretexto de que son demasiado gravosas para el Estado. Se pretende más bien que los diversos colectivos concernidos por los diferentes asuntos de que se trate tengan un mayor protagonismo en todos los procesos de tomas de decisiones que les afecten. En este sentido no tendría por qué haber una regla axiomática previa de «mínima intervención del Estado», en nombre de un también supuesto axioma previo de «derechos o libertades individuales», cuando dichos axiomas descansan con frecuencia en principios que el feminismo cuestiona. La intervención o no del Estado debería discutirse y decidirse según cada caso o cada problema específico, y si las/os interesadas/os tuvieran organizadamente acceso a semejante discusión y decisión, habría quizá más probabilidades de que las soluciones adoptadas se aproximen a merecer el calificativo de justas.

El liberalismo constituye una perspectiva muy poderosa y funciona muy a menudo como el único posible lenguaje político legitimado[12]. Pero a muchos sectores feministas les cuesta creer, en numerosas cuestiones que afectan a las mujeres, que vivamos en una sociedad

---

[11] Norberto Bobbio, «Izquierdas y derechas», *El País*, 20 de diciembre de 1992.
[12] BROWN, *op. cit.*, pág. 141.

pluralista de libertades integrada por individuos iguales entre sí, donde la conculcación de la libertad es inexorablemente castigada por la ley. La misma existencia del patriarcado, de un sistema de sexo/género o, en lenguaje más llano, de una situación de discriminación y/o subordinación de la mujer cuestiona ese principio tan caro al liberalismo, así como muchos otros en los que fundamenta su doctrina.

Como ya se dijo más arriba, la distinción clásica liberal entre lo público y lo privado ha sido criticada por el feminismo contemporáneo, que la considera una distinción de claro contenido sexista desde sus orígenes burgueses, con una esfera doméstica asociada a las mujeres y a lo femenino, y una esfera pública reservada en principio para los hombres y el mundo masculino. Contra la naturalidad de estas estrictas separaciones, cuyo resultado es el prototipo de familia burguesa con su forma estrictamente nuclear -el cabeza de familia mantenedor de esposa y prole-, se alza críticamente la segunda ola del feminismo, denunciando su hechura histórica e institucional por los poderes públicos. *En nombre de la privacidad de la familia se ha justificado tradicionalmente la no intervención en los casos de maltrato a las esposas, de abusos de los niños, de violaciones en el matrimonio*.

Para ceñirnos preferiblemente a la esfera de la sexualidad, que es la que nos ocupa hoy, las insuficiencias del liberalismo se han mostrado, entre otros, en los casos de la homosexualidad y del aborto. En el primero de ellos, el Informe Wolfenden (Gran Bretaña, 1959) supuso en su momento un gran avance respecto a la situación anterior al reconocer que el derecho al ejercicio de la sexualidad en privado no era competencia de la ley. Pero ello no debería llevarnos a idealizar la postura liberal clásica, ya que si bien supuso un avance notable con respecto a anteriores consideraciones, su actuación en la práctica dejó mucho que desear. Así lo señala Jeffrey Weeks al llamar la atención sobre el tratamiento dispensado a los homosexuales en Inglaterra tras la despenalización de esta conducta en 1967. Dado que dicha despenalización se tradujo en una política de «aceptación mínima» de la homosexualidad, originó abundantes problemas y desencadenó buen número de persecuciones de las que aquéllos fueron víctimas. Como «efecto no previsto», indeseado para la postura liberal pero afortunado para los interesados, semejante dinámica contribuyó a su vez a generar el movimiento *gay,* que se dedicó a *cuestionar la hegemonía de la heterosexualidad como «la norma»* y a expresarse como un estilo de vida[13].

[13] Jeffrey Weeks, *Sexuality and Its Discontents. Meanings, Myths and Modern Sexualities,* Londres: Routledge & Kegan Paul, 1985, pág. 275.

En el segundo caso, la sentencia Roe v. Wade del Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictaminó que durante los tres primeros meses de gestación la decisión de abortar tomada por una mujer de acuerdo con su médico se hallaba libre de toda interferencia por parte del Estado. Grupos derechistas en desacuerdo con la consecución por parte de las mujeres de semejante derecho, se acogieron a la noción de privacidad en que se fundamentaba la sentencia Roe v. Wade para apelar dicha sentencia. Una nueva decisión del Tribunal Supremo apoyó una previa disposición del Congreso por la que se prohibía la financiación de la mayoría de los abortos con dinero público -federal, dado el origen del mismo en los Estados Unidos-. La consecuencia más inmediata fue la discriminación de las mujeres de las capas más desfavorecidas[14].

En el caso de la pornografía, la posición liberal clásica requiere que se pruebe la existencia de un daño específico y concreto contra personas concretas por parte de las obras de que se trate para que ello justifique a su vez el daño originado por una intervención censora, ya sea en el momento de la producción, ya sea como una restricción a la accesibilidad de estos materiales. De esta forma, el liberalismo ha centrado siempre la discusión acerca de la pornografía en la cuestión de si se justifica o no la intervención de las leyes. Cuando ello se aplica al feminismo, quien se manifieste en contra de dicha intervención es calificada entonces de liberal y quien proponga de uno u otro modo la censura es descalificada con todas las armas posibles[15]. Ninguna otra consideración entra en juego.

Hemos podido observar que Malem no tiene para nada en cuenta cualquier otra postura feminista que no sea aquella que propugna la censura porque, según tratamos de demostrar en la primera parte de esta respuesta, no le interesa el feminismo. Las omisiones que ya hemos comentado así parecen demostrarlo. Pero en el caso del feminismo procensura no repara, no sé si intencionada o involuntariamente, en que es precisamente este sector al que con tanto denuedo critica el que más ha sucumbido al marco legal impuesto por el liberalismo. Digamos de pasada que dicho marco es el que suministra la única perspectiva desde la cual éste es capaz de abordar la discusión de la pornografía.

---

[14] Edwin M. Schur, *Labeling Women Deviant. Gender, Stigma and Social Control,* Nueva York: Random House, 1984, págs. 104-105. Mientras escribo estas páginas, salta la noticia de que Clinton ha suprimido todas las trabas legislativas que se habían ido acumulando en los USA desde la aprobación, en 1973, del derecho al aborto. Evidentemente, el presidente norteamericano ha respondido así a las intensas demandas del movimiento feminista, cortapisadas por la Administración Reagan/Bush.

[15] Brown, *op. cit.,* pág. 142.

MacKinnon se mueve en una flagrante contradicción. De una parte piensa que el liberalismo sólo implica libertad para el abuso sexual de las mujeres. No obstante, su afán por combatir «de una manera efectiva» el sexismo de muchas de las representaciones pornográficas la ha movido a proponer la censura de estos materiales, y para ello ha tenido que ceñirse al marco de los planteamientos liberales que rigen este tipo de actuaciones. En el intento de hacer creíbles los supuestos daños concretos causados por los materiales pornográficos, ha resaltado todos aquellos que más se aproximan a los que desde una perspectiva liberal se suelen tomar en consideración -la violencia y la explotación sexuales, los perjuicios a menores, apelando para ello a las ciencias sociales y a la «científica» demostración de la existencia de tales daños. Lo malo es que, hoy por hoy, se trata de una «demostración indemostrada». Cuando MacKinnon adopta otra forma de presentar la «evidencia» a favor del daño causado por la pornografía, a saber, el testimonio de las «víctimas» de la misma, soslaya las dificultades de la «ciencia» pero tampoco resulta convincente.

Con todo, su apelación a la censura no reviste la forma liberal clásica ni en la manera en que define a la pornografía ni en su tratamiento de la misma como un atentado a los derechos civiles de las mujeres. Esto la ha hecho atractiva para amplios sectores, lo cual explica en parte los apoyos obtenidos por sus proposiciones. Sin embargo, el feminismo anticensura nunca se ha dejado seducir por los planteamientos de MacKinnon, y su crítica a la postura liberal clásica discurre por otros derroteros.

Las libertades de opinión y de expresión, en sentido amplio, se ven amenazadas por la existencia de la censura. El feminismo prosexo se muestra contrario a la utilización de la censura porque la sabe opuesta a los intereses de las mujeres. La censura puede ir a ciegas, o por el contrario, muy a sabiendas -depende de quién la maneje y con qué fines- en contra de creaciones culturales debidas a mujeres o que respondan a sus propuestas. Por añadidura, el poder de decisión sobre estos asuntos no suele estar en manos de los menos poderosos -por ejemplo, las mujeres-.

Hasta aquí la argumentación liberal clásica compartida por el feminismo. Pero como ya tuve ocasión de observar en otro lugar apoyándome en los argumentos de una feminista, Beverley Brown, «los daños que el feminismo desea resaltar no dependen, para su calificación como serios, de que se traduzcan en actos violentos contra los individuos, dado que los perjuicios perpetrados por la pornografía en la consideración de las mujeres, inmersas en una sociedad sexista, son ya bastante serios en sí mismos. Ello no implica abogar por la censura, sino que más bien se traduce en la realización de campañas contra la

pornografía»[16], al igual que contra cualquier representación sexista de las mujeres -por referimos sólo a este terreno-, basadas en una estrategia de educación, persuasión y propaganda.

La misma estricta separación entre palabras (o imágenes) y acciones, o entre actos y efectos en la formulación de Brown[17], llevada a cabo desde la postura liberal no resulta, en ciertos aspectos, totalmente convincente para un feminismo anticensura, pero no sólo para éste. Como señala Mary McIntosh, «que las palabras -y las imágenes visuales- apoyan significativamente a las instituciones sociales es una percepción que no se circunscribe únicamente al feminismo. El pensamiento social de las dos últimas décadas ha resaltado la influencia de la cultura y de la ideología. Es un hecho reconocido que el poder social al nivel del estado se halla sustentado no sólo en la ley y la fuerza, sino asimismo en un elaborado sistema de ideas que nos lo presentan como normal e incontrovertible»[18].

En el caso de la pornografía, y siguiendo la lectura que Segal hace de Stephen Heath, habría un rasgo esencial que aquélla comparte con todos los discursos científicos y culturales de los últimos cien años en tomo a la sexualidad, desde la sexología o el psicoanálisis a los distintos géneros literarios: es aquí, se dice, así como en la pornografía, «donde encontramos la propaganda más básica y fundamental que sugiere la ineluctable despersonalización *(selflessness),* la inevitable subordinación de la mujer: una mujer que sólo puede encontrar su salvación en el servicio a los demás. Sin embargo, únicamente en la pornografía se presenta este servicio como -exclusivamente- sexual, en vez de maternal o simplemente servil *(menial)*»[19].

Según Segal, el liberalismo sólo se interesa por la libertad de expresión sin preocuparle qué voces o qué grupos son los que se manifiestan. El feminismo, por contra, siempre ha entendido la producción cultural como una arena de lucha política. En las últimas décadas, se ha condenado sistemáticamente el uso sexista de las mujeres y sus cuerpos en la publicidad, en los concursos de belleza y, en general, en

---

[16] Beverley Brown, «A Feminist Interest in Pornography. Some Modest Proposals», *m/f (a Feminist Journal),* núms. 5 y 6, 1981, págs. 5-18. El artículo en el que se recogen estas declaraciones es el siguiente: Raquel Osborne, «El liberalismo y el feminismo ante la pornografía: ¿Enemigos irreconciliables o amigos posibles?», Sistema, n.º 98, septiembre de 1990, págs. 71-85.

[17] Beverley Brown, *ibid.,* pág. 14.

[18] Mary McIntosh, «Liberalism and the contradictions of sexual politics», en Segal y McIntosh, eds., *op. cit.*, pág. 158.

[19] Lynne Segal, «Sweet sorrows, painful pleasures: Pornography and the perils of heterosexual desire», en Segal y McIntosh, eds., *op. cit.*, págs. 69. Lynne Segal se refiere al siguiente libro: Stephen Heath, *The Sexual Fix,* Londres: MacMillan, 1982.

los estándares de aceptación social a que se ven sometidas las mujeres. En el caso de la pornografía, continúa Segal, se apela a la fantasía masculina de la mujer siempre deseante y, sobre todo, disponible en el contexto de unas sociedades que se han revelado incapaces, y hasta hace muy poco, escasamente deseosas de ofrecer protección efectiva contra el acoso sexual, los malos tratos y la violencia sexual[20].

Llegamos, pues, a un aspecto central en todo este debate -el de la violencia sexual- cuyo enfoque por parte del feminismo procensura es profundamente criticado por Malem, con el cual coincidimos en algunas de dichas críticas. Por ejemplo, la de que la supuesta relación causal pornografía-violencia se halla indemostrada[21].

Malem critica la mezcolanza que el feminismo procensura propugna entre pornografía = violencia = hombre violentos = relaciones heterosexuales forzadas. Hace ya tiempo que el feminismo anticensura ha denunciado esta serie de despropósitos. Pero Malem utiliza en ciertos momentos argumentos «facilones» que le ahorran profundizar mínimamente en el escabroso tema de la violencia masculina para con las mujeres. Evidentemente, no todos los hombres son violentos ni todos los hombres asumen sin más el machismo. Por lo demás, muchas constituciones democráticas se pronuncian contra la discriminación sexual. También según las leyes, ciertas agresiones sexuales se hallan severamente castigadas. Pero si dejamos ahí la cuestión, como hace Malem, estaríamos implicando: que la violencia masculina para con las mujeres es un fenómeno puramente individual, así como que en cuanto un hombre comete una agresión las leyes se ocupan de castigarle debidamente. Por añadidura, mamá Constitución se encargaría de supervisar todo el proceso para que ninguna mujer se sienta discriminada en ningún caso.

La realidad, por desgracia, no es tan simple como sugiere Malem y como sería sin duda deseable. No todos los hombres hacen profesión de fe machista, y un número cada vez mayor de ellos se manifiestan activamente, en sus actitudes públicas y (menos) en sus actuaciones privadas, en contra del mismo. Pero ello no excluye que todo hombre, por el mero hecho de serlo, participe de un sistema que le favorece y que le privilegia, con todas las matizaciones que se quiera, frente al conjunto de las mujeres[22]. Y esto enlaza con lo que me interesa resaltar a continuación y he comentado ya en otro lugar: «El movimiento de mujeres destapó la problemática de la violencia sexual enmarcando su

---

[20] Segal, «Introduction», en *ibid*., pág. 5.

[21] Véase mi artículo «¿Existe una relación causal entre pornografía y violencia?», en Calderón y Osborne, eds., *op. cit*., págs. 63-90.

[22] Véase Josep-Vicent Marqués, «Varón y patriarcado», en Josep-Vicent Marqués y Raquel Osborne, *Sexualidad y sexismo,* Madrid: Fundación Universidad-Empresa, 1991.

ejercicio en su contexto de dominación/subordinación y revelando que la comprensión de este fenómeno no debe hacerse únicamente desde la patología individual, sino que debe ser entendido en un sentido estructural. Su análisis demostró que la violencia sexual procede de la existencia de un sistema de sexo/género (o de dominación patriarcal, o de la mujer por el hombre, como otras/os prefieren denominarlo), y a la vez que este sistema se ve reforzado por la persistencia de la mencionada violencia».

Si nos referimos más concretamente a la violación, «la tolerancia implícita, cuando no explícita, hacia una conducta como la violación, descansa sobre una serie de mitos en torno a la misma, que con gran holgura invierten la situación real y acusan a la víctima del delito que se comete contra ella. Se insinúa que la mujer «provoca» al hombre y se coloca en situación de ser violada con el argumento de que a las mujeres decentes «no les pasa» -otro mito, puesto que las violaciones son experimentadas por las mujeres de toda condición y grupos de edad, desde niñas hasta ancianas-. Es más, muchas de ellas tienen lugar en el propio domicilio de la víctima y son efectuadas por algún familiar o conocido, lo cual rompe la idea -real a veces, pero sesgada como fundamento del análisis- del violador enfermo que nos espera en cualquier descampado. Detrás de estas agresiones se esconde un desprecio por el sexo femenino y una concepción de la mujer como propiedad. La legislación vigente en España hasta fechas harto recientes ha dejado mucho que desear, y si la actual presenta quizá algunas lagunas (en proceso de modificación en el nuevo proyecto de Código Penal), más difícil parece la resolución de la ineficacia, desidia y/o mala fe de numerosos policías, médicos forenses y jueces. Con los malos tratos ha sucedido algo parecido en cuanto a la esfera legal. Resulta igualmente una conducta que cuenta con una cierta aprobación social en determinados casos («si tu marido te pega, no llores Lola. Vale más llevar palo que dormir sola»)[23], siendo aún concebida como un «asunto privado» en el que el Estado no debería interferir»[24].

Pasando a otro importante aspecto de la cuestión, que se considere irrelevante el consenso de una profesional del sexo mientras efectúa su trabajo (en la pornografía de igual forma que en la prostitución) ha sido también ampliamente criticado tanto por el sector de féminas que defiende el derecho al trabajo de estas mujeres como por las propias implicadas, quienes han denunciado este paternalismo como un insulto a sus personas. Ello no obsta para que, en general, la situación laboral y social de estos colectivos de trabajadoras deje mucho que desear

---

[23] Néstor Iamo, *La alpispa* (canción canaria contemporánea).

[24] Raquel Osborne, «La discriminación social de la mujer en función del sexo», en Marqués y Osborne, *op. cit.*, págs. 269-70.

a causa de las leyes represoras que con frecuencia permiten su explotación y de la nula consideración que merecen por el desempeño de tales actividades. De ahí que, como hace Malem, *categorizar su situación exclusivamente en términos de consenso, puesto que por decisión propia efectúan aquel trabajo, resulta necesario pero insuficiente.* Dado el estigma asociado a su trabajo es de suponer que, en su inmensa mayoría, acuden a él quienes no tienen otra posibilidad de salir adelante socialmente en condiciones económicas dignas. La discriminación laboral de la mujer, entendida en sentido amplio, unida a los múltiples casos en los que no se cuenta con apoyo económico masculino para la subsistencia (a causa, por ejemplo, de constituir una familia monoparental, posible por muy diversas razones), se halla, entre otros factores, a la base de semejante situación. Así pues, reconocemos la existencia de un consenso formal en la mayoría de las adultas implicadas en estas profesiones, pero a continuación se impone añadir la petición de reconocimiento de sus derechos como trabajadoras y la denuncia de la situación general de discriminación que padecen las mujeres, que es la que provoca entre las mismas situaciones de necesidad.

El feminismo se ha mostrado ambivalente ante la intervención del Estado en las cuestiones que incumben a las mujeres. Las posturas han oscilado entre dos polos: de una parte, la de quienes, con un criterio posibilista, piensan que la marginación tradicional de la mujer y la preterición de los asuntos que le conciernen desde la cosa pública tan sólo puede superarse interviniendo en dicha esfera; de otra parte, la de quienes niegan el sentido de tal intervención, denunciando los riesgos de desvirtuación de las reivindicaciones y prefiriendo un movimiento «desde fuera», o desde abajo, que arranque sus demandas con movilizaciones.

A pesar de la crítica efectuada por el feminismo a la postura liberal clásica en torno a las nociones de lo público y lo privado, el hecho de que se afirme que «lo personal es político» no convierte necesariamente al feminismo en sinónimo de recurso a la intervención del Estado. En el caso que nos ocupa aquí, el feminismo anticensura no pretende el control legislativo de los materiales pornográficos, y menos con un instrumento como el que ofrecen las leyes al uso, a las que preocupan determinadas formas de expresión del sexo pero no el sexismo.

El antedicho feminismo prefiere efectuar: 1) en su aspecto negativo, una crítica cultural de las representaciones sexistas en los diversos medios de expresión y comunicación, inserta en el conjunto de una crítica al sistema patriarcal que subordina a las mujeres, y 2) en su aspecto positivo, el fomento de las imágenes positivas de las mujeres, en todos los terrenos y particularmente en el de la sexualidad, por medio de producciones alternativas propias o recurriendo a las ya existentes, como la difusión de libros y revistas y obras artísticas antisexistas y/o de contenido explícitamente sexual.

Espero que a lo largo de estas páginas hayan quedado de manifiesto algunos de los acuerdos y desacuerdos existentes entre la postura liberal de un Malem y las posiciones de un feminismo anticensura. Pero por encima o por debajo de las discrepancias, resulta sumamente apreciable la posibilidad de un diálogo que, por lo que hace al feminismo, pretende poner el acento no sólo en la libertad (sexual en este caso), con todo y lo cara que ésta en efecto es para las mujeres, sino asimismo en la igualdad entre ambos sexos. Esta última sería entendida no como un acercamiento femenino a las posiciones masculinas dominantes -como se ha solido venir efectuando hasta la fecha- sino más bien como un intento de superar la tradicional segregación genérica entre los individuos y de lograr la plena extensión de la consideración de tales a todos los seres humanos sin distinción de género.

FEMINISMO RADICAL, PORNOGRAFÍA Y LIBERALISMO

RESPUESTA A RAQUEL OSBORNE*

En España, sobre todo en los últimos años, el debate sobre cuestiones político-filosóficas y filosófico-jurídicas se ha incrementado enormemente. Común hoy resulta encontrar en las revistas especializadas argumentos y contra-argumentos en forma de réplica y contra-réplica acerca de algún problema determinado, lo que hace, a veces, que la cuestión planteada sea más interesante; DOXA es un buen ejemplo de ello. Que intervengan en el debate personas de distinta formación académica y de distintas disciplinas, si bien amplía el ámbito de la discusión, en no pocas ocasiones provoca no sólo desacuerdos meramente lingüísticos, sino también de aproximación al objeto discutido y, por cierto, de propuestas de solución, si es que de eso se trata. Estos inconvenientes se agravan cuando una de las partes en liza acusa a la otra de «unilateralidad en el análisis» o de «preocuparse sólo de un aspecto», sin caer en la cuenta que precisamente ese es, y no otro, el examen que se pretendía llevar a cabo desde una especial perspectiva intelectual y profesional. Probablemente lo que Osborne critica en mi trabajo sobre su «unilateralidad» se transforma en una virtud si se piensa que cualquier análisis debe acotar el objeto de la discusión, a la vez que debe señalar los objetivos perseguidos. Y todo ello, con la mayor claridad posible. Creo que esos objetivos fueron satisfechos por mi trabajo anterior. Por otra parte, siempre es de agradecer las críticas que se nos formulan, sobre todo de lectoras como Raquel Osborne, quien, sin embargo, a lo largo de su trabajo y en más de una oportunidad parece que «construye» un enemigo difícilmente identificable, de una manera completa, con mi posición, a la que ella denomina «liberal clásica» y que yo agregaría, según su caracterización, «de mediados del siglo XIX». No sé si hoy abunda

* Las referencias al artículo de Raquel Osborne, y también al del propio Jorge Malem, son al original mecanografiado.

algún ejemplar de esa naturaleza, desde luego no es la imagen que me devuelve mi espejo.

Osborne comienza su crítica rechazando el uso que hago de la expresión «feminismo radical», lo curioso es que no diga ni una sola palabra acerca de mi caracterización de lo que denota ese término, eje central de buena parte de mi trabajo. Frente a quien piensa que se trata de una expresión anticuada, hoy en desuso, basta señalarle que en las publicaciones más recientes, esa expresión sigue siendo de uso común[1]. Osborne, en cambio, prefiere denominar a la porción del feminismo que está a favor de la censura con el muy descriptivo título de «feminismo procensura». No merece la pena centrar la discusión en una mera cuestión de nombres, pero en mi opinión, la fraseología utilizada por Osborne oculta el hecho de que la censura misma, en el caso de la parcela del feminismo analizado, es una consecuencia necesaria de sus presupuestos ideológicos, de sus asunciones empíricas -falsas- y de sus proyectos políticos no democráticos. En mi artículo traté de mostrar esa conexión causal. Denominar a este colectivo sólo por una *consecuencia necesaria* de sus presupuestos resulta confundente y empobrecedor. Se puede estar a favor de la censura sin participar de ninguno de los presupuestos radicales. Tal sería el caso de quién desea prohibir la pornografía, por ejemplo, en virtud de un mandato religioso, porque piensa que de ese modo mejorará la literatura y el cine o porque le desagrada sin más. El nombre propuesto por Osborne debería denotar también estos casos, pero al hacerlo ampliaría en demasía el objeto examinado con una natural pérdida de precisión. Por otra parte, se vería obligada a formar un conjunto con elementos tan absolutamente dispares que cualquier afirmación encontraría de inmediato un contraejemplo en el seno mismo del conjunto. Extender el análisis de las razones para la censura sin más a todas las que están en su favor produciría, por tanto, errores teóricos importantes debido a un exceso de generalización, en los que al menos yo no quiero incurrir.

Resulta obvio que si se asume que el estado democrático liberal y su derecho son maquinarias al servicio de la subordinación de la mujer, que la sexualidad masculina es siempre violenta, que absolutamente toda la cultura imperante hoy es machista y que la pornografía «representa la esencia pura de la propaganda contra la mujer»[2], tal

---

[1] Véase, por ejemplo, C. MacKinnon, *Only Words*. Harvard University Press, 1993. M. Daly., *Gyn/ecology: the metaethics of radical feminism*. Boston: Beacon Press, 1990. N. Robertson, *The girls in the balcony*. Nueva York: Randon House, 1992. R. Berger, y otros, *Feminism and Pornography*. Nueva York: Praeger, 1991. E. Frazer, J. Hornsby, S. Lovibond (eds.), *Ethics: a feminist reader*. Blackwell Pub. 1992. M. Gatens, *Feminism and Philosophy*. Indiana University Press 1991.

[2] Véase S. Brownmiller, *Against our will*. Bastan Books, New York 1990, pág. 443. Frase similar puede encontrarse en Osborne, pág. 16. Hay un largo etcétera

como hace el feminismo radical, se debe propugnar el cambio del Estado de una manera radical. Se debe intentar pasar de un Estado de libertades a otro Estado donde su derecho se rija no ya por el principio del daño -que es coetáneo a aquéllas-, sino por otros criterios (tal vez perfeccionistas), siguiendo, claro está, «el actual curso de la historia». Y a la espera de que tal advenimiento ocurra, mientras tanto, aceptar las tesis conservadoras, «legitimar» los discursos conservadores represivos, y promocionar, iniciar, desarrollar y apoyar medidas de censura, a distintos niveles. De hecho, éste es el camino que siguieron las feministas radicales estadounidenses desde comienzo de la década de los setenta -repito-[3] y que alcanzó su máximo exponente en la medida legislativa propuesta por C. MacKinnon, y que fue analizada en detalle en mi artículo base de esta discusión. Y algo similar ocurrió con una parte del feminismo en Canadá.

Osborne repite en más de una ocasión mi «olvido» (¿malintencionado?) del llamado por ella «feminisino, pro sexo» o «feminismo anti censura». Advertí al comienzo del trabajo criticado por Osborne (pág. 5 y, sobre todo, en la nota 4) que sólo dedicaría mi atención a esta forma de feminismo, entre otras cosas porque me interesaba poner de manifiesto el maridaje existente entre los sectores conservadores (y en algunos casos más reaccionarios de la sociedad) con al menos algunas parcelas de los llamados «nuevos movimientos sociales». Certificada la muerte del marxismo -tal vez con demasiada anticipación como fuente crítica del Estado-, «los nuevos movimientos sociales» aparecen *en algunos casos* como críticos radicales, propugnando -repito, en algunos casos- la eliminación del Estado democrático. Y en más de una ocasión, como es el que nos ocupa, de la mano de proyectos políticos autoritarios de derechas. Es una exigencia académica -repito-, acotar el marco de la investigación, y quien decide los límites del trabajo es el propio investigador, a condición -como fue el caso- de que los haga explícitos, tal como parece no entender Osborne.

Bajo la palabra «feminismo» se denota una miríada de grupos y grupúsculos con enunciados teóricos contradictorios. «Gracias a Dios» -exclama Osborne-, cabría señalar (eso) en favor del feminismo» (pág. 6). Eso es considerado por Osborne como «pluralidad feminista» (pág. 6). No tengo dudas, después de tales afirmaciones, que Osborne considera que las contradicciones de enunciados son

---

de citas en este sentido, alguna de las cuales fueron reproducidas en mi trabajo objeto de este debate.

[3] Discutir si el movimiento que Osborne llama procensura comenzó a principios de la década de los setenta -fecha que yo señalo- o exactamente en 1979 -fecha que señala Osborne- no creo que resulte intelectualmente excitante. Como una cuestión meramente anecdótica, puede consultarse en favor de mi tesis, D. Downs, *The new politics of pornography*. The University of Chicago Pres, 1989, pág. XIX.

teóricamente enriquecedoras, tal como hace su colega el sociólogo N. Luhman. Desde el punto de vista lógico es por todos conocido que de dos enunciados contradictorios se puede inferir cualquier conclusión. De esta manera, le resulta fácil a Osborne «inferir» la conclusión que mejor vela por sus particulares inclinaciones. Para evitar poder inferir cualquier conclusión, dediqué mi atención a tan sólo una parcela de lo que la palabra «feminismo» suele denotar. Por otra parte, habría que recordarle a Osborne que cuando consideré oportuno citar a alguna feminista de las por ella llamadas «pro sexo» o «anti censura», así lo hice. Este dato puede verificarse en las citas del trabajo criticado números 1, 3, 5, 9, 23, 38, 65, 66, 68, 69 y 70. A veces da la impresión de que las feministas -con independencia de cuál sea el grupo al que están adscriptas- sólo aceptan referencias bibliográficas «feministas», y que otras fuentes por mas senas y bien informadas que sean no merecen la pena ser presentadas -a menos, claro está, que sean laudatorias a sus posiciones.

Sólo así puede entenderse la pertinaz afirmación de Osborne de que ya las feministas, por ella llamadas «pro sexo», habían señalado que la definición de pornografía de MacKinnon y sus adláteres era «vaga y ambigua». Por señalar, estas características de la definición de pornografía en la ordenanza de Minneápolis ya fue indicada también por las diferentes instancias judiciales que entendieron en tal asunto (como así lo puse de manifiesto en mi anterior trabajo, pág. 11), y que constituyó una de las razones para su declaración de inconstitucionalidad. Y ya advertí en la nota n.º 7 (también de mi anterior trabajo), que poner el acento *sólo* en los aspectos lingüísticos de la ordenanza era un error. Que la definición estaba redactada en esos términos, y no en otros, precisamente para posibilitar decisiones represivas más amplias y más fáciles desde el punto de vista procesal. Al igual que en determinadas leyes fascistas italianas que reprimían «a los enemigos del pueblo», o de la ley de prescindibilidad dictada por la junta militar en Argentina en la época de mayor autoritarismo de su historia -1976- al establecer que serán declarados prescindibles «los que sean factor actual o potencial de perturbación en su lugar de trabajo», el feminismo radical aprovecha las características del lenguaje ordinario con aquellos propósitos espúreos.

Resulta curioso también la claridad conceptual con la que Osborne nos ofrece una definición de pornografía. Según ella, el «*feminismo en su conjunto* sí que ha tratado de redefinir la conceptualización clásico-liberal de pornografía» (pág. 7, el subrayado es mío), «*a las feministas no les preocupa la explicitación de las partes íntimas, sino el sexismo de esos materiales* (el subrayado es de Osborne)... A partir de ahí, las opiniones son diversas, y las vías a seguir también, en el seno del feminismo» (pág. 8). No se sabe muy bien qué

quiere decir que un concepto es formulado por el «feminismo en su conjunto» -es extraño pensar que los conjuntos formulen algo-, si lo único que quiere señalar es que diversas feministas formulan muchas definiciones incompatibles las unas con las otras, realiza una afirmación por demás trivial y que por cierto, no soluciona el problema. Si lo que quiere poner de manifiesto, en cambio, es que un material para ser pornográfico requiere, desde su particular punto de vista, que sea sexista, entonces la fórmula empleada es al menos tan vaga como la de MacKinnon. Y sería de aplicación a Osborne las mismas palabras de la propia Osborne, que ya fueron citadas en mi artículo anterior y que reproduzco por mor de la anécdota. Según Osborne, «para unos la simple representación de un acto sexual sería degradante (¿sexista?). Para otros la degradación (¿sexista?) sería innegable cuando menos en el caso de la postura del misionero (el hombre encima, la mujer debajo). «Invitar a la penetración» (otro término del proyecto de ley) puede resultar para algunos equivalente a postular la identidad con las prostitutas (las mujeres decentes no solicitan esas cosas); para otros equivaldría en cualquier caso a una práctica machista, ya que el hombre sólo concibe la sexualidad de la penetración... Para ciertas personas, cualquier intento de separar la sexualidad femenina de la procreación, el matrimonio y la familia la convierte en un objeto, al removerla de su lugar y contexto 'naturales'...»[4].

Si por el contrario, lo que quiere decir es que cualquier material «sexista» (sea cual fuere ahora el significado que le asigna a este término), pornográfico o no, ha de ser criticado desde un punto de vista moral o estético, entonces nada tiene que ver con el concepto de pornografía, sino con las posibles condiciones para su rechazo. Y aún en este caso, la represión jurídica no estaría justificada -según Osborne-, ya que el feminismo anticensura «no ubica estas cuestiones en el marco jurídico-represivo-regulador» (pág. 8); o para decirlo en otras palabras, porque según Osborne, el feminismo anticensura no está en favor de la censura.

Pero dejando de lado las cuestiones conceptuales[5], lo que es objeto de mi preocupación -dado mi formación intelectual y profesional- es qué decisión ha de tomar el Estado frente a la pornografía para que tal decisión pueda considerarse legítima. Y aquí vuelvo a retomar el principio del daño, la única razón que justifica la existencia del derecho sancionador es evitar que se dañe a otro. Y el daño se puede producir tanto en contextos públicos como en contextos

---

[4] Véase, R. Osborne, *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad.* Editorial La Sal, 1989, págs. 52-53, reproducidas en mi trabajo criticado por Osborne, pág. 12. Bastaría, en este caso, cambiar degradante por sexista.

[5] Quien esté interesado en un desarrollo en detalle de la definición de pornografía que propongo, véase J. Malem Seña, «Acerca de la pornografía», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 11, enero-abril de 1992.

privados. Como debería saber Osborne, por ejemplo, en España la violación puede consumarse tanto dentro como fuera del matrimonio, tanto en la calle como en el lecho conyugal. Mantener una posición contraria sería incorrecto, sería como pensar que dado que la «dulce Neus» instigó, preparó y participó en la ejecución del asesinato de su marido junto a sus hijas no estaba realizando, en el fondo, una serie de actos condenables, a condición de que todos ellos los hiciera en «la privacidad de su hogar». Decir que los principios o la doctrina liberal justifica los daños cometidos en privado es, simplemente, falso. Sobre este punto volveré más adelante.

Osborne mantiene una posición errática respecto del principio del daño y del daño que supuestamente causa la pornografía. Por una parte, afirma, en diversas publicaciones, no existe una relación causal entre pornografía y agresiones sexuales. Y tampoco, por lo que se dijo con anterioridad, existe una relación necesaria entre pornografía y degradación (¿sexismo?) de la mujer, sin embargo, haciendo suya una cita de Beverley Brown, sostiene: «los daños que el feminismo desea resaltar no dependen, para su calificación como serios, *de que se traduzcan en actos violentos contra los individuos,* dado que los perjuicios perpetrados por la pornografía en la consideración de las mujeres, inmersas en una sociedad sexista, *son ya bastante serios en sí mismos*...» (pág. 15) (el subrayado es mío). Mi pregunta es, ¿cuáles son los daños serios que «en sí mismos» acompañan a la pornografía? Si se me responde que el «sexismo», ¿es que acaso ahora la pornografía es por definición «sexista»? En algunos pasajes, como el anterior, Osborne parece decir que sí, en otros que no, como en el caso de su aceptación de una escena pornográfica de carácter lésbico cuyas protagonistas no asuman «posiciones sexistas» (cualquiera que sea el significado que se le asigne a esta palabra) (pág. 8) o en el caso de «el fomento de las imágenes positivas de las mujeres... como la difusión de libros y revistas y obras artísticas antisexistas y/o de contenido explícitamente sexual» (pág. 21). Una vez más, me parece que Osborne aboga por la fertilidad explicativa de enunciados contradictorios.

Pero lo que resulta intrigante es la crítica que se le hace a un postulado del liberalismo, y a mí mismo, respecto a la necesidad de que el daño se cometa sobre un individuo determinado. El daño ya no sería una cuestión puramente individual, dice Osborne (pág. 17). Pero esto puede querer decir diversas cosas. En primer lugar, que el sujeto activo de la inflixión del daño es colectivo, es decir, que todos los hombres dañan a todas las mujeres independientemente de las acciones concretas que cada uno de ellos realice. Estas podrían ser, por ejemplo, las tesis de las feministas Mary Daly para quien «los hombres son mutantes que pueden (al igual que otras mutaciones)

eliminarse a sí mismos con el tiempo» -aquí los hombres no sólo dañan a las mujeres, sino que se dañarían también entre sí-, y de Sally Gearhart para quien la «conservación del planeta exige que se reduzca la proporción de hombres y se mantenga aproximadamente en el 10 por 100 de la raza humana»[6]. No creo necesario entrar en el análisis de posiciones tan pintorescas. Pero algo de esto se traduce en Osborne cuando afirma enfáticamente, «que todo hombre, *por el mero hecho de serlo* (e independientemente de las acciones que realice -repito-) participa de un sistema que le favorece y que le privilegia, con todas las matizaciones que se quiera, frente al conjunto de las mujeres» (pág. 18 -el subrayado es mío). Esto quiere decir que se transforma a los hombres, por el mero hecho de sus propiedades biológicas y precisamente *al margen de sus acciones e intenciones* en un ser que daña, que es incapaz de llevar a cabo un juego limpio en sus relaciones sociales y sexuales, y hasta incapaz (siempre se está en una situación de superioridad, según Osborne) de pensar y de actuar moralmente. El hombre es condenado por el mero hecho de serlo. Como se recordará, el régimen nazi impuso medidas coercitivas contra judíos, gitanos y negros en virtud de propiedades como el color de la piel, la raza o la religión, y son bien conocidos por todos las críticas de Kelsen, entre otros, respecto a la inconveniencia de considerar tales medidas coercitivas como sanciones dada la falta de acción y de intención (y por tanto de daño) imputable a los sujetos que las sufrieron. El hecho de ser hombre o negro no puede implicar jamás «un acto» de incorrección, ilicitud, ilegalidad, inatenticidad. La arbitrariedad y las más grandes de las inmoralidades fueron las consecuencias necesarias de las concepciones nazis respecto del género humano. Pero regresemos al feminismo, ¿qué acción debería llevar a cabo un hombre para demostrar -en el esquema feminista- su «inocencia»? Ninguna. Si actúa de un modo machista, la hipótesis feminista se habrá corroborado, si lo hace en sentido contrario, también habría sido corroborada, dado que el hombre por definición («por el mero hecho de serlo») es, en este sistema, «culpable de algo» (*nunca* podrá tratar a una mujer en pie de igualdad, *siempre* estará en una situación de superioridad, *siempre* de ella se aprovechará). Se presupone lo que se quería demostrar. La demonización de lo masculino está servida.

Osborne, al afirmar que el daño no es individual, puede querer decir también que cuando un hombre daña a una mujer, está

[6] Citadas por A. Echols, «El ello domado: la política sexual feminista entre 1968-83», en C, Vance (comp.) *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina.* Traducción Julio Velasco y M.ª Angeles Toda. Editorial Revolución, 1989, pág. 83.

dañando, en realidad, a todas las mujeres del mundo actual, del pasado y también del futuro. Cuando se viola a una mujer -se suele decir- se viola a todas las mujeres. No quiero señalar el problema empírico de violar a todas las mujeres del mundo al mismo tiempo, sino poner de manifiesto que tal razonamiento involucra una falacia en la composición, y que, por tanto, es lógicamente inaceptable. No repetiré aquí mi analogía con el robo de un radio cassette[7].

Puede también querer decir que es posible dañar al abstracto que constituye la clase de las mujeres. Que se puede violar a la «clase» de las mujeres, lesionar a la «clase» de las mujeres o tal vez robarle un televisor o un radio cassette a dicha «clase». Tengo mis serias dudas de que tal hecho sea empíricamente posible. Pero esto nos conduce a un problema que puede ser interesante desde un punto de vista teórico (y no sólo para las feministas). ¿Es posible dañar a una clase (las de las mujeres, por ejemplo) sin dañar al mismo tiempo a ninguno de sus miembros (alguna mujer en concreto), o sin hacer referencia, para cierto tipo específico de delitos, al menos a individuos concretos? Las feministas radicales (y probablemente también Osborne), dado sus peculiares razonamientos, están obligadas a decir que sí. Pero deben probarlo, no pueden establecerlo por definición. Y están lejos de poder hacerlo. No basta ni siquiera que digan que *alguna mujer,* por el hecho de ser mujer, es dañada por una acción(es) concreta(s) de un sujeto(s) activo(s) concreto(s) -hombre o mujer-. Si así lo hicieran se situarían en el supuesto del daño a individuos y se acercarían (¿peligrosamente?) a la concepción liberal del daño que dicen criticar. Por mi parte, no veo otra posibilidad que no sea la de considerar el daño a individuos.

Respecto de la pornografía, tampoco es suficiente con decir que genera una concepción en el hombre de tal entidad que le configura ideológicamente en el futuro, sino que tienen que decir que la pornografía *causa* o *determina* qué tipo de acciones realizará ese hombre necesariamente en el futuro, tal como lo hace C. Itzen. Ya señalé en mi anterior artículo la falsedad de la primera parte de la afirmación, dada la descontextualización e irrealidad del material pornográfico (véanse las págs. 42 y ss.) y, por tanto, la falsedad de la segunda. No creo necesario repetirlo ahora. Sí me gustaría subrayar, en cambio, que el daño o se prueba, o vale la presunción de inocencia. Principio éste caro al derecho penal sancionador de carácter liberal que significa una garantía procesal imprescindible para el ser humano. No vale afirmar, tal como hace Osborne invirtiendo la carga de la prueba respecto del supuesto daño causado por la pornografía que «lo malo es que hoy por hoy, se trata de una demostración indemostrada» (pág.

[7] Véase mi anterior artículo, pág. 45.

8). Una vez más, Osborne pretende esclarecernos con contradicciones en los términos (demostración indemostrada ¿?).

Conectado con estos aspectos está, naturalmente, la cuestión acerca de la connotación y denotación que le asignamos a la palabra «daño». En otro lugar sostuve que un Estado liberal moderno debe garantizar las condiciones para el pleno desarrollo de la personalidad, y para el desenvolvimiento incluso de aquellos planes de vida cuyo modelo no sea el mayoritariamente aceptado. En ese sentido, debería establecer un marco legal que prohibiera cualquier ataque a lo que Ernesto Garzón Valdés denominó «el coto vedado», como así también cualquier interferencia en la satisfacción de los intereses secundarios compatibles con dicho coto[8].

Las leyes no se ocupan de castigar debidamente a nadie, tal como afirma Osborne (pág. 17). Establecen un marco de acciones prohibidas, ordenadas o permitidas, y ordenan a los diversos órganos del Estado que investiguen, juzguen si cupiera, y condenen en su caso a quien realiza la conducta descripta en la norma como una de las condiciones de la sanción. Se pueden tener buenas leyes y malos jueces. Cuando se achaca al liberalismo el hecho de que los jueces y ciertos estamentos estatales incumplen con sus respectivas obligaciones se descalifica globalmente aspectos que no están conceptualmente vinculados, y eso no sólo constituye un error teórico, en muchos casos induce a una práctica política inadecuada, y en muchos otros, es una simple inmoralidad. En ese sentido, el liberalismo nos proporciona un principio justificatorio, el principio del daño, el Estado liberal nos proporciona ciertas leyes represivas legítimas, a modo meramente ejemplificativo, las que establecen como delitos la violación o las lesiones, y la doctrina liberal nos indica que aquel principio ha de interpretarse en conexión con el «coto vedado». No creo necesario para el tema que nos ocupa, pues, ni nuevos y vagos principios -y peligrosos-, ni un nuevo Estado diferentes del democrático y social basado en la igualdad y la libertad, ni, por cierto, una nueva doctrina que se asiente en algún «ismo» particular alejado del universalismo. Sí en cambio, y tal vez coincida con Osborne al menos parcialmente, es necesario generar en los jueces y en las demás instancias estatales -y por cierto, en las personas en general- una conciencia de cómo se deben aplicar esos principios y esas leyes. Con esto no quiero decir, por cierto, que el Estado democrático y liberal carezca de imperfecciones, pero la ventaja de este Estado es que tiene principios, prácticas e instituciones que permiten precisamente

[8] Para un análisis de cuál es la actitud éticamente correcta del Estado respecto a la satisfacción de necesidades básicas y de deseos secundarios, véase J. Malem Seña, *«Bienestar y legitimidad»,* DOXA, n.º 9, 1991.

la eliminación de sus desajustes, sólo es necesario instar a los mecanismos socio políticos pertinentes para llevarlos a la práctica. Si así no fuera posible, quedarían entonces expeditas formas de acción directa no violenta que, como en el caso de la desobediencia civil, resultan compatibles con el Estado de derecho[9].

Una última acotación acerca de la pornografía, la privacidad y el principio del daño. Bajo el confuso lema «lo personal es político», las feministas, y no únicamente las feministas[10], suelen achacar al liberalismo la justificación de la inflixión de un daño a terceros a condición de que éste se realice en contextos privados. Osborne sigue ese camino. El liberalismo justificaría que a una mujer se la pegue o se la viole a condición de que tales actos se lleven a cabo dentro de las paredes del hogar o en el lecho conyugal (Osborne, págs. 5, 11 y 14). Bajo ese lema, entre otras cosas, se rechaza por un lado y se propugna, por el otro, hacer desaparecer la distinción entre lo público y lo privado, tal como se pone de manifiesto en la siguiente cita de C. MacKinnon, «lo personal es lo público para quienes lo personal es político. En este sentido, no existe lo privado, ni normativa ni empíricamente. El feminismo se enfrenta al hecho que las mujeres no tienen privacidad que perder o que garantizar. No somos inviolables. Nuestra sexualidad no sólo es violable, es vista en y como nuestra violación. Enfrentarse al hecho de que no tenemos privacidad es enfrentarse a la degradación íntima de las mujeres como el orden público»[11]. Aunque sobre este punto, digno es de señalarse, la «doctrina feminista» tampoco es pacífica.

En realidad, la distinción entre lo público y lo privado aparece en contextos diferentes y con distintos significados. Y no sólo a veces tiene un contenido descriptivo y otras normativo, sino que en no pocas ocasiones se usa público/privado en premisas descriptivas y luego aparece idéntica fórmula lingüística en la conclusión pero con un contenido claramente normativo.

Según Ruth Gavison, es posible diferenciar al menos tres contextos donde se usa la distinción público/privado. Para distinguir lo accesible de lo inaccesible, para establecer un límite entre libertad de acción e interferencia y para marcar diferencias entre los individuos y los grupos de individuos o la sociedad. En el primer caso, se hace referencia con la noción de privado a aquellas informaciones que deben permanecer (o que de hecho permanecen) ocultas al público.

---

[9] Para el problema de la desobediencia civil, véase J. Malem Seña, *Concepto y justificación de la desobediencia civil.* Ariel, Barcelona, 2.ª ed. 1990.

[10] Véase, por ejemplo, el movimiento de Critical Legal Studies.

[11] Véase, C. MacKinnon, «Privacy v. Equality: Beyond Roe v. Wade», E. Frazer, J. Hornsay, S. Lovibond (eds.) *Ethics: a feminist reader,* ob. cit., págs. 359-360.

Hace referencia a la forma en que está permitido (y prohibido para los otros casos) el acceso a cierta fuente de información.

En segundo lugar, lo privado hace referencia a aquellas áreas donde la libertad de acción de una persona no puede ser interferida por otras, o por el Estado. Si en el primer caso se trata de impedir la observación o el conocimiento por parte de otros, aquí se trata de garantizar la libertad negativa.

En tercer lugar, sirve para distinguir entre los individuos y los grupos. En la categoría de lo individual (privado) se puede hacer referencia a tres aspectos distintos: lo íntimo, lo que se vincula a la propia identidad y las acciones que afectan sólo al individuo que las realiza[12].

Distinguir estos aspectos es importante, porque desde un punto de vista descriptivo, no todo lo que se realiza en ámbitos privados -en el primer sentido- puede estar libre de interferencias -privado en el segundo sentido-, ni puede estar conectado a ninguno de los tres sentidos de lo privado -en el tercer sentido-. Los actos de sodomía, por ejemplo, pueden ser actos privados en el tercer sentido -están relacionados con la intimidad y la identidad del sujeto que la practica-, pueden haberse realizado en privado en el primer sentido -en un hogar particular, con puertas y ventanas cerradas, es decir en un contexto no accesible al público- y sin embargo no ser «actos privados» en el segundo sentido -como en el caso de las leyes estadounidenses que los castigaban-. Y el caso del consumo de drogas o de la pornografía pueden también ilustrar cómo, cuando se usa el binomio público/privado sin hacer las debidas distinciones analíticas se cometen lamentables errores teóricos y de percepción de cuáles son las medidas adecuadas para hacer frente a tales cuestiones.

Naturalmente, como una cuestión descriptiva, hay casos absolutamente privados, hay casos absolutamente públicos y hay casos no sólo en la zona de penumbra, sino también que son públicos en algún sentido, y privados en otros, dados los tres criterios diferenciadores suministrados. Esto supone, por cierto, aceptar a nivel descriptivo, y también normativo, la distinción entre público y privado.

A nivel normativo, la distinción entre lo público y lo privado cumple dos funciones diferentes. Por una parte, lo privado sirve para legitimar la libertad negativa, garantizando zonas de no interferencia; mientras que por la otra, y en conexión con la autonomía personal, justifica la realización de los planes de vida personales cerrando el camino al perfeccionismo. El artículo 19 de la Constitución argentina

---

[12] Véase, Ruth Gavison, «Feminism and the Public/Private Distinction», *Stanford Law Review,* noviembre de 1992, págs. 1-45. Agradezco a Bruce Ackerman haberme llamado la atención sobre este trabajo.

plasma con singular belleza esta idea al establecer que «Las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados».

Cuando el liberalismo, a través de sus principios o de sus leyes como en el caso de la Constitución argentina, reclama cuotas de privacidad, lo hace a sabiendas y bajo el supuesto que los límites de las acciones permitidas en los ámbitos privados lo fija precisamente el principio del daño a otro. Hacerlo de otra manera implicaría, repito, que las acciones de la «Dulce Neus» y sus hijas estaban permitidas a condición de que se realicen en privado.

Es trivialmente verdadero, que en la aplicación de este principio no se ha seguido un desarrollo lineal, y la jurisprudencia en la República Argentina es un buen ejemplo de ello. Desgraciadamente lo mismo sucede con los derechos humanos. Pero a pesar de sus constantes violaciones, de las tragedias humanas, de las muertes inútiles, de las torturas, etc., cada vez es más difícil esbozar siquiera algún argumento seudo justificatorio, y cada vez es más acuciante, y más universal, la conciencia de luchar contra ello. Algo similar ocurre con los maltratos, las lesiones o las violaciones realizadas en privado -es decir, en ámbitos que *se suponen* (falsamente) justificados porque no son abiertos al público-. Nada hay ni en los principios, ni en la doctrina liberal moderna que los justifique. Cuando Osborne afirma que «en nombre (no deberás usar el nombre en vano) de la privacidad de la familia se ha justificado tradicionalmente la no intervención en los casos de maltrato a las esposas, de abusos a los niños, de violaciones en el matrimonio» (pág. 11) (entre paréntesis es mío, subrayado en el original), acusando al liberalismo de -seudojustificarlos, confunde simplemente los niveles de análisis. El Estado no sólo puede, sino que debe intervenir en contextos familiares privados (en el primer sentido) cuando se daña a terceros (es un asunto público en el segundo sentido asignado), ya que este aspecto tiene una prioridad casi absoluta sobre todos los demás[13].

Y también debe tener presente Osborne que no es precisamente a los «liberales» a los que ha de achacar el retroceso en la aplicación de sus principios. Efectivamente, en el caso Roe v. Wade que cita, la

[13] Todos los principios y normas valen «prima facie», no valen, pues, en un orden absolutamente lexicográfico. Hay casos, como lo ha puesto de manifiesto Carlos Nino, en que cierto daño a terceros estaría justificado. Por ejemplo, si es trivial e infinitamente inferior al daño que se produciría en la autonomía del agente que ejecuta el acto. Véase, Carlos Nino, «La autonomía constitucional «, en C. Rosenkrantz y otros, *La autonomía personal*. CEC. Madrid 1992, especialmente págs. 55-56. También en *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea, Buenos Aires 1992, pág. 307, y *Ética y derechos humanos*. Ariel, Barcelona, cap. X.

Corte Suprema de los Estados Unidos admitió la constitucionalidad de practicar el aborto basado en el argumento de la privacidad. Esta decisión fue duramente criticada por diversos sectores feministas: en primer lugar, por las feministas «pro vida», que se oponen radicalmente al aborto, y también por quienes, como C. MacKinnon, creyeron que la apelación al argumento de la privacidad no era útil ni bueno para las mujeres. Y ahora Osborne (pág. 13), en compañía de MacKinnon, sostiene que la decisión de la Corte Suprema -de composición conservadora- que negaba fondos públicos para la ejecución de un aborto (supongo, porque no lo cita, que se refiere al caso Harris v. McRae de 1981) fue una consecuencia directa de la sentencia Roe v. Wade. El liberalismo siempre daría en el reconocimiento del derecho de las mujeres un paso adelante y dos atrás, y lo mismo sucedería, según Osborne (pág. 12), con el caso de los homosexuales. Pero no existe ninguna *conexión causal* entre las dos sentencias aquí citadas. Es más, tal como ha puesto de manifiesto Ronald Dworkin, el derecho a la privacidad recogido en Roe v. Wade reconoce la plena soberanía de la mujer sobre sus particulares y específicas decisiones, «y no se sigue de la protección del gobierno de la soberanía de la mujer sobre el uso de su propio cuerpo para la procreación que es indiferente a cómo la trata su compañero -o cómo ella le trata a él- dentro de su hogar... No se sigue que el gobierno no tenga responsabilidad para garantizar las condiciones económicas que hacen posible el ejercicio de un derecho y su posesión valiosa. Reconocer que una mujer tiene un derecho constitucional a determinar cómo tiene que ser usado su propio cuerpo es un prerrequisito, no una barrera, para la demanda posterior de que el gobierno deba asegurar que este derecho no es ilusorio»[14].

La sentencia Roe v. Wade abrió las puertas para un nuevo avance en el derecho de las mujeres. En primer lugar, porque afirmó el derecho de la mujer a usar su propio cuerpo. En segundo lugar, porque aumentó la independencia de las mujeres al potenciar su derecho a tomar decisiones al margen del consentimiento de su padre o de su marido. Y todo ello, utilizando no sólo el fundamento, sino también la terminología de la privacidad[15].

El derecho a ser dejado en paz, el derecho a la privacidad, es un derecho fundamental. Constituye el reducto indispensable donde pueden desenvolverse incluso aquellos planes de vida que son rechazados por la mayoría de la población. En ese sentido, la privacidad está conectada con la creatividad, con el desarrollo personal y con la

---

[14] Véase, Ronald Dworkin, «Feminism and abortion», *The New York Review of Books,* 10 de junio de 1993, pág. 27.

[15] Véase, Ruth Gavison, *ob. cit*. especialmente pág. 32 y ss.

propia salud mental. Permite, en definitiva, que los individuos se distingan los unos de los otros, lejos del uniformismo orwelliano impuesto por un publicismo (y un control) excesivo, y contribuye a un alejamiento de la censura y del sentimiento castrador del ridículo[16]. Pero además, la privacidad también es esencial para la vida democrática misma porque fomenta la autonomía moral de los ciudadanos, que es un requerimiento central para la democracia. «Parte de la justificación de la regla de la mayoría y del derecho al voto es el presupuesto de que los individuos deberían participar en las decisiones políticas formulando opiniones y expresando preferencias. Luego, si ampliar la privacidad es importante para la autonomía, también lo es para la democracia»[17].

Por esa razón, probablemente no haya otro derecho que esté más estrechamente vinculado al ejercicio de la autonomía personal. Y probablemente por esa razón es tan cara a aquel principio básico del liberalismo moral que, enunciado en palabras de Carlos Nino, podría rezar: «siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución»[18].

Para finalizar una aclaración puramente metodológica. Si alguien me preguntara si estoy en contra de los presupuestos teóricos, de ciertas actitudes políticas y de la posición moral del feminismo radical, mi respuesta es sí, sin duda. Se puede estar incluso en contra de la mayor parte de los aspectos teóricos de los diversos feminismos y, sin embargo, estar a favor de los derechos que como seres humanos corresponde a las mujeres. Feminismo y mujeres no son términos sinónimos, ni coextensivos. Ni las feministas tienen el patrimonio de la defensa de los derechos de las mujeres. Tal como piensan muchas feministas y Osborne deja traslucir. Y un ataque a los presupuestos teóricos del feminismo -en sus diversas vertientes- en modo alguno implica un ataque a las mujeres. Creo haber demostrado que ciertas tesis feministas, las radicales no sólo resultan falsas teóricamente, sino que resultan perjudiciales para las propias mujeres en la práctica política. Su crítica no sólo es teóricamente necesaria, también es, en muchas ocasiones, un imperativo moral.

---

[16] Sobre las funciones de la privacidad y su vinculación al derecho, véase, por ejemplo, Ruth Gavison, «Privacy and the Limits of the Law», *The Yale Law Journal,* vol. 89, n.º 3, enero de 1980.

[17] Idem, pág. 455.

[18] Véase Carlos Nino, *Ética y derechos humanos,* ob. cit., pág. 204.

DÚPLICA A LOS PROFESORES MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

Tuve oportunidad de conocer en forma de manuscrito el trabajo «Sobre principios y reglas»[1] cuando me hallaba redactando mi libro de título casi homónimo[2]. Tras la fructífera lectura del artículo de Atienza y Ruiz Manero envié a sus autores unas notas o sugerencias (nunca publicadas) y además incorporé al Capítulo I de mi libro algunas referencias y observaciones críticas. Su respuesta se centra en dos de esas observaciones y no constituye, por tanto, una crítica global al libro. Naturalmente, con ello no presumo que estén de acuerdo con el resto de su contenido, pero sí que esta dúplica necesitará en ocasiones recordar algunas de las ideas que mantengo en el mismo aunque no hayan sido objeto de debate. Procuraré, no obstante, seguir el orden de su exposición, que por lo demás me ha resultado muy útil para perfilar mis puntos de vista.

Antes, sin embargo, deseo aclarar que entiendo las tesis de Atienza y Ruiz Manero como un meritorio esfuerzo en la línea de construir una distinción fuerte o cualitativa entre reglas y principios; de manera que, si los criterios que ellos proponen son correctos, hemos de suponer que todo el universo normativo es adscribible a una y sólo a una de estas categorías: razón perentoria o no perentoria, determinación cerrada de la condición de aplicación o determinación abierta, cumplimiento pleno o cumplimiento gradual. No cabe una tercera posibilidad, ni caben tampoco situaciones intermedias. Me parece, pues, que el argumento de la diferencia fuerte debería ser revisado si lográsemos demostrar lo contrario, esto es, si lográsemos demostrar que el sistema normativo resulta algo más complejo y que las cualidades que se atribuyen a los estándares normativos

[1] Luego aparecido en Doxa, 10, 199 1, págs. 101 y ss.

[2] Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico, C.E.C., Madrid, 1992.

que se suelen llamar principios ni están presentes siempre en todos ellos, ni ausentes por completo del universo de las reglas.

I. Sobre el carácter «abierto» o «cerrado» de la condición de aplicación de principios y reglas.

1. En primer lugar, me reprochan no haber tenido en cuenta la, al parecer, nítida distinción entre casos genéricos y casos individuales: «lo que las reglas configuran a nuestro juicio de forma «cerrada» son los casos genéricos que constituyen sus condiciones (genéricas) de aplicación, mientras que el problema de la textura abierta o vaguedad potencial se da en otro ámbito, en el de la subsunción de casos individuales en tales descripciones genéricas». La verdad es que en su trabajo precedente (Doxa 10) parecían mostrarse algo menos categóricos, admitiendo entre lo «abierto» y lo «cerrado» zonas de penumbra: «El tipo de indeterminación que aqueja a los principios es, pues, más radical que el de las reglas (aunque, desde luego, entre uno y otro tipo de indeterminación puede haber casos de penumbra)»[3].

Por mi parte, sigo sin ver muy claro el alcance y la fuerza del argumento, tal vez porque no creo que la distinción entre casos genéricos e individuales resulte tan nítida o, por mejor decir, porque a mi juicio esa distinción encierra siempre un problema de concreción del lenguaje normativo. Sigamos el ejemplo que nos proponen Atienza y Ruiz Manero: el artículo 14 de la Constitución es un principio «abierto», mientras que el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores es una regla «cerrada»[4]. Ahora bien, ¿no caben situaciones intermedias?, ¿no es posible concebir una norma más «cerrada» que el artículo 14, pero al mismo tiempo más «abierta» que el 28 del Estatuto de los Trabajadores?, y esa norma ¿sería una regla o un principio? En mi libro (pág. 39) propuse un cuadro más complejo que se componía de tres normas: A) «Todos los españoles son iguales ante la ley»; B) «Se prohíbe la discriminación por razón del sexo»; C) «El empresario está obligado a pagar igual salario a hombres y mujeres». Pues bien, ¿dónde está aquí el principio y dónde la regla?, ¿cabe decir que la norma A es un principio respecto de la regla B, pero que ésta se convierte en principio ante la regla C? Creo que la respuesta debe ser afirmativa, al menos si nos atenemos al carácter abierto-cerrado.

---

[3] «Sobre principios y reglas», citado, pág. 108.

[4] Establece este último precepto que «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo».

Ciertamente, a esto quizá pueda replicarse que sigo confundiendo la vaguedad con la condición de aplicación y que la anterior serie A-B-C lo que representa en realidad son tres texturas lingüísticas, de modo que, desde esta perspectiva, la diferencia entre reglas y principios sería gradual o cuantitativa, en el sentido de que, pudiendo aparecer casos dudosos, éstos suelen ser más numerosos en relación con los principios. El verdadero problema -vendrían a decir mis interlocutores- comienza justamente cuando finaliza el anterior, esto es, decidido que un determinado caso es encuadrable en A, B o C (habiéndose despejado, pues, los problemas de indeterminación semántica), estaríamos en presencia de una regla cuando podemos catalogar exhaustivamente sus excepciones, y estaríamos en presencia de un principio cuando tal catalogación resulte imposible.

Obsérvese, por tanto, que desde esta perspectiva la distinción entre reglas y principios no es anterior, sino posterior a la interpretación, es decir, posterior al encuadramiento de un caso individual en el caso genérico descrito por la norma. Antes de ese momento reglas y principios parecen presentar unos problemas semejantes de textura lingüística o de vaguedad semántica, quizá agravados en el caso de los principios por su generalmente menor concreción. En cualquier caso, resuelto este problema, veamos cómo funciona el criterio descrito en relación con principios y reglas.

Comenzando por los principios, que «los españoles son iguales ante la ley» presenta, sin duda, numerosas excepciones y basta repasar la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional para comprobarlo. Por ejemplo, ante la desigualdad en los fallos de casos aparentemente iguales, el principio puede quedar desplazado tanto por motivos fácticos (la no identidad de los hechos probados) como normativos (el margen de apreciación del juzgador siempre que no resulte arbitrario)[5]; y asimismo el principio cede cuando se descubre que la desigualdad de trato se funda en una «justificación objetiva y razonable»[6]. Me interesa destacar que lo que ahora se discute no es si el caso individual constituye un supuesto encuadrable en la condición de aplicación del artículo 14; damos por sentado que es así. Lo que ocurre es que, una vez decidido que nuestro caso es un caso de igualdad, aparecen excepciones que hacen inviable la aplicación del principio; excepciones que, por otra parte, no podemos enumerar exhaustivamente mediante cláusulas como la de la justificación objetiva, razonable o no arbitraria[7].

---

[5] STC. 8/1981, de 30 de marzo.

[6] STC. 22/1981, de 2 de julio.

[7] Lo que tampoco significa que los principios no puedan ser excepcionados por normas. Así, el artículo 57 de la Constitución que regula el régimen de sucesión a la Corona, puede considerarse una excepción al artículo 14.

Pero ¿sucede de otro modo con las reglas? El artículo 8, 7.º del Código Penal establece una excepción a las reglas que tipifican delitos y penas, el llamado estado de necesidad. El propio precepto perfila las condiciones de su aplicación: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada por el agente y, por último, que el necesitado no tenga obligación de sacrificarse. Aunque aparentemente esta excepción es mucho más precisa que la examinada en relación con el principio de igualdad, lo cierto es que tampoco aquí podemos determinar qué casos quedarían comprendidos en la misma. Por ejemplo, el padecimiento de una angustiosa situación económica -el hurto famélico- ¿constituye un supuesto de estado de necesidad en los delitos contra la propiedad?[8]

Sospecho la respuesta de mis interlocutores: este es un problema de vaguedad, de manera que si decidimos que el hurto famélico constituye estado de necesidad, entonces funciona la excepción; en caso contrario, se aplica el tipo penal. Ahora bien, ¿esto no es lo mismo que decir que si la desigualdad resulta justificada y razonable opera una excepción al artículo 14? En suma, resuelto el problema de si un caso individual es encuadrable en el caso genérico, determinar si la solución normativa es aplicable o si, por el contrario, entra en juego una excepción nos remite de nuevo a un problema de vaguedad o indeterminación semántica que no es sustancialmente distinto en normas y principios. Dicho de otro modo, no cabe enumerar los casos individuales de robo que pueden beneficiarse de la cláusula del estado de necesidad, como tampoco cabe catalogar las desigualdades de trato que puedan ampararse en una justificación objetiva razonable.

2. Acaso por mi afición al Derecho eclesiástico, Atienza y Ruiz Manero me reprochan enredarme en problemas teológicos cuando digo que «por vía legislativa o jurisprudencial siempre pueden aparecer nuevas excepciones», añadiendo que ellos sólo hablan de lo que hay y no de lo que puede haber, del Derecho vigente y no del Derecho futuro. Dado mi escaso fundamentalismo, espero no correr ese riesgo.

Sin embargo, para aclarar mi punto de vista he de explicar muy brevemente algo que desarrollo en el libro y que, por cierto, mis interlocutores no critican. Según creo, los principios representan una noción teórica y relacional, de manera que esa etiqueta no acompaña

[8] Propongo este ejemplo porque precisamente existen decisiones para todos los gustos, como estudié en *Ideología e interpretación jurídica,* Tecnos, Madrid, 1987, pág. 15.

sin más a ciertos enunciados normativos en sí mismos considerados, sino que es siempre atribuida en presencia o a la vista de otros enunciados normativos, esto es, se dice que una norma es un principio cuando resulta más general, más fundamental o más vaga que otra norma.

Pues bien, me parece que desde esta perspectiva pensar en leyes o decisiones futuras no es un caso de presciencia ni carece de sentido, pues con ello tan sólo quiere indicarse que un estándar normativo que, en términos comparativos, hoy se presenta como regla o principio, mañana puede ser considerado de otro modo sin alterar en nada su enunciado; por ejemplo, si aparece una ley más general, o una cláusula de excepción de las examinadas antes, etc.

3. Había observado que la condición de aplicación de una regla no es cerrada, tanto por defecto (existencia de una excepción) como por exceso (posibilidad de aplicación analógica). A esto último mis interlocutores responden que en la analogía lo que hay en realidad es la construcción de un principio: el juez *construye* una regla general, correlacionando una solución normativa con un cierto caso no previsto, pero que resulte ser semejante al contemplado en una norma que establece dicha solución. Nada que objetar a su descripción.

Ocurre, sin embargo, que esto no es obstáculo para que sigamos viendo en la analogía un caso de «apertura» de la condición de aplicación de una regla, que es de lo que se trata. Si, por ejemplo, la solución normativa X procede en los supuestos 1, 2 y 3, cualquier aplicación analógica supone construir un nuevo caso 4 donde procede la misma solución. Luego si la analogía es posible, la condición de aplicación de una regla no puede presentarse como cerrada, sino acaso como semiabierta. Tal vez podrá replicarse que en la analogía lo que se aplica es un principio (el principio *constituido* por el juez) y no una regla, pero en mi opinión esto lo único que demuestra es que la concepción cerrada de estos últimos no se puede mantener desde que entran en juego los principios; mejor dicho, no se puede mantener desde que la aplicación de una regla se considera en conexión con el conjunto del ordenamiento. Sea como fuera, el resultado final es que, merced a la analogía, las condiciones de aplicación de una solución normativa se ven ampliadas.

4. Había escrito, siguiendo una sugerencia de Alexy, que la existencia de principios era una buena razón para no concebir las reglas en los términos que venimos comentando. En esto creo que Atienza y Ruiz Manero me dan la razón, si bien añadiendo que el desplazamiento de una regla por un principio es algo más bien excepcional. Efectivamente, nunca se ha dicho que ocurra siempre, pero para medir la virtualidad del criterio me basta con que suceda alguna vez.

II. Principios y cumplimiento pleno.

1. Según creo, el fondo de la controversia gira en torno a lo siguiente: Atienza y Ruiz Manero piensan que los principios en sentido estricto, a diferencia de las directrices, exigen siempre un cumplimiento pleno y no admiten por tanto modalidades graduales de cumplimiento. Por mi parte, he sostenido que si bien en ocasiones los principios operan del modo indicado, a veces y especialmente en caso de conflicto cabe su cumplimiento gradual o razonable. Pero, antes de entrar en el fondo de este debate, debo responder a algunos juicios o críticas de mis interlocutores que me parece obedecen a un mal entendimiento de mi postura, sin duda porque no había sido capaz de expresarla adecuadamente.

a) Aunque no tenga mayor importancia, cuando digo que «ésta es una interpretación aceptable de las palabras de Dworkin, pero probablemente constituya una opinión equivocada»[9], añadiendo en nota que yo mismo la he sostenido, no me refiero a las tesis del autor norteamericano, sino a un cierto modo de entenderlas o interpretarlas[10].

b) Al hablar del juicio de optimización y del juicio de racionalidad buena parte de la crítica que me formulan Atienza y Ruiz Manero se basa en lo siguiente: «el error reside básicamente en presentar como características peculiares de la justicia constitucional lo que son rasgos propios de cualquier ejercicio de la función jurisdiccional en la que lo enjuiciado sean actos que constituyan el ejercicio de poderes normativos». En esto tienen toda la razón, si bien yo creía no haber sido tan categórico al decir que ésta era una peculiaridad de la justicia constitucional. Desde luego, pienso que esta forma de razonar -frente a la idea de unidad de solución justa- se encuentra más asumida y resulta más frecuente en la justicia constitucional, entre otras por las razones que ya expuse en el trabajo que citan mis críticos[11], lo que no significa que no pueda darse en la justicia ordinaria; es más dije expresamente que «aunque se trate sin duda de una ficción, el juez ordinario...», intentando con ello indicar que una cosa es lo que hacen los jueces y otra lo que piensan que hacen.

Por tanto, estoy plenamente de acuerdo en que el juicio de optimización o racionalidad es propio de toda fiscalización jurisdiccional de poderes discrecionales. Lo que, por cierto, no significa que lo vean así algunos juristas que se han ocupado de estas cuestiones; por ejemplo, F. Sainz Moreno viene a decir que cuando el ejercicio de una potestad discrecional está gobernado por un

---

[9] *Sobre principios y normas...,* citado, pág. 34.

[10] Me remito a la obra citada en nota anterior, págs. 32 y ss.

[11] «Notas sobre la interpretación constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991, págs. 175 y ss.

concepto jurídico indeterminado sólo cabe una «solución verdadera»[12]. Finalmente, y aunque pienso que en esto hay acuerdo, la simetría entre el juez constitucional y el civil es cierta cuando el primero se pronuncia sobre una ley y el segundo sobre un testamento o contrato, que es el ejemplo que proponen mis interlocutores, pero quizá ya no lo sea tanto cuando el testamento se convierte en parámetro de enjuiciamiento de una conducta o acto.

c) El tercer equívoco se refiere a mi ejemplo de la cláusula testamentaria en la que un padre impone a su hijo la condición de que se divorcie de su esposa por motivos religiosos. Aquí se me responde con el Derecho español en la mano, diciendo que la cláusula es nula en relación con la legítima, ya que ésta sólo puede excluirse por causas tasadas, entre las que no se encuentra el estar casado con persona de religión judía. Desde luego, esto es cierto y por eso advierto en nota 57 de la página 49 que: «hago aquí abstracción de cualquier normativa sucesoria particular, suponiendo que ésta admite cláusulas testamentarias del tipo de la descrita». Pero sobre esto volveremos más adelante.

2. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, esto es, si los principios admiten o no cumplimiento gradual, voy a tratar de sostener tres ideas: que la tesis de Atienza y Ruiz Manero resulta en cierto modo sorprendente o contraintuitiva; que, no obstante, su descripción es en líneas generales bastante acertada; y, por último, que el criterio formulado admite excepciones y no es, por tanto, absolutamente seguro para trazar una nítida frontera entre directrices y principios ni, por cierto entre éstos y las reglas.

No sé si el calificativo de contraintuitivo será el más acertado, pero con él tan sólo quiero indicar que en el lenguaje de los juristas suele insistirse en el carácter tendencialmente contradictorio de los principios y en la necesidad de su adecuada conjugación y mutuo ajuste, buscando siempre la más alta satisfacción de cada uno que sea compatible con el menor sacrificio de los demás. Basta leer a Alexy o Gianformaggio, pero también las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional para comprobar que ésta es una caracterización casi universal: en un sistema jurídico existen (o sea, son simultáneamente válidas) principios contradictorios; por ejemplo, autonomía de la voluntad y prohibición de discriminar, seguridad del tráfico jurídico y respeto a la voluntad negocial, etc. Y, en estas condiciones, parece difícil concebir que los principios exijan un cumplimiento pleno, pues entonces resultaría inviable un mínimo cumplimiento de los principios contradictorios.

---

[12] F. Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa,* Civitas, Madrid, 1976, pág. 170.

Lo que ocurre es que, por lo común, la conjugación de esos principios contradictorios se efectúa en sede legislativa y no de aplicación del Derecho. Es decir, muchas veces las instituciones jurídicas son el resultado de un compromiso entre principios o valores contradictorios; así, el proceso trata de combinar la búsqueda de la «verdad» o de la justicia, que se manifiesta en el derecho a la tutela judicial o en la amplitud de las facultades de defensa, con la garantía de la certeza o seguridad jurídica, que se expresa en la tasación de los medios de prueba, en la rigidez de los plazos, etc. Ahora bien, en lo que sí tienen razón mis interlocutores es en que, ante un caso concreto, la preferencia ha de concederse a uno de los principios en pugna: o se prima la justicia o se prefiere la seguridad, o la voluntad negocial o la certeza del tráfico, etc. Por lo demás, ésta viene a ser la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a propósito del conflicto entre derechos fundamentales: «este conflicto no puede resolverse otorgando *a priori* un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley Penal (derecho al honor) frente a la libertad de información»[13], sino que lo que se impone es «una necesaria y casuística ponderación»[14]; pero parece indudable que, tras esa ponderación, el caso se resuelve con la absolución o la condena por injurias, es decir, con el triunfo de la libertad de información o del derecho al honor.

Ciertamente, con esto se puede querer decir algo tan trivial como que procesalmente sólo cabe una respuesta ante cada caso: hay delito o no lo hay, tiene razón el demandante o el demandado, etc. Y, si es así, conviene añadir que las directrices operan del mismo modo; por ejemplo, si enjuiciamos una norma a la luz de cualquiera de las directrices de la Constitución, es evidente que sólo cabe una respuesta: declarar la inconstitucionalidad o respaldar su legitimidad. Sin embargo, creo que no es esto lo que quieren mantener mis interlocutores.

Si he entendido bien, lo que ellos mantienen es lo siguiente: si un principio es aplicable al caso, entonces sólo cabe observar una conducta, sólo un comportamiento se adecua al principio; si una directriz aparece como relevante, en cambio, es posible concebir una pluralidad de comportamientos legítimos o compatibles con lo que ella ordena. Pues bien, si es esto lo que sostienen, estoy de acuerdo pero sólo en el supuesto (que no ha de ser necesariamente excepcional) de que ante un caso sólo concurra un principio. Dicho de otro modo, cuando se produce un conflicto entre principios no creo que deba excluirse por hipótesis la posibilidad de cumplimiento gradual, esto es, de la satisfacción parcial de los principios en pugna.

Y volvamos a nuestro ejemplo del padre intolerante y las causas

---

[13] STC 159/1986, de 12 de diciembre.
[14] STIC l[04/1986, de 17 de julio.

de desheredación. Desde luego, en nuestro Derecho resulta inviable condicionar la legítima (y acaso también la libre disposición) a que el heredero se divorcie o cosas por el estilo. Sin embargo, cabe concebir que en un sistema jurídico rigiese el siguiente precepto: «sin perjuicio de las causas de desheredación, el testador podrá imponer a sus herederos legítimos el cumplimiento de condiciones, siempre que no sean contrarias a la moralidad». ¿No cabría aquí imaginar que algún juez considerase que la condición es inválida en relación con la legítima y válida respecto de los bienes de libre disposición, sencillamente porque piense que sobre los primeros tiene más peso o importancia el principio de igualdad y de protección de los herederos, y sobre los segundos el principio de libertad y autonomía del testador? Pero abandonemos los ejemplos imaginarios.

La STC 53/1985, de 11 de abril, sobre despenalización del aborto en determinados supuestos, claramente sitúa el problema en términos de conflicto entre principios[15]: por una parte, la vida humana que constituye «un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y, por otra, «el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona». Dado que el Tribunal declara que ambos son relevantes en materia de aborto, si efectivamente sólo fuera concebible su cumplimiento pleno y no gradual, resultaría que uno de ellos debería quedar postergado en beneficio del otro. Pero no sucede así, pues el aborto encierra «graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del «nasciturus». Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del «nasciturus», dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado...». Este planteamiento conduce al Tribunal a la siguiente conclusión: ni prohibición absoluta del aborto, ni permisión incondicionada: el aborto resulta jurídicamente posible en determinados supuestos y castigado en los demás, lo que en mi opinión supone un compromiso entre principios contrapuestos, que admiten así un cumplimiento gradual. En suma, en este caso resulta que dos principios son aplicables pero ninguno alcanza un cumplimiento pleno.

---

[15] La elección de este ejemplo no significa en modo alguno que comparta la argumentación ni el fallo del Tribunal Constitucional. Al contrario, me parecen ambos muy discutibles, por no decir abiertamente rechazables. Con todo, dicha sentencia no deja de representar un peculiar modo del razonar efectivo de los Tribunales y sólo en ese sentido es propuesta como ejemplo.

Bien es verdad que, apurando el argumento, tal vez pudiera replicarse que el problema está mal planteado porque en realidad el conflicto entre principios no se resuelve o no debe enfocarse en relación con el aborto en general, sino en cada uno de sus supuestos; es decir, en el aborto terapéutico, eugenésico y ético triunfaría el principio de dignidad o autonomía de la mujer, mientras que frente a la indicación socio-económica o ante una hipotética ley de plazos lo haría el principio de la vida humana. Sin embargo, en la sentencia comentada el Tribunal no se limitó a un examen de los supuestos, sino que entró a considerar su regulación concreta a fin de comprobar si se «garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto», proponiendo, como es sabido, algunas medidas suplementarias; así, un previo informe de especialista en el aborto terapéutico o la exigencia de que se practique en centros sanitarios autorizados al efecto. De manera que el esfuerzo por conjugar los bienes o principios en conflicto se lleva a la concreta determinación de la viabilidad y práctica de cada supuesto aborto.

Permítaseme un último ejemplo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990 conoce en casación una precedente de la Audiencia Provincial de Málaga que resolvió el siguiente caso: una paciente en estado grave y sometida a transfusión sanguínea muere corno consecuencia de habérsele retirado el catéter por parte del ahora inculpado, en atención a las creencias religiosas de ambos (Testigos de Jehová) y con el consentimiento expreso de la víctima. El Tribunal enfoca el problema como un supuesto de conflicto entre los principios de autonomía y libertad religiosa, de un lado, y el de la presunta indisponibilidad de la propia vida, de otro. Más concretamente dice la sentencia que «el consentimiento del interesado excluye la tipicidad penal cuando en la definición de ciertos delitos se ha tenido en cuenta dicha voluntad, y la antijuridicidad si el sujeto pasivo tiene libre disposición del bien jurídico afectado; sin embargo, cuando el consentimiento afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz... Las creencias religiosas indicadas no pueden disminuir la reprochabilidad del hecho».

A la vista de estas consideraciones, todo parece indicar que mis interlocutores tienen razón y que aquí sólo caben dos soluciones: o el triunfo de la autonomía y la libertad religiosa con la consiguiente absolución o, como parecen preferir los jueces, el triunfo de la indisponibilidad de la propia vida con la correspondiente condena. El Tribunal, sin embargo, no hace exactamente ni lo uno ni lo otro; su sentencia fue condenatoria, pero aplicando con el carácter de muy cualificada la atenuante 9.8 del Código Penal, al entender que las creencias de los Testigos de Jehová conducen «a una ofuscación del raciocinio y la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico derivado del aludido

orden de valores». Desde luego, no deja de ser curioso que se enjuicie una creencia religiosa como un caso cercano a la locura, pero, con independencia del argumento legal utilizado[16], que en mi opinión debió ser otro (v. gr. ejercicio legítimo de un derecho), ¿no significa esto un esfuerzo de conciliación de principios, es decir, de aplicación gradual? De no haberse considerado en absoluto aplicables los principios de autonomía y libertad religiosa, ¿el fallo no hubiera sido condenatorio sin más?; y, a la inversa, de excluir el principio de indisponibilidad de la propia vida, ¿no hubiera procedido la absolución?

Así pues, puedo estar de acuerdo con Atienza y Ruiz Manero cuando dicen que, determinada la prevalencia de un principio, éste exige su cumplimiento pleno, pero no en que, decidida su aplicabilidad a un caso, se deduzca sin más esa prevalencia. Cuando en un supuesto concurren principios contradictorios puede prevalecer uno de ellos y entonces se da efectivamente un cumplimiento pleno, pero pueden también conjugarse ambos y entonces se produce un cumplimiento gradual o parcial. Si no estoy equivocado, creo que aquí reside el núcleo de la polémica: ellos consideran que los principios, a diferencia de las normas o reglas, configuran de forma abierta su condición de aplicación, pero que, una vez decidida su relevancia en el caso, el principio en cuestión prevalece y entonces exige su cumplimiento pleno. Por mi parte, pienso que es más correcto sostener que los principios pueden ser aplicables sin alcanzar esa prevalencia, justamente cuando concurra un principio contradictorio que deba ser armonizado, admitiendo entonces un cumplimiento gradual.

* * *

Hasta aquí mi respuesta a Atienza y Ruiz Manero, pero deseo añadir una aclaración. Creo que ninguno de los intentos por establecer una separación fuerte entre reglas y principios, sosteniendo que las normas se dividen en dos géneros o categorías distintas, resulta atendible, pues los criterios que se ofrecen ni se dan siempre en los estándares que suelen llamarse principios, ni dejan de aparecer en los que se presentan como reglas. Sin embargo, en mi opinión el debate tiene un trasfondo que no se ha mostrado en esta discusión, pero que resulta de notable importancia; y es que, con independencia de que existan o no criterios morfológicos o funcionales que permitan establecer dicha separación, algunas veces lo que se pretende con ello es minar la concepción positivista acerca de la relación entre Derecho y moral, más concretamente la idea de la distinción entre ambos órdenes normativos. Por supuesto, no digo que éste sea el caso de mis interlocutores.

---

[16] Argumento que intenta indirectamente dar alguna relevancia a principios que no se quieren reconocer como atinentes al caso, pero que de hecho son tomados en consideración.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA CON STEPHEN E. TOULMIN*

Manuel Atienza. -La primera pregunta va a ser sobre aspectos biográficos de usted y en particular sobre sus relaciones con el derecho, la filosofía del derecho, la argumentación jurídica, y sobre cómo llegó a interesarse por todo ello.

Sthepen E. Toulmin. -Mi padre podría haber sido muy bien abogado. Pero al final, a causa del trabajo que tuvo que hacer durante la Primera Guerra Mundial, se hizo demasiado mayor, y al final de la guerra tenía mujer y un hijo, y así hubo de dedicarse a los negocios. Pero en la familia nos enseñó a interesamos por el derecho y yo solía leer las noticias sobre derecho en el *Times* de Londres, desarrollando así una especie de sensitividad-sensibilidad hacia las cuestiones jurídicas. Más tarde, cuando empecé a escribir sobre filosofía, y andaba buscando un modelo de argumentación que sirviese de alternativa al modelo geométrico del razonamiento deductivo tradicional y de la filosofía cartesiana, desarrollé los patrones de argumentación que están explicados en mi libro de *The Uses of Argument* y con el fin de presentarlos a los lectores en un marco que les resultase familiar hablé de lo que en ese momento llamé el modelo jurisprudencial, por analogía con la práctica jurídica, judicial, con el fin de presentar esos tipos de patrones de argumentación a lectores que no eran filósofos. Hasta ahora he escrito muy poco que tenga directamente que ver con filosofía del derecho, pero tanto ésta como el ejemplo que representa la argumentación jurídica, como ilustración estándar de razonamiento

---

* El texto que sigue reproduce -prácticamente sin ninguna alteración- la entrevista oral realizada por los autores a Stephen E. Toulmin, con ocasión de la estancia de este último en Madrid, en diciembre de 1992, para participar en el congreso sobre *Las crisis de la justicia*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial. La traducción castellana de la grabación magnetofónica corrió a cargo de Manuel Jiménez Redondo.

práctico en el sentido de Aristóteles, son algo que siempre he tenido presente, de modo que me ha resultado muy interesante este último año haber tenido que abordar directamente cuestiones concernientes a filosofía del derecho para preparar mi ponencia en este congreso de Madrid de diciembre de 1992.

M. A. -Normalmente, cuando hablamos de argumentación jurídica, solemos decir que los iniciadores de la teoría de la argumentación jurídica fueron Viehweg, Perelman y usted, y también que, después de ello, en estos dos últimos decenios, la situación de la teoría de la argumentación jurídica viene representada por las obras de Alexy y MacCormick. Mi pregunta es, ¿tenía usted conocimiento de la obra de Perelman y de Viehweg, o ha de entenderse que su teoría fue completamente independiente de la de ellos?, y, ¿qué piensa usted acerca de la teoría de Alexy y de la teoría de MacCormick?

S. E. T. -En lo que se refiere a la primera pregunta, mi trabajo fue completamente independiente. Descubrí a Perelman después, pero sólo porque gente que en América estudiaba el habla y la comunicación descubrieron mi libro sobre los usos de la argumentación y me hablaron de otra gente que estaba trabajando en cuestiones de retórica; en realidad, cuando yo escribí el libro mis intenciones eran hacer una contribución, no a la retórica, ni a la teoría de la retórica, sino a la epistemología. Utilicé esos tipos de argumentación como una forma de presentar una alternativa práctica a la clase de argumentos tradicionales en epistemología, que se remontan a Descartes, y en este aspecto mi obra fue una especie de redescubrimiento, o reinvención, pues yo era terriblemente ignorante en asuntos de historia de la filosofía, una especie de reinvención de los métodos de filosofía práctica que existían antes de Descartes. Pero ha sido sólo en estos últimos años cuando me he dado cuenta de la importancia de todo esto. Más tarde, me encontré una vez con Perelman, y más recientemente he asistido a congresos organizados por Michel Mayeur de Bruselas, que es la persona que continúa la tradición de Perelman en Bélgica, pero esto es todo lo que puedo realmente decir sobre mi relación con Perelman. Sobre Alexy y MacCormick, tengo cosas muy distintas que decir. La posición de Alexy, al igual que la de Habermas y la de toda la escuela asociada con Habermas, a mí, personalmente, me resulta un poco paradójica, porque he vivido y trabajado más de cuarenta años viendo desarrollarse la filosofía analítica en Inglaterra y América, y (en Inglaterra y América digo) representó para nosotros una gran liberación el dejar de pensar que lo que estábamos haciendo era filosofía del lenguaje y el darnos cuenta de que todas las cuestiones relativas al lenguaje necesitaban ser entendidas sobre el trasfondo de una comprensión de las formas de vida. Así, para mí, cualquier análisis de la argumentación

jurídica tiene que entender la naturaleza de esta argumentación sobre el trasfondo de un análisis de la práctica jurídica, del papel del derecho en la vida social y de todo ello. Con esto quiero decir que existe un trasfondo esencialmente sociológico, socio-histórico y cultural, que para nosotros habría de constituir el tema de lo que cabría llamar un análisis de formas de vida; si es que se permite adoptar la expresión de Wingenstein: *«Lebensformanalyse»*. Todo lo relacionado con ello habría de ser para nosotros más fundamental que el análisis del discurso mismo. Así, cuando por primera vez tuve ocasión de discutir con Habermas y Alexy, me quedé pasmado de que pusieran, sin más, el discurso en el centro del cuadro, pues esto era para mí algo así como poner el carro delante del caballo, como solemos decir, pues para mí, el caballo es la comprensión de la naturaleza de la forma de vida, de la naturaleza del papel que el derecho desempeña en la vida social, y entonces uno puede entender el discurso y la argumentación como algo que funciona dentro de, y contribuye a, tales o cuales aspectos de la vida social humana. En lo que se refiere a MacCormick, él es, por supuesto, un jurista mucho más práctico: tiene un conocimiento directo, de primera mano, de lo que significa ser un jurista, un abogado, de suerte que está mucho más implicado en la clase de análisis de las formas en que las democracias funcionan, de las formas en que las operaciones del derecho contribuyen a las formas en que las democracias funcionan. Yo sé que él siente una gran admiración por la obra de Alexy, y de esta escuela; pero para mí, él da mucho más en el clavo, pues está realmente mirando al caballo, y no al carro.

M. A. -Mi siguiente pregunta es: ¿Qué piensa usted de la moral y de la conexión entre el derecho y la moral?, ¿cuál es su opinión acerca de ello?, y, ¿se considera usted utilitarista o no?

S. E. T. -Bien, supongo que en un cierto nivel, por lo menos esto es lo que creo, todo guarda una cierta relación con la moral. No creo que quepa aislar cosa alguna de todo tipo de cuestión ética o moral. Incluso creo que Heidegger estaba totalmente equivocado al hablar de que la tecnología era valorativamente neutral. Para mí, la creencia de que puede haber algún asunto que no tenga un aspecto moral, me parece que es una ilusión. He hecho en los últimos quince años una serie de trabajos en colaboración con gente que trabaja en medicina, y me he visto muy sorprendido por el hecho de que la empresa entera que representa la medicina es una empresa cuya propia definición implica consideraciones concernientes, como Aristóteles dice, a qué es bueno para los seres humanos: y todas las técnicas del médico están diseñadas con el fin de ayudar a la gente a mantener su salud. Y ayudar a la gente a mantener su salud es esencialmente una tarea que tiene aspectos técnicos pero que tiene también un aspecto esencialmente

moral. Así que desde este punto de vista una disciplina técnica como es la medicina tiene también un aspecto intrínsecamente moral. Ahora bien, si el trabajo del médico tiene un aspecto moral, ¿por qué no habría de tenerlo el trabajo del abogado o del juez, o el de otra gente? Y ciertamente lo tiene. Así, la pregunta se transforma en la de cómo distinguir esas particulares clases de cuestiones morales que guardan una íntima relación con, y a cuyo servicio vienen a ponerse, las actividades del derecho. Si nos hacemos esta pregunta, entonces pienso que conviene tener presente que, históricamente hablando, la idea de que cabe distinguir, e incluso establecer una separación entre, cuestiones jurídicas y cuestiones éticas, es una idea puramente moderna. Para los teólogos medievales, y esto incluye a todos los pensadores sociales medievales, de todas clases, hubiera sido muy difícil entender qué es lo que queremos decir con la distinción entre cuestiones jurídicas y cuestiones morales. Me explico; los tribunales eclesiásticos en la Edad Media dictaban sentencias jurídicas. Pero las cuestiones acerca de las que dictaban tales sentencias eran cuestiones que nosotros consideraríamos como cuestiones esencialmente morales. Así, la cuestión para mí es, ¿cuáles son las clases de asuntos prácticos de naturaleza moral que tienen que ser tratados dentro del marco institucional del derecho? ¿Bajo qué circunstancia creemos que una cuestión relativa a nuestras practicas tiene que ser tratada en un foro organizado por el Estado, o sancionado por el Estado, como lugar institucional en que los implicados han de llegar a una respuesta definitiva a tal cuestión, respuesta que los agentes del Estado van entonces a imponer coercitivamente. Ahora bien, ésta es una clase de cuestión bastante diferente de la cuestión más bien intelectual acerca de si el derecho y la moral están relacionados. Es la pregunta sobre las circunstancias en las que es necesario, o está justificado en la práctica, hacer uso de la maquinaria institucional del Estado para llevar adelante nuestras acciones y nuestras decisiones, y para recompensar y castigar a la gente por actuar del modo como lo hacen.

M. A. -Voy a plantear la misma cuestión en el ámbito de la argumentación práctica. Algunos filósofos del derecho (por ejemplo, Nino, MacCormick o Raz) dicen, contra toda clase de positivismo jurídico, que en toda argumentación jurídica la última justificación es siempre de tipo moral. Yo pienso que es posible interpretar esto en el marco de los conceptos elaborados por usted diciendo, por ejemplo, que el *warrant* en un caso puede ser alguna clase de regla jurídica, pero que el último *backing* en la argumentación jurídica es siempre un principio moral. ¿Es así?

S. E. T. -Pienso que lo que usted dice es básicamente correcto. Yo no diría que el *backing* entero es de naturaleza moral, pero pienso que si

hubiera que dar algo así como una explicación completa del warrant en una argumentación jurídica, tal explicación para ser satisfactoriamente completa y suficientemente completa, habría de incluir algunas posiciones éticas o morales que serían las que explicarían qué es bueno para los seres humanos a los que las instituciones que trabajan con tales *warrants* sirven. Ahora bien, si usted me pregunta si yo podría considerarme utilitarista, pienso que lo que acabo de decir ahora podría entenderse en un sentido utilitarista, esto es, estoy hablando de instituciones jurídicas que nos sentimos obligados a aceptar primariamente porque promueven lo que es bueno para los seres humanos. Pero pienso que lo hago en un espíritu más de Aristóteles que de Bentham y Mill, en el sentido de que pienso que los utilitaristas clásicos a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX tenían, o daban, una explicación demasiado estrecha de lo que es bueno para los seres humanos. Como dato de historia de las ideas, el utilitarismo teorético venía asociado con una particular visión de la psicología, que los seres humanos buscan el placer y evitan el dolor; y es muy difícil desenredar enteramente el utilitarismo (como desarrollo histórico en la historia intelectual de Europa) de esa particular visión de la psicología. Y como no acepto tal particular visión de la psicología, o pienso que representa una forma muy pobre de decir lo que está tratando de decir, yo más bien evitaría el llamarme a mí mismo utilitarista, y ciertamente no acepto (ni tampoco veo que por implicación tuviera que aceptar) ninguna de las ideas del utilitarismo que los filósofos discuten hoy. Tras decir esto, permítame añadir que entiendo perfectamente que alguien diga que mi primer libro sobre «El Puesto de la Razón en la Ética» representa en algunos aspectos -o adopta en algunos aspectos- una posición utilitarista. Pero ése mi primer libro, que fue mi tesis doctoral, es el único libro que he escrito del que rogaría que no se me siga considerando responsable.

M. J. R. -El derecho ha de solventar conflictos entre personas cuyos puntos de vista morales pueden ser incompatibles. Así pues, el derecho tiene que hacer una abstracción moral y una abstracción respecto de las morales. Mi pregunta se refiere a la moralidad del derecho.

S. E. T. -En primer lugar, yo no veo las cosas así. No se que significa que la gente tenga puntos de vista morales incompatibles. Pienso que a veces lo que ocurre es que probablemente no nos hemos sentado con la gente y explorado con suficiente detalle y durante el tiempo suficiente cuál es el contenido sustancial de sus puntos de vista; quiero decir: muchas veces nos encontramos con que hay gente que dice cosas incompatibles con las que nosotros decimos, pero dicen esas cosas porque se sienten comprometidos con algún sistema ideológico dogmático: son musulmanes chiítas, o son gente del ala

extrema del Opus Dei, o son de otros grupos más bien extremistas. No digo que todas las posiciones sean en última instancia reconciliables, pero pienso que hay que tener cuidado y plantear las cosas con detalle suficiente a la hora de hablar de incompatibilidad. Y bien, ¿qué es lo que hace el derecho, qué hacemos nosotros en tales situaciones? Podemos hacer cosas diferentes, y en los diferentes países, las disposiciones legales exigirán que los jueces hagan cosas muy diferentes. En algunos países, en Argelia en este momento, sostener un punto de vista islámico extremo está declarado ilegal. A menos que el juez se niegue a cumplir lo que es la ley del país, tendrá que decir que alguien que sostiene un punto de vista chiíta extremo, está infringiendo la ley simplemente por expresar ese punto de vista. Pero si estamos hablando de cómo opera el derecho dentro de una sociedad más democrática, más abierta, entonces pienso que los tribunales se ven mucho más inclinados en la práctica a tratar de encontrar una resolución de la disputa, que sea una especie de camino intermedio, una especie de posición salomónica, tratando de alcanzar una vía práctica que evite el tener que abrazar uno de los extremos. Es decir, aquello a lo que se refiere la pregunta de usted, no es a la base moral del derecho mismo, sino a la actitud de los jueces hacia la gente que están decididas a armar pleito sobre la base de algún asunto moral. Pero con mucha frecuencia existen soluciones equitativas a los problemas prácticos que surgen en tal caso, soluciones que permiten al juez evitar expresar una opinión sobre la corrección de los dos puntos de vista extremos, que los implicados en el caso están tratando de defender.

M. A. -Una de las cuestiones más discutidas en la teoría del derecho es la de si hay una y sólo una respuesta correcta para cada caso, o de si existe más de una respuesta correcta. ¿Cuál es su posición sobre ello?

S. E. T. -Yo dudaría absolutamente en dar una respuesta general a esta pregunta. Los jueces y los abogados tienen que hacer frente a un extraordinario espectro y variedad de diferentes clases de asuntos y de diferentes clases de situaciones. Me voy a permitir acercarme lo más posible a algo así como a una generalización. Estoy seguro que de cuando en cuando, aunque de forma más bien infrecuente, surgen casos acerca de los que dos jueces, estando ambos igualmente bien informados y teniendo ambos toda la experiencia que razonablemente cabe esperar que tengan, y habiendo ambos pensado bien el caso, y reflexionado sobre el caso de forma concienzuda, al cabo habrían de estar de acuerdo en que se inclinan a salir por lados muy distintos de la cuestión. Y yo creo que en este punto, decir que uno de ellos tiene que estar en lo cierto y que el otro tiene que estar equivocado, es tomar una posición esencialmente inhumana. Yo no creo que la vida

humana esté tan preestructurada que esta clase de situaciones no pueda surgir nunca. Pero surgen, y ciertamente a veces ocurre en medicina que dos médicos, estando ambos todo lo informados que pueden acerca del mismo caso, y estando de acuerdo en los detalles básicos, dan conscientemente respuestas opuestas a la misma cuestión médica. Estoy seguro de que decir que eso no puede suceder, que uno tiene que estar en lo cierto y el otro tiene que estar equivocado, sería negar, a mi juicio, un rasgo de la experiencia humana, que honestamente tenemos que admitir, a saber, que estas clases de elecciones trágicas que nos perturban profundamente, es algo a lo que a veces tenemos que hacer frente, aunque ciertamente no sea todos los días. Creo que esto es, realmente, lo que tengo que decir sobre el tema. Pero voy a añadir una cosa más: que cualquier teoría filosófica que implique que tales situaciones no pueden producirse es una teoría que se refuta a sí misma.

M. A. -Me gustaría plantear otra cuestión concerniente a su opinión acerca de las principales direcciones de la filosofía del derecho en la actualidad. En particular, ¿cuál es su opinión acerca de la concepción de las normas como razones para la acción, muy popular en la actualidad a causa de Raz y de Richards? ¿Qué piensa de los *Critical Legal Studies* en EE.UU. y del análisis económico del derecho?

S. E. T. -En primer lugar, entienda usted que sé muy poco de las corrientes a que usted se refiere. He leído algunos artículos de Joseph Raz, en particular sobre la distinción entre derechos e intereses, y pienso que lo que tiene que decir sobre el tema es muy acertado y muy importante, y que nos proporciona el mejor camino para conseguir ir más allá de una filosofía del derecho que está demasiado preocupada por los derechos a costa de otras ideas que también son esenciales e indispensables. A este respecto, no puedo compartir la preocupación casi exclusiva que Dworkin y Rawls muestran por los derechos. Pienso que se trata de un punto de vista muy parcial y en este aspecto yo prefiero el planteamiento de Joseph Raz. Por otro lado, la palabra «norma» es para mí una de esas abstracciones terriblemente vagas, que a mí me resultan difíciles de manejar, y no habiendo leído la bibliografía correspondiente no tengo realmente ninguna opinión que ofrecer. Sobre los *Critical Legal Studies* y sobre el análisis económico del derecho, mi posición es muy similar a la que Owen Fiss ha adoptado en la conferencia que ha pronunciado en este congreso de Madrid, a saber, yo pienso que el movimiento de los *Critical Legal Studies* representó esencialmente un ejercicio retórico que surgió en una situación en la que las posibilidades de un movimiento jurídico constructivo en EE.UU. parecían estar agotadas. En los años cincuenta y en los años sesenta el Tribunal Supremo desempeñó un papel muy constructivo y positivo en la evolución de las instituciones sociales y en la vida social

de los Estados Unidos. Pero en algún momento de los años setenta, en parte por la jubilación de alguno de los jueces que habían estado muy estrechamente asociados con el movimiento constructivo, el Tribunal Supremo perdió su importancia y, por supuesto, cuando Ronald Reagan empezó a nombrar a jueces profundamente conservadores el Tribunal Supremo abandonó por completo el activismo que había manifestado con anterioridad. Y creo que los intelectuales en las facultades de derecho se encontraron a sí mismos, por así decir, sin una ocupación práctica y se retiraron a un ámbito teorético que perdió su anterior estrecha asociación con el movimiento efectivo de la práctica judicial en los Estados Unidos. Pero en la actualidad, en los noventa, la gente está empezando por lo menos a ver la posibilidad de retornar al tipo de compromiso constructivo de la teoría intelectual y de la filosofía intelectual del derecho con la práctica jurídica. Y por esta razón creo, al igual que Owen Fiss, que el barco empieza a abandonar esa exclusiva preocupación retórica e ideológica anterior por desacreditar la forma en que opera el derecho, mostrando sus conexiones políticas y el trasfondo social del derecho, cosas éstas de las que la gente o no había querido o no había sabido percatarse antes. En el caso de la teoría económica del derecho a mí se me ofrece una dificultad adicional. Y es una dificultad que yo, personalmente, tengo al entrar en asuntos de la filosofía de la economía en general, y no solamente en relación con el derecho. Mi experiencia con los economistas universitarios es que en cuanto han definido lo que ellos llaman su función de utilidad, que es, por así decir, la premisa principal a partir de la cual se siguen todos sus demás cálculos, todo lo que pueda tener interés filosófico queda ya de antemano decidido. Lo cual significa que la argumentación de los representantes del análisis económico del derecho, al igual que la argumentación en economía teorética en general, da por supuesto todos los asuntos humanos realmente importantes. Y lo que uno tiene que hacer con un economista es no dejarlo nunca llegar al punto de definir la función de utilidad para los fines de un cálculo particular, pues una vez que ha sucedido eso la maquinaria aritmética se pone en movimiento y el juego está ya jugado. El filósofo que trate con los economistas, por así decir, el filósofo, digo, tiene que mantener en movimiento la portería. Pues de otro modo la cosa se convierte en tretas del economista mostrando cómo a pesar de todo puede meter un gol, cosa que por supuesto hace. Las cuestiones filosóficas tienen todas que ver con dónde habría que situar la portería. Y ello suscita una serie de asuntos que no caen dentro del área de la técnica económica. Recuerdo que una filósofa americana dio una interesante serie de conferencias en la facultad de derecho de la Northwestem University de Chicago el año pasado, en la que tomó la novela *Hard Times* de Charles

Dickens como una parodia del utilitarismo y utilizó el terrible cuadro que Dickens desarrolla acerca de lo que sería una vida que se conformase realmente con los principios utilitaristas. Utilizaba a Dickens como punto de partida para un ataque de la concepción que tiene del derecho el movimiento del análisis económico del derecho, y cuando sus conferencias se publiquen seguro que la gente las encontrará muy interesantes, porque, por decirlo otra vez, de lo que se está quejando es de que la explicación que los representantes del análisis económico del derecho dan de los fines del derecho, del papel que el derecho tiene que desempeñar, hace uso de una concepción demasiado empobrecida, terriblemente pobre, demasiado estrecha, de lo que es bueno para los seres humanos. Y ésta es la razón de que les resulte tan fácil ponerse a hacer cálculos, pero, por supuesto, ignoran las cuestiones verdaderamente humanas que surgen acerca de lo que hemos de tratar de hacer.

M. A. -Mi cuestión siguiente se refiere a su concepción de la lógica, en particular de la lógica jurídica, en el sentido de que en el libro de que hemos hablado, *The uses of argument,* usted opuso una concepción aristotélica de la lógica a una lógica operativa. La cuestión es que después de la publicación de este libro se han producido muchos cambios en la lógica. Tenemos desarrollos de la lógica modal, lógica deóntica, lógicas no clásicas, lógicas no bivalentes en general, lógica no montónica, etc. Mi pregunta es: ¿piensa usted que el contraste que establecía estaba justificado en aquel momento, pero no hoy, o sigue pensando que el paradigma de la lógica es, en cierto modo, el mismo?

S. E. T. -Es una pregunta muy interesante, y sobre ella tengo dos cosas que decir. La primera se refiere a lo que yo pretendía en 1957 cuando escribí ese libro, es decir, hace 35 años. Lo que yo pretendía era establecer una contraposición entre una concepción del razonamiento que considera al razonamiento como una actividad que tiene lugar dentro de una situación humana y en el contexto de unos determinados intereses, etc., y una concepción del razonamiento humano que considera a éste como una relación interna entre proposiciones. Ahora bien, si nos remontamos 35 años atrás, la filosofía del siglo XX tenía que experimentar todavía muchos cambios, y lo que ha sucedido mientras tanto dentro de la filosofía ha dado lugar a una situación en la que la mayoría de la gente piensa ahora acerca de la filosofía del lenguaje en términos de emisiones, de juegos de lenguaje, de formas de vida, de locuciones, de realizaciones lingüísticas, en términos todo ello de John Austin y de John Searle, por no mencionar al segundo Wittgenstein y a sus discípulos. De modo que la actitud hacia la lógica que compartieron filósofos como Russell, Quine y Church, a saber que el tema de la lógica son las relaciones

internas entre proposiciones, es una actitud que hoy está realmente en declive, o por lo menos no es ya la posición dominante, o al menos no lo es en la filosofía angloamericana. Pues bien, recuerde usted que cuando escribí ese libro, el libro estaba dirigido contra aquellos que, en conjunto, se inclinaban todavía a pensar que la unidad de pensamiento es la proposición y no la emisión (lingüística). Y así, cuando yo criticaba la deducción, cuando criticaba el monopolio de la inferencia deductiva, tanto en mi primer libro sobre ética, como después en *The uses of argument,* en lo que yo estaba pensando era en filósofos que tenían esa clase de concepción de la lógica. Pero ahora, hablando 35 años después, yo diría que fue un error por mi parte sugerir que Aristóteles tuviese la misma concepción de la lógica que Russell. Ahora, yo me inclinaría a pensar que Aristóteles mismo, la concepción que tuvo de la lógica tenía más que ver con aserciones que con proposiciones, que Aristóteles pensó también que hablar es algo que la gente hace dentro de un contexto, el contexto de varias clases de actividades humanas, etc. Y de hecho, lo que es muy interesante es que, si se mira la lengua griega, y esto vale tanto para el griego que se hablaba y escribía en la Antigüedad Clásica como para el griego que se usa hoy en las calles de Atenas, se encuentra que toda la familia de palabras, logos, logikós, y demás, que toda esta familia de palabras significan razón, racional. Cuando San Juan Evangelista empieza su evangelio con «en archei en ho lógos» está diciendo que al principio era la razón. En inglés todavía se suele traducir esa frase como «en el principio era el Verbo, la Palabra», pero la Palabra era, por así decir, la palabra de la razón. Así, yo entiendo todo el *Organon* de Aristóteles como un análisis exhaustivo de los diferentes aspectos del razonamiento, de la racionalidad y, así, decir que algo es *logikós* es decir que es razonable o racional, no decir que es lógico en el sentido estrecho de la concepción que Russell-Church tienen de la lógica. Pero esto es sólo una parte de mi respuesta a su pregunta. Yo encuentro todas esas cosas tales como la lógica alética y todos esos sistemas formales de lógica modal y lógica deóntica, yo encuentro, digo, todas esas cosas como algo esencialmente aburrido. Pienso que quienes se dedican a todas esas cosas, deliberadamente construyen sistemas formales que no tienen ningún interés práctico para nosotros a la hora de enfrentamos con las cuestiones realmente vivas acerca de la verdad o del valor o de cualquier otro tema de esta especie. Esta es una de las razones por las que me sentí tan feliz al colaborar con mi colega Albert R. Jonsen cuando hace unos años escribimos un libro acerca del desarrollo de la casuística, el desarrollo del razonamiento, porque en el libro que acabo de mencionar *The Abuse of Casuistry,* no se me hubiera ocurrido ni mencionar la lógica deóntica, porque cuando tratamos

de ver cómo el razonamiento moral opera en la práctica se parece mucho más a lo que yo digo en *The uses of argument* que a nada que tenga que ver con la lógica deóntica. Es decir, la lógica deóntica es una tentativa de presentar de una manera formal los aspectos de la vida que son esencialmente no formales, y en este aspecto se sale del tema, es decir, lo eluden... Manolo Jiménez comenta que todo esto más que a neoaristoteliano suena a viejoaristotelismo práctico. Y si es aristotelismo en absoluto, es ciertamente aristotelismo de la vieja especie, no de la especie «neo». De hecho... permítanme contarles algo divertido. Hablé en un congreso el verano pasado; no, a principios de este año, y uno de los comentaristas dijo después: «¡Oh, empiezo a entender, usted no es un postmoderno, usted es un neopremoderno». Y a mí me gustó mucho esta descripción porque para mí lo que hay que hacer con toda la tradición cartesiana en filosofía, no es entristecerse porque se haya hundido, no es lamentar que Lyotard y los postmodernos en general hayan mostrado que nuestro pensamiento es incoherente. Nuestro pensamiento no es incoherente. Era toda la tradición cartesiana, todo el programa fundamentalista del racionalismo cartesiano lo que era incoherente. Hemos logrado escapar del templo destruido, quiero decir, hemos de dar gracias a Dios de que Sansón haya logrado echar abajo ese particular templo, pues ahora podemos ver el mundo como el mundo es.

M. A. -Quizá podría pensarse que en relación con la lógica no monotónica la cuestión es distinta, porque los autores que construyen esa lógica tratan de aproximarse a la argumentación de la vida cotidiana.

S. E. T. -Tratan de hacerlo, pero esto es para mí como insistir en andar por la calle con grilletes en los tobillos. Esto es, siempre podemos decir: «mira, podemos caminar, aun cuando llevemos grilletes formales en los tobillos». Pienso que debemos ser un poco más honestos. Por ejemplo, ha habido gente que ha tratado de emplear el cálculo de la lógica polivalente para resolver problemas de mecánica cuántica. El resultado no ha sido muy alentador: pero al mismo tiempo pienso que merecía la pena intentarlo. No creo que se tratase de una empresa inherentemente ridícula en la forma en que creo que la lógica deóntica es una empresa inherentemente ridícula, y voy a decirle por qué, sí, voy a decirle lo que todavía no he dicho. Todos estos sistemas formales abstractos como los de la lógica deóntica e incluso los de la lógica no monotónica, etc.; todos ellos están escritos dentro de una tradición de abstracción y construcción teorética que para mí está comprometida hasta la médula con el programa platónico de desarrollar una *episteme.* Pues bien, en los libros I y II de la *Ética a Nicómaco* Aristóteles explica de forma muy clara por qué, cuando estamos tratando de asuntos concernientes a la política y a la

ética, el objetivo de alcanzar *episteme,* «ciencia», o de hacer *episteme,* «ciencia», es un objetivo intrínsecamente equivocado, no es el objetivo que uno puede esperar alcanzar en tales campos. Tengo que añadir que yo realmente sólo llegué a entender en profundidad, de verdad, aquello a que Aristóteles está apuntando en tales argumentos, tras haber pasado diez años trabajando con médicos que se dedicaban a la medicina clínica. Subrayo medicina *clínica* porque quiero insistir en que la diferencia crucial es entre la medicina teórica, en la que uno está desarrollando sus ideas acerca de la medicina desde un punto de vista científico, y la medicina clínica en la que uno tiene ante sí a un paciente y la cuestión es «¿qué le pasa a este paciente?»; «¿cómo puedo ayudar a este paciente?»; «¿cómo abordar las cuestiones prácticas que surgen al tratar a este paciente?». Y Aristóteles explica de forma sumamente clara porqué la medicina clínica tiene que ser siempre un arte, y nunca puede hacerse de ella sólo ciencia, sólo un ejemplo de *episteme* o ciencia. Por supuesto, las ideas que la ciencia médica desarrolla son siempre útiles y contribuyen en gran medida a la práctica médica, pero el negocio efectivo de la medicina práctica opera en un nivel diferente de aquel en que se mueve la medicina teorética y, para mí, el ser realmente un abogado o un juez y abordar los casos que le llegan a uno se parece mucho a ser un médico clínico que entra en el hospital y tiene un paciente cuya situación ha empeorado de una forma que no había manera de prever, y que por tanto tiene que resolver el problema práctico de qué hay que hacer ahora. Creo que lo que los abogados y jueces tienen que hacer se parece mucho más a lo que el médico clínico tiene que hacer por un paciente particular en una situación particular, que a ninguna clase de tarea teorética, sea ésta la de un lógico formal, un ético formal, o incluso la de alguien que trabaja en medicina teórica. Y la razón tiene que ver con lo que Aristóteles dice: en cualquier campo que esté organizado como una *episteme,* uno empieza siempre practicando desde el principio una abstracción, trazando una línea alrededor de las cuestiones de que uno se ocupa, y considerando sólo los ejemplos que se conforman con tal abstracción. Mientras que el médico y el juez no tienen la oportunidad de practicar una abstracción de esa especie, y de decir «no voy a considerar este caso porque es muy confuso, y no puedo decir nada claro sobre él». Tienen que tomar decisiones porque ese es su oficio, y no pueden practicar esa inicial abstracción por mor de la claridad teorética, que es el primer paso que siempre nos sentimos legitimados a dar dentro de una ciencia cuando buscamos clarificar nuestras teorías e ideas.

M. A. -El conferenciante de esta tarde ha recordado una frase de su libro *The Uses of Argument* en la que usted dice que la lógica debería ser jurisprudencia generalizada.

S. E. T. -Sí, también usted mencionó esto el otro día y he empezado

a recordarlo. La cuestión es qué entendía yo por jurisprudencia, al decir eso. Pues bien, yo diría, mirando hacia atrás, que al hablar así yo estaba viendo en la jurisprudencia el mejor ejemplo de razonamiento práctico, elevado a la forma de una actividad intelectualmente seria y profundamente reflexiva. De suerte que, lo que estaba diciendo es que la lógica, en el sentido de una explicación general del razonamiento y la racionalidad, debería operar buscando el mismo nivel de sofisticación formal y de reflexividad humana que la mejor jurisprudencia alcanza. Este es el espíritu, estoy seguro, de lo que dije en ese libro...

-Sí, estoy de acuerdo, yo diría históricamente lo mismo sobre la importancia de la jurisprudencia. Una de las muchas cosas que cambian entre los siglos XVI y XVII es la prioridad relativa, la prioridad intelectual relativa que la gente daba a la ciencia y al derecho. En el siglo XVI todo el mundo sabía y entendía muy bien qué era el derecho y tenía una idea muy exacta de las bases filosóficas del derecho. Pero pensaban, al igual que Montaigne, que no era posible alcanzar un conocimiento igual de la naturaleza. Después, en el siglo XVII, se invierten los términos...

M. J. R. -A propósito de Aristóteles, neoaristotelismo y viejoaristotelismo, de posmodernismos y neopremodernismos, permítame que aproveche la ocasión para preguntarle cuál es su posición sobre la ética de Kant.

S. E. T. -Mi posición en relación con la ética de Kant es ligeramente excéntrica, pero me inclino a pensar que es una posición bastante sólida. En primer lugar, no creo que el imperativo categórico estuviera pensado por Kant como un principio moral. Mucha gente habla como si el principio del imperativo categórico hubiera de ser entendido como la regla moral más general. Pienso que esto es un malentendido, no creo que lo que Kant dijo fuera eso y pienso que lo que dijo no puede funcionar en la forma en que sus intérpretes sugieren. En apoyo de esto, yo diría también que creo que los escritos de Kant están mucho más cerca de la tradición retórica y que la relación de esos escritos con la tradición analítica y la tradición cartesiana es mucho más ambigua de lo que esos intérpretes han supuesto. Y voy a darle a usted algún tipo de evidencia de lo que estoy diciendo. En primer lugar, es de gran importancia el que el término que Kant discute sea el término «máxima» y no el término «principio». Por lo que Kant se pregunta es por la diferencia entre «máximas de la prudencia», «máximas de la moral» y «máximas de la eficacia». Pues bien, el término «máxima» es un término que procede de la tradición retórica. Es una palabra que puede encontrarse, por ejemplo, en Quintiliano. Es una palabra que se refiere a reglas prácticas. Tenemos máximas de equidad como «quién se presenta ante el tribunal

exigiendo reparación ha de tener las manos limpias»; y cosas de este tipo. Estas son las máximas. Y pienso que en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,* aquello de que Kant se está ocupando es de mostrar la diferencia entre las máximas de distintos tipos, de suerte que quepa definir el territorio de la ética, el territorio de la filosofía moral, por contraste con el territorio de la eficacia técnica. Asunto distinto es si estoy o no de acuerdo con el modo en que Kant lo hace, pero lo importante es entender de entrada que en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* Kant no nos está dando recetas morales o reglas morales. Nos está dando una explicación de cómo hemos de distinguir las cuestiones de filosofía moral de las cuestiones sobre eficacia técnica y de las cuestiones acerca de la prudencia humana. En segundo lugar, por supuesto, el hecho de que Kant utilice la palabra prudencia es también algo que apunta a Aristóteles a través de St. Tomás de Aquino, y muestra que no está operando solamente con la tradición intelectual o abstracta de filosofía que comienza con el cartesianismo. Es lo primero que quiero decir sobre Kant. También es muy importante darse cuenta (por lo que se refiere a las evidencias a que antes me he referido) de que Kant leyó profundamente, por ejemplo, a Cicerón. Digo esto porque algunos de los ejemplos que pone Kant en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres...* estaba diciendo que Kant nos deja buenas pruebas de su conocimiento de Cicerón, en particular del Cicerón de *De Oficiis,* porque los cuatro famosos ejemplos de la Fundamentación reflejan con suma exactitud argumentos paralelos que pueden encontrarse en Cicerón, de suerte que en este aspecto la posición de Kant tiene la misma clase de afinidad con la filosofía de los estoicos que tenía la de Cicerón. Y hay más evidencia de esto. Pues si usted mira esos cuatro ejemplos, en los primeros dos ejemplos se trata de demostrar que el actuar de una forma que viole el..., el apelar a una máxima que viole las exigencias de universalización impuestas por el principio categórico, conduce a una contradicción. Pero en los ejemplos tercero y cuarto, no trata de probar que en esos casos se incurra en una contradicción, sino que lo que se dice es que el actuar conforme a una máxima que violase el principio de contradicción conduciría en esos casos a una situación que sería incompatible con el sistema de la naturaleza. Y esta expresión, un *sistema de la naturaleza,* es una expresión ciceroniana que se remonta a la tradición estoica. De modo que pienso que hay que tener una concepción suficientemente rica de la posición de Kant en la historia de la filosofía para tener una opinión bien informada sobre Kant. Kant estaba también muy interesado en la casuística, y si usted mira detenidamente los escritos éticos de Kant, encontrará que de cuando en cuando se para y habla de lo que llama una digresión

casuística. Y habla sobre distintas clases de casos. Si digo que encuentro en Kant muchas cosas que me son muy afines, es porque lo que me gusta de Kant, para entenderlo bien, hay que interpretarlo desde los puntos de vista de las tradiciones de la retórica y la casuística... No estoy de acuerdo con muchos intérpretes actuales que, como usted sabe, se autocalifican a sí mismos de kantianos, pues pienso que ven a Kant de una forma extraordinariamente abstracta y descarnada, que queda muy lejos del Kant histórico.

M. J. R. -Voy a seguir con la misma pregunta de otra manera. Al principio, cuando ha criticado posiciones como las de Habermas y Alexy, que se entienden a sí mismos como kantianos, usted se ha referido a Wittgenstein. Pues bien, esta mañana, en una conversación informal, se ha referido usted a Wittgenstein como un escéptico pirrónico en epistemología y como un «pascaliano» en ética. Para empezar, explíquenos usted esto un poco más.

S. E. T. -Bien, permítame que aborde esta cuestión siguiendo una serie de pasos simples. Cuando en nuestra conversación de esta mañana he aplicado esos calificativos a Wittgenstein, lo que estaba haciendo era agavillar una serie de ideas. Veamos en primer lugar el asunto de mi descripción de Wittgenstein como un escéptico pirrónico... Lo que me hizo pensar que era necesario repensar los antecedentes y precedentes, etc., que Wittgenstein tiene en la historia del pensamiento, fue el percatarme de que cuando yo era joven y fui presentado por primera vez a Wittgenstein, y cuando pienso acerca de lo que mis colegas ingleses piensan sobre Wittgenstein, me doy cuenta de que pensamos de él como si se tratase de un fenómeno enteramente único. No pretendo sugerir que Wittgenstein leyese alguna vez a Sexto Empírico, por ejemplo, y me quedaría muy sorprendido si alguna vez se descubriese que Wittgenstein, efectivamente, lo leyó; pudo haberlo hecho, no lo sé; pero no tengo ninguna razón para pensar que lo hizo y tampoco pienso que sea necesario suponer que lo hizo. En todo caso es algo que yo no afirmaría. La cuestión es que Wittgenstein adoptó una actitud hacia la filosofía que era una actitud enteramente distinta de cualquiera que hubiera podido adoptar nadie que trabaje dentro de la tradición cartesiana de procedimiento filosófico racionalista. ¿En qué consiste esa actitud? Esa actitud consiste en que lo que es erróneo en filosofía no son las respuestas, sino las preguntas: que el gran error en filosofía es negar las aserciones de otro porque las preguntas que se hacen en filosofía son tales que las respuestas que se les den es igualmente erróneo afirmarlas que negarlas, porque tales respuestas son en sí mismas esencialmente incoherentes, son inherentemente incoherentes, y así para él la cuestión se convierte en la siguiente: ¿por qué ocurre que dentro de nosotros se da esta continua tendencia a hacer preguntas

que es imposible responder porque las preguntas mismas están mal planteadas o construidas, o planteadas de forma engañosa? Adviértase, por supuesto, que hay una persona con la que yo habría podido comparar a Wittgenstein en este aspecto, y hay intérpretes que han comparado a Wittgenstein con él, a saber, con Kant, porque Kant en su *Crítica de la Razón Pura* dedica toda una sección a lo que él llama paralogismos: son preguntas tales como ¿dónde acaba el universo? Porque si decimos «dónde acaba el universo», cabe preguntar entonces: ¿qué hay más allá de ese punto?, y entonces llegamos a lo que Kant muestra, a saber, que hay algunas cuestiones de este tipo que como cosmólogos tratamos de respondernos, pero que no tienen respuesta alguna. Sin embargo, pienso que la visión que Wittgenstein tiene de los paralogismos es mucho más amplia que la de Kant, aun cuando en algunos aspectos sospecho que a Kant le hubiera gustado cien años después moverse por las vías por las que se ha movido Wittgenstein. Pienso que a Kant le perjudicó el haber nacido demasiado pronto, y que sus propias ideas acerca de los paralogismos hubieran sido mucho más amplias si hubiera vivido cien o ciento cincuenta años después. Pero la cuestión es que si nos fijamos en el pensamiento anterior a Descartes, si nos fijamos en el pensamiento inmediatamente anterior a Descartes, encontramos que los escritos filosóficos más populares -y Descartes, y lo sabemos muy bien, tuvo acceso a ellos, y los leyó, y reflexionó sobre ellos-, los escritos filosóficos más populares, digo, fueron los de Montaigne, en particular su ensayo cumbre, a saber, la *Apología de Raimundo Sabunde,* la cual, dicho sea de paso, es una exposición de las ideas del filósofo español. Y en ese largo ensayo Montaigne explica la necesidad del pirronismo, y explica los principios establecidos en filosofía por Sexto Empírico, y los presenta como la posición que un verdadero humanista ha de acabar adoptando. Y si nos fijamos en Sexto Empírico, nos percatamos de que lo que comparte con Wittgenstein es esa idea de que lo que tenemos que hacer con las cuestiones filosóficas no es responderlas, ni tampoco negar las respuestas que otras personas han dado a esas cuestiones; lo que tenemos que hacer es criticar las preguntas mismas y hacer preguntas diferentes. Y esto es, por supuesto, lo que Wittgenstein pensaba que era la tarea del filósofo: tomar las preguntas filosóficas que otros hacen, las cuales son irrespondibles, y ayudarlos a reformular las cuestiones de una forma por la que una cuestión irrespondible, teórica, se transforme en un problema práctico, soluble, y esto es algo que Wittgenstein comparte con Sexto Empírico y con Pirrón y, en cierta medida, también con Epicuro, y pienso que esta es una explicación de lo que esta mañana he querido decir con que Wittgenstein era un pirroniano en epistemología. Por otro lado, era un hombre de una personalidad muy complicada, y cuando se mira en detalle la forma

que Wittgenstein tiene de tratar las cuestiones morales, y la manera profunda como la perplejidad moral embargó su vida entera como ser humano, es claro que Wittgenstein tenía una actitud muy diferente hacia las cuestiones morales cuando las afrontaba en su vida que hacia las cuestiones filosóficas que encontraba en el debate intelectual. Por supuesto, pienso que no sería injusto o desacertado decir que desde un determinado punto de vista Wittgenstein era una personalidad escindida, que como intelectual pudo permitirse adoptar la posición pirroniana que he descrito, pero que, como agente moral, se sintió a sí mismo desgarrado de una forma que poco podían contribuir a remediar los métodos pirronianos. Y cuando lo comparo con Pascal es porque Pascal vivió el mismo tipo de vida. La mitad del tiempo Pascal fue un maravilloso matemático y físico experimental, alguien que discutía ciencia matemática y ciencia física de forma sumamente inteligente. Pero la otra mitad del tiempo le gustaba desaparecer en Port-Royal, el monasterio en las afueras de París, y se atormentaba a sí mismo con autocríticas, preguntándose si su propia tendencia a hacer cosas intelectualmente brillantes no era una tentación que Dios le mandaba a lo que definitivamente tendría que renunciar. Así, encontramos en Pascal esta personalidad desgarrada, esta personalidad escindida, este alma dividida, el brillante intelectual que alterna la luz de su trabajo teórico con la noche oscura del alma en la que se pregunta atemorizado si su misma brillantez intelectual no es el pecado fundamental, del que ha de tratar definitivamente de liberarse, aunque sea a costa de extrañarse de la mitad de sí mismo. Y encuentro la misma clase de dualidad en Wittgenstein como ser humano: intelectualmente era una persona de un talento extraordinario, de una extraordinaria capacidad, y de una extraordinaria sensibilidad y perceptividad, pero cuando aborda sus asuntos morales encontramos en él algo de la misma clase de oscura autoduda y autocrítica y, sobre todo, autocondenación, que encontramos en Pascal. Y lo mismo cabría decir también de Racine, que fue también otro adicto a Port-Royal. Pasaba su tiempo escribiendo y produciendo dramas, y, después se retiraba al monasterio y se reprochaba a sí mismo el haber tenido la tentación de hacer cosas tan mundanas.

M. J. R. -Habla usted de paralelismo entre Wittgenstein y Kant. ¿Hasta dónde lleva usted ese paralelismo?

S. E. T. -Bien, cuando Wittgenstein empezaba en Cambridge, la gente con la que estaba filosóficamente asociado era con G. E. Moore, Bertrand Russell, y otros jóvenes brillantes y económicamente pudientes que hacían filosofía en Cambridge en los años inmediatamente anteriores a la Primera Guerra Mundial. Y, por supuesto, la epistemología de esos jóvenes era muy similar a la epistemología de Ernst Mach en su libro *Der Analyse de Empfindung, (El Análisis de la Sensación).* Es decir, era una filosofía de los *sense data,* una filosofía

de las impresiones de los sentidos, similar a la de John Locke; en la jerga de la historia de la filosofía, se trataba esencialmente de un *revival* de la tradición empirista: se trata de una concepción de la epistemología que supone que tenemos *data,* que tenemos información bruta que nos llega a través de los sentidos, la cual ya nos dice algo sobre el mundo. Ahora bien, cuando Kant aborda estas teorías empiristas lo que dice es que las sensaciones sólo pueden ser elevadas al nivel de *percepta* si las organizamos de tal forma que nos permitan decir algo. Es decir, el conocimiento tiene que tener siempre la estructura formal de un enunciado susceptible de expresarse, susceptible de decirse. Y en este aspecto Kant ataca el empirismo tradicional, que él piensa que viene representado sobre todo por Hume: asunto distinto es el de si ésa es realmente la posición de Hume. Kant, al atacar el empirismo tradicional, insiste en que las ideas de los sentidos, como Locke las llamaba, no pueden aportar por sí mismas conocimiento, que tienen que ser transformadas en fuentes de conocimiento por vía de transformarlas de sensaciones en percepciones, y que esto implica la intervención creadora del *Verstand* (el entendimiento), y la *Vernunft* (la razón). Éstas son facultades que tenemos para responder a las sensaciones brutas transformándolas en expresiones epistemológicamente significativas. Ahora bien, pienso que cuando miramos a lo que Wittgenstein hace en las *Philosophische Untersuchunge* (Investigaciones Filosóficas) con la teoría de las sensaciones, encontramos que hace exactamente lo mismo, e incluso que va más allá de Kant. Donde Kant dice que las sensaciones por sí mismas no pueden aportarnos conocimiento, Wittgenstein dice que las sensaciones, tal como de ellas ha hablado la epistemología tradicional como propiedades de una persona en un determinado momento, que las sensaciones así entendidas, digo, son una noción esencialmente incoherente... que, incluso si hablamos de sensaciones, estamos utilizando ya un lenguaje que es parte de un lenguaje compartido, el cual queda definido en el curso de los tratos y contratos entre la gente. De suerte que, incluso para hablar de una sensación, hemos tenido ya que alcanzar el punto en el que Kant habla de percepción. Y William James, que fue realmente un hombre muy influyente hacia principios del siglo XX tanto en Europa como en América, Russell conocía su obra y se ocupó mucho de él, William James, digo, era muy consciente de este aspecto de Kant. Habla de sensaciones, de lo que él llama una «confusión bullente», desbordante, es decir, hay algo a lo que los empiristas quieren señalar cuando hablan de sensaciones, hay algo en lo que se dice es ya algo demasiado intelectualizado para ser una representación genuina de la experiencia de los sentidos tal como entra en nuestras vidas... como seres humanos... Y así, nada puede decirse de lo que queda a la base de nuestra experiencia. Y esta es la razón por la que Kant se ve en dificultades.

Kant nos dice qué es aquello acerca de lo que no podemos hablar. Le da un nombre, lo llama *Ding an sich* (cosa en si). Kant no debería haber hecho nunca eso; debería haber dicho que allende un determinado punto nos sentimos tentados a hablar como si el mundo estuviese lleno de cosas que no podemos nombrar, limitándose así a hacer una mera indicación, a quedarse en un último ademán. Pero incluso darle el nombre de *Ding an sich* (cosa en sí) es ya ponerse a sí mismo en una aporía socrática, ponerse a sí mismo en una posición en la que uno puede verse atrapado. Es en lo que estaba pensando al decir que si Kant hubiera vivido cien o ciento cincuenta años después, habría ido mucho más lejos, porque eso lo pone ya en un paralogismo, es decir, dar a la *cosa en sí* un nombre lo pone ya en una aporía.

Es lo que estaba pensando al afirmar que la estrategia que Kant utiliza contra los empiristas tradicionales es muy similar a la que utiliza Wittgenstein contra Mach, Russell y Moore y otros neoempiristas de la filosofía angloamericana a principios de este siglo.

M. J. R. -Pero sigue en pie la cuestión importante para mí cuando trato de entenderlo a usted. Contra Habermas y Rawls usted invoca a Wittgenstein en las conclusiones escépticas de éste. Usted invoca al viejo Aristóteles, pero tampoco es un neoaristotélico; ni tampoco es usted un postmoderno. Ahora bien, para no acompañar a Wittgenstein en sus conclusiones escépticas acerca de una teoría de la racionalidad, por modesta que sea. ¿Estoy equivocado al decir que la teoría «modesta» de la racionalidad que usted introduce tiene que ver con el pragmatismo, tiene que ver con John Dewey?

S. E. T. -Pienso que es una pregunta muy perceptiva. Hay una cosa que nunca me gustó en Wittgenstein y que me obligó a mirar más allá de él. Lo que nunca me gustó de Wittgenstein es que éste nunca entendiera en profundidad el significado de la historia. A mi juicio, no puede darse cuenta de la racionalidad si no se atiende a la forma en que nuestros modos de pensamiento y acción cambian históricamente. Pero, Wittgenstein nunca planteó la cuestión del cambio histórico. Toda su obra, tanto su obra primera donde usa el instrumento que representa la lógica formal... (pienso que su preocupación fue siempre la misma, a saber, una preocupación escéptica) como en la última obra en la que aborda una especie de autoexamen, un autoexamen reflexivo del carácter de los juegos de lenguaje; tanto el primer Wittgenstein como el segundo se centran en la forma en que pensamos en un determinado momento; para mí es triste encontrar que Wittgenstein nunca fuera más allá de eso... porque pienso que era lo suficientemente inteligente como para decir cosas muy intuitivas, significativas y reveladoras sobre el significado de la historia.

Pero Wittgenstein no abordó de hecho esta cuestión histórica, y, al pensar sobre ella, llegué a posiciones que ya están bosquejadas en las

últimas páginas de *The Uses of Argument,* en las que me refiero a Collingwood, y que desarrollé como consecuencia de la necesidad de hacer precisamente eso, es decir, de moverse en una dirección histórica, y fue leyendo a Collingwood como opté por atreverme a mis propias convicciones, fue la lectura de Collingwood la que me animó a moverme en esa dirección. Así que a veces la gente me pregunta acerca de mis relaciones con Vico y con otros filósofos que desde fines del siglo XVII en adelante empezaron a interesarse por el significado de la historia. Bien, usted dice que he desarrollado una teoría de la racionalidad... «modesta»... y al decir modesta me quita usted la palabra de la boca, porque, quizá hasta hace un año o, ciertamente, hasta hace dos años, yo hubiera reaccionado con un poco de indignación contra la sugerencia o la idea de que mi obra fuera teorética en absoluto. Pues estaba muy acostumbrado a pensar que las teorías filosóficas son teoréticas en el sentido estricto de *episteme* o en el sentido que nos impone el racionalismo cartesiano... Pero ahora, por supuesto, entiendo que siempre ha habido esta doble senda por la que la teoría se ha movido. Y esto es también así en el caso de la persona de Descartes. Descartes no estaba totalmente comprometido con el proyecto de una *episteme,* de modo que en lo que a mí se refiere... estoy de acuerdo con usted en que, en efecto, estoy desarrollando una teoría de la racionalidad que, por supuesto, se solapa en importantes aspectos con la obra de John Dewey. Pero no porque yo hubiese leído a John Dewey antes de escribir mis libros, sino por estar pensando con una mentalidad similar, con la mentalidad de alguien para quien el significado de la teoría es la contribución que esa teoría hace a la práctica, que es por lo que, por supuesto, me son tan afines las actitudes americanas hacia la práctica de la jurisprudencia. Pero se trata, como usted dice, de una teoría en el sentido «modesto» de teoría, con una *t* minúscula, como diría Rorty. No se trata de una teoría en el sentido grandioso, de una teoría con *t* mayúscula, de la clase que el racionalismo tradicional nos animó a adoptar. Pero en este sentido lo que he estado tratando de hacer es, creo, volver adonde estábamos antes. En este sentido lo que he estado tratando de hacer es encontrar modos de dar explicaciones de las *Lebensformen,* de dar explicaciones de esos aspectos de las formas de vida, que necesitamos, que nos permiten ver cómo esas formas de vida suministran el *backing* para los *warrants* que entran en nuestros modos prácticos de argumentación. Y a este respecto la cuestión a la que nos hemos referido al principio de como la moral entra en el *backing* de los *warrant* jurídicos es exactamente la cuestión correcta que hay que plantear en relación con lo que usted acaba de decir. Porque para mí, explicar el componente moral en la fundamentación del *warrant* jurídico es explicar en qué esta particular forma de tratar las cuestiones jurídicas o legales contribuye a las formas de vida en las

que estas cuestiones se plantean. Y esto es lo que realmente he tratado de hacer a lo largo de toda mi obra, ayudar a la gente a entender qué necesitan conocer sobre Física, qué necesitan conocer sobre Derecho, qué necesitan conocer sobre todas esas diferentes formas de actuar pragmáticamente si es que quieren ver cómo es que las formas en que razonamos tanto jurídica como científicamente, o en cualquier otro campo, se ajustan y acomodan a esos aspectos de la vida humana.

M. J. R. -Con este apoyo de una teoría de la racionalidad su posición (sin ninguna clase de miedos al postestructuralismo francés) puede ser una posición muy crítica para con la modernidad. Me refiero a su libro *Cosmopolis*.

S. E. T. -Sí, lo que usted dice es totalmente exacto. Esto nos devuelve a lo que he dicho antes acerca de ser un neopremoderno, más que un posmoderno. A mi juicio, la posición francesa, por estar el pensamiento francés tan profundamente transido por el cartesianismo, la posición francesa, digo, es: «la casa de la razón se ha venido abajo y nosotros nos encontramos enterrados en sus ruinas». Y esto genera desesperación o, por lo menos, una cierta sensación de absurdidad, y la incapacidad de considerar que podría haber otro sitio por donde tirar. A mi juicio, el templo cartesiano cobijó siempre una cierta casta sacerdotal, una especie de sacerdotes seculares, y el que el templo se haya venido abajo, ello no hace sino emanciparnos de una forma más de ofuscación, de una forma más de autoengaño. Y para mí no es absurdo ni desesperante el emanciparse a sí mismo de un autoengaño, sino que representa un paso constructivo hacia adelante, y una vez que levantamos las cabezas por encima de las ruinas del templo cartesiano, y no permanecemos en ellas, sepultados por el templo derruido, podemos mirar y ver el escenario en que nos encontrarnos... y loados sean los cielos porque tal templo se viniese abajo, porque ahora podemos mirar adelante y ver cómo abordar nuestros problemas. Pero, por supuesto, éste es el punto en que usted entiende que el pragmatismo no es una teoría más de la racionalidad de corte cartesiano, no es una teoría más dentro de la tradición racionalista. El pragmatismo es una actitud mental que tiene mucho más en común con la filosofía práctica de la tradición aristotélica y del helenismo tardío (me refiero al epicureísmo y a otras tradiciones similares), que tiene mucho mas que ver con esas clases de filosofía práctica que con todo (perdóneme la simplificación) lo que ha venido ocurriendo en filosofía desde Descartes hasta Bertrand Russell.

Y a este propósito voy a referirme a otros escritos y libros míos a los que usted ha hecho mención esta mañana. En relación con mi artículo «El legado del positivismo lógico» no puedo decir mucho; la razón es que ahora mismo no tengo presente cuál es el contenido de ese artículo. En segundo lugar, usted se ha referido a mi libro sobre la

casuística. La razón por la que escribí ese libro sobre la casuística treinta años después de *The Uses of Argument* es porque pasé diez años trabajando en medicina clínica, y especialmente (tras esos diez años) a causa de mis conversaciones con Albert Jonsen que es mi coautor y que es un ex jesuita, que tiene una profunda educación en este modo tradicional de filosofía moral, y pensé que había cosas interesantes que decir. Pensamos que ahí había una investigación histórica digna de hacerse, y ésta es la razón que nos llevó a escribir este libro juntos. En relación con mis escritos de cosmología, recuerde usted que cuando llegué a la Universidad de Cambridge como estudiante, los estudios que había escogido eran los de Matemáticas y Física. Y lo había hecho porque tenía un profundo interés por lo que podemos descubrir acerca del universo. Yo pensé que aprendiendo física lo descubriría. Pero después, cuando me convertí en un físico profesional, encontré que ésa no era la forma de responder a las cuestiones cosmológicas. O no era la forma de responder a la particular clase de cuestiones en las que yo estaba más interesado. De modo que, a lo largo de toda mi vida, he mantenido siempre este interés por la cosmología en paralelo con mi obra de tipo más especializado en el campo de la filosofía. Pero ha sido realmente después de estos años, al ponerme a hacer la reconstrucción recogida en mi libro *Cosmopolis,* cuando he sido capaz de establecer una conexión entre la historia de la cosmología y la historia de la filosofía, conexión en la que ambas ayudan a iluminarse la una a la otra... Y permítame que en relación con mi obra y mi trabajo toque otro punto. Esta mañana hemos tenido una breve conversación mientras tomábamos café en el bar de aquí al lado. Dije algo a lo que usted reaccionó de forma muy divertida. Dije que siempre lo que yo había hecho era encontrar el supuesto en que todos los demás estaban de acuerdo, pero que era un supuesto equivocado. De modo que si ustedes miran los momentos en que han sido publicados mis libros, la mayoría de los argumentos que he ofrecido en ellos han sido siempre presentados como una especie de quitar la alfombra bajo los pies del debate, tal como éste estaba estructurado en ese momento. Pues bien, esto no me hizo nunca popular. A mis colegas nunca les gustó lo que hice, porque, de nuevo, como buen pirroniano lo que yo les estaba diciendo era «daros cuenta, estáis jugando un juego equivocado». Y, de hecho, lo que ha sucedido como resultado de esto es que, una y otra vez, mis colegas filosóficos sólo han empezado a hacerse quince años después las preguntas que yo pensaba que debían hacerse. De modo que hay una especie de desfase temporal de quince años entre los libros que he escrito y la toma en serio de esos libros por parte de los profesionales de la filosofía. Pienso que tras otros diez o quince años veremos como filósofos morales que hoy son de corte analítico empezarán a tomarse en serio la casuística... Pero es que en

realidad no han llegado a entender bien el tipo de comprensión de que debe hacer uso un filósofo moral. Esa clase de método centrado en casos, les parece algo de segundo rango. Hasta ahora se había entendido que la tarea de los filósofos morales era suministrar principios, proporcionar un suelo firme, mientras que yo pienso que la ética es un asunto tan basado en casos como lo es el common law.

M. A. -En este congreso usted ha dado una conferencia cuyo título ha sido «El futuro del derecho». ¿Podría resumimos las principales tesis?

S. E. T. -Bien, en mi conferencia de este congreso la tesis central que he defendido ha sido la siguiente: lo que encuentro en buena parte de la filosofía del derecho, y se trata realmente de una presuposición que se remonta incluso hasta Thomas Hobbes, lo que encuentro, digo, en buena parte de la filosofía del derecho es una serie de posiciones abstractas relacionadas entre sí, que mi intención es repensar y cuestionar. La primera de ellas es que es posible considerar la estructura política de un determinado Estado en un determinado momento, y que las cuestiones importantes que se plantean en filosofía del derecho son cuestiones que tienen que ver con la forma en que el derecho opera en la vida de un Estado singular y determinado. El segundo de ellos es que, y esto es claramente una consecuencia de Hobbes, es que, digo, el derecho es una creación del Estado: es una expresión del poder soberano del Estado y, en esa medida, no proporciona base alguna para organizar ningún desafío de tipo moral contra las acciones del Estado porque, después de todo, es el Estado el que nos dice lo que es el derecho. Es muy difícil para nosotros encontrar un punto de vista jurídico alternativo desde el que poder decir que en tal o cual caso el Estado está equivocado. Y, en tercer lugar, lo que en algunos aspectos es repetir lo que acabo de decir, en tercer lugar, digo, encuentro en una buena parte de la filosofía del derecho una preocupación por el derecho positivo y una tendencia a ignorar, o incluso a rechazar, viejas tradiciones de derecho consuetudinario, sobre las que nos informan los antropólogos, y a ignorar los orígenes del derecho en las formas consuetudinarias de conducta entre los diferentes grupos de gente, por oposición a las leyes impuestas a una comunidad por la voluntad de un soberano. Y también a ignorar, y por supuesto en muchos casos a rechazar, las viejas tradiciones de derecho natural, me refiero a las viejas argumentaciones y argumentos concernientes a que hay determinadas posiciones morales a las que cabe llegar con completa independencia de las decisiones del Estado soberano. Pues bien, lo que he hecho en la conferencia ha sido tratar de mostrar que ello pudo ser así en el siglo XIX, que fue, si se quiere, el punto más alto del Estado nacional individual, pero que a fines del siglo XX disponemos de una serie de evidencias que apuntan todas en la dirección de que los Estados se están convirtiendo

cada vez en más interdependientes, de suerte que los ciudadanos de un determinado Estado no tienen más remedio que tomar sus decisiones prácticas atendiendo a las relaciones entre el Estado particular en que ellos operan, y otros Estados con los que el primero está implicado en un sistema global de relaciones de tipo político, económico y también de tipo jurídico, y que, por tanto, tenemos que estar preparados para preguntarnos a nosotros mismos cuánto de la filosofía tradicional del derecho quedaría realmente en pie si tomásemos en serio la pérdida de monopolio y la pérdida de centralidad que el Estado nacional individual está ahora experimentando como resultado de los cambios históricos que estamos viendo a nuestro alrededor. Y además, hay que tener presentes otras dos cosas: en primer lugar, no creo que estos cambios vayan a ser reversibles. No creo que podamos verdaderamente esperar retornar al mundo de Estados nacionales soberanos independientes y autónomos, que se hizo familiar a finales del siglo XIX. Y en segundo lugar, pienso que una vez que tomemos este hecho en serio podremos percatamos de una serie de cambios que se están produciendo y que, hablando en rigor, nos exigen que miremos de nuevo a lo que era fuerte y digno de conservarse en las ideas del derecho consuetudinario y del derecho natural. Por lo que se refiere al derecho consuetudinario, me he referido a algunas formas en que surgen variedades de legalidad, e incluso instituciones judiciales, por ejemplo, en las favelas de Río de Janeiro, donde el Estado brasileño es impotente para decidir cómo deben discurrir las cosas, pero donde la gente necesita algún sistema de legalidad, algún sistema jurisdiccional, con el fin de poder vivir vidas tolerablemente humanas. Es un ejemplo que me ha proporcionado un profesor brasileño amigo mío, pero pienso que también en otras áreas el Estado está perdiendo su monopolio jurisdiccional porque es incapaz de suministrar servicios judiciales a la gente, con rapidez suficiente como para poder hacer frente a sus necesidades. La gente de negocios prefiere contratar a un mediador privado para decidir algún asunto contractual en un mes antes que esperar cuatro años a que los tribunales civiles se dispongan a oír su caso en un foro mucho más caro. De modo que también en este caso encontramos que, por razones de funcionalidad, por razones de necesidades prácticas, la clase de monopolio del control sobre el proceso judicial que el Estado nacional trataba de mantener para sí mismo se está viniendo abajo simplemente a causa de que el Estado no es capaz de proporcionar servicios judiciales con la suficiente eficiencia o con la suficiente prontitud, como para hacer frente a las necesidades imperativas de la gente de negocios, no más que a las necesidades imperativas de los pobres. Ambos, el rico y el pobre, tienen sus diferentes razones para buscar vías alternativas de legalidad y para desarrollar vías de práctica judicial que eluden la estructura judicial

del Estado nacional. Y para considerar también las cosas por el otro lado, si se mira fuera del Estado, lo que encontramos es el desarrollo de toda una serie de instituciones que yo llamo «instituciones liliputienses», instituciones que son influyentes justo porque carecen de poder, justo porque carecen de toda clase de fuerza, instituciones que están en situación de criticar las acciones de los Estados nacionales desde un punto de vista global, me refiero a instituciones tales como la Cruz Roja, Amnistía Internacional, Africa Watch, y todas las organizaciones caritativas que han estado peleando por ayudar a la gente en Somalia, Bosnia y en otros sitios: son instituciones que ahora sirven para actuar como expresión de lo que Tomás de Aquino llamaba la *ratio naturalis*, el punto de vista moral compartido al que los hombres de buena voluntad y tranquila reflexividad llegarán por sí mismos sin necesidad de ser engañados por el Estado, y sin necesidad de que el Estado les diga qué han de creer, y en este sentido pienso que las instituciones no gubernamentales, que han sido mucho más diligentes y mucho más efectivas al enfrentarse a las crisis humanas que se han producido en el mundo durante los últimos cinco años, pienso, digo, que estas instituciones no gubernamentales nos proporcionan una suerte de encarnación de una idea de la ley natural. Esas organizaciones lo llaman derechos humanos universales, pero no nos engañemos a nosotros mismos. Las referencias a los derechos universales del hombre son una especie de versión actual de la ley natural, desde un determinado punto de vista, el de la conciencia moral compartida de todos los seres humanos. Así pues, he aquí el resumen de lo que he dicho en mi conferencia, que estamos saliendo de un período en que el Estado tenía el monopolio de la jurisdicción y de la práctica jurídica y de la legalidad y entrando en un período en el que otras muchas instituciones comparten con el Estado la preocupación por la legalidad, la preocupación por la jurisdicción, y que tenemos que estar preparados para sacar las consecuencias.

M. A. -La última pregunta va a ser de tipo biográfico: usted ha vivido por lo menos en dos países, en Inglaterra y en los Estados Unidos, y tiene, por tanto, experiencia de las universidades europeas y de las universidades en Estados Unidos, ¿cuál es la diferencia de clima entre ellas?

S. E. T. -Hay algo que quisiera decir en relación con esto, que pienso que es muy relevante, muy importante, tanto para los lectores de *Doxa*, como sobre todo para el Congreso que estamos teniendo aquí en Madrid. Y es algo que aparece con toda claridad, creo, en la conferencia que ha pronunciado Owen Fiss. Tiene que ver con la manera en que el derecho incide en la vida americana, que es a lo que se ha referido Owen Fiss en su conferencia. Se trata de lo siguiente. En los Estados Unidos la actitud general de la gente, cuando piensa en

la sociedad en la que vive, es que esa sociedad está todavía en proceso de construcción. Cuando viví en Inglaterra, allí no era esa la mentalidad en absoluto, y pienso que todavía no lo es en absoluto. La gente en Inglaterra piensa básicamente que su sociedad tiene una estructura que sería capaz de adaptarse a cualesquiera necesidades futuras. De modo que el derecho y la gente de toga en Inglaterra, y pienso que esto probablemente también es verdad de muchos países de la Europa occidental y, ciertamente de Francia, el derecho y la gente de toga, digo, se considera que tienen tareas que vienen enteramente definidas dentro de la estructura del Estado tal como ahora existe. Mientras que en los Estados Unidos la actitud más común de la mayoría de la gente hacia el derecho, y me refiero tanto a los juristas, que hacen el trabajo, como a la gente que no es de profesión jurídica, es la de mirar a la ley como un instrumento de construcción social. La actitud primera de esta gente ante el derecho es considerar al derecho como un instrumento a través del cual tiene de hecho lugar la construcción social. Consideran que esa tarea de construcción social consiste en inventar nuevas instituciones y hallar nuevos patrones de acción que sostengan esas instituciones, habiendo, por tanto, de introducirse las distinciones y procedimientos legales y los términos de referencia legales que permitan a esas instituciones seguir operando de la forma que se desea. E importa mucho entender bien esto en relación con lo que Owen Fiss dice sobre el papel del feminismo en lo tocante al futuro desarrollo del derecho en América. Porque Fiss está viendo la teoría feminista como una teoría que ayuda a ejercer influencia y a controlar la práctica, es decir, se trata de teoría en el sentido en que la teoría queda al servicio de la práctica. No es teoría en el sentido en que los intelectuales de la Sorbona discuten sobre teoría tomando una botella de vino en la Rive Gauche. Es teoría en el sentido en que tal teoría pasa a controlar las decisiones que se toman en Washington entre la gente que se ocupa de los aspectos jurídicos de la toma de decisiones políticas. Esta distinción, desde el punto de vista de la filosofía del derecho es una distinción terriblemente importante, y permítanme ponerla en relación con una distinción más amplia que también mencioné en mi conferencia en este Congreso. La gente habla de las actitudes americanas hacia el derecho, como hacia otras muchas cosas, como unas actitudes caracterizadas por el pragmatismo. Y alguna gente, desde un punto de vista europeo, piensa que esto es un defecto del pensamiento americano y de la práctica americana. Piensan que los americanos son muy propensos al compromiso, que no tienen una comprensión suficiente de los principios. Pero yo creo que decir esto es malentender el significado del pragmatismo en la escena americana. El pragmatismo no es otra teoría más, para ser discutida por la *intelligentsia,* el pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga

por el grado en que esa teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres. Y es por esto por lo que pienso que el pragmatismo es un paso en la recuperación, en la reapropiación de la filosofía práctica que jugó un papel tan grande en el pensamiento europeo anterior a Descartes. Y permítame añadir una cosa que se me ocurre ahora que estoy hablando de esto. He dado un curso sobre el desarrollo del mundo moderno a los estudiantes de los primeros cursos de carrera en la North Western University, y cuando miro la historia de la Europa medieval, me quedo totalmente perplejo ante la imagen de la Europa medieval que nos ha sido incultada a la mayoría de nosotros. La Edad Media, desde la época de Gregorio el Grande, desde 1180, hasta las grandes epidemias del siglo XIV, e incluso después hasta el siglo XVI, la Edad Media fue uno de los grandes períodos de expansión económica y de transformaciones económicas que haya conocido jamás el mundo. Existe un maravilloso libro, escrito por Harold Berman, que lleva el título de *Law and Revolution,* fue profesor en la facultad de derecho de Harward durante muchos años; su espléndido libro empieza con Gregorio el Grande y habla de las transformaciones sociales de Europa durante estos siglos y de la forma en que los principios centrales de la tradición jurídica europea se desarrollaron y cobraron forma al servicio de esta transformación social. La clase de cosas que el autor subraya es que en el año 1000 había quizá dos ciudades en la Europa occidental que tenían una población de más de diez mil habitantes. Pensemos en qué sería vivir en una Europa occidental en la que sólo dos ciudades tuviesen una población de más de diez mil habitantes. En el siglo XIV había docenas de ciudades que tenían poblaciones superiores a los doscientos mil habitantes. Es decir, el mundo medieval no es una sociedad estática, no es una sociedad dominada por la jerarquía eclesiástica, no es ni mucho menos una sociedad en la que todos se conforman con patrones fijos. Es una sociedad que está viviendo los más sensacionales y extraordinarios cambios tecnológicos, económicos, de población, humanos en general. Digo esto no para animar a la gente a asumir ninguna clase de medievalismo sentimental, porque los medievalismos sentimentales siempre han estado al servicio de una visión equivocada de lo que fue realmente la Edad Media: ese medievalismo es una especie de invención romántica de una ficticia sociedad medieval que se utiliza después como excusa para imponemos en la actualidad una especie de conservadurismo, que fue totalmente extraño a lo que fue realmente la vida en la Edad Media. La vida en la Edad Media viene mucho más representada por Hans Sachs, el Meistersinger, el gran artesano, la gente dedicada a la invención técnica. Cabe expresarse de forma un tanto sumaria y decir que el Renacimiento empezó a principios de la Edad Media; sería una buena forma de expresarlo, porque la idea de

que hubo un largo período de vida estática medieval, de vida religiosa idealizada y de que el Renacimiento vino a romper con todo ello, esa idea es un completo error. Toda la construcción de Europa occidental y de la cultura de Europa occidental se vio envuelta desde el principio en un proceso de expansión y transformación económica y social que no entendemos, y que sólo empezamos a intuir cuando leemos libros como el de Harold Berman y empezamos a tomar contacto con las cifras que son reflejo de los hechos que ese libro trata de poner ante nosotros. Y también tenemos que tratar de entender todo el desarrollo de los nuevos sistemas de derecho en Bolonia y Salerno y en las grandes escuelas italianas de derecho del siglo XII. Uno tiene que entender esto como algo que esencialmente tiene que ver con el proceso de invención jurídica, y pienso que a este respecto todo ello tiene mucho más en común con la forma en que el derecho opera en el progreso de transformación social dentro de la sociedad de Estados Unidos que con una concepción estática del derecho dentro de una estructura más o menos fija de la sociedad, que uno encuentra en países como Inglaterra.