DOXA

14

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Índice

- Presentación
- Carlos Santiago Nino
    - Los editores:
        - Memoria de Carlos Santiago Nino: tres textos desconocidos
    - Carlos Santiago Nino
        - Derecho, moral y política
        - Contexto social y régimen de gobierno
        - Justicia
- El principio de la publicidad: problemas éticos y jurídicos
    - Ernesto Garzón Valdés - Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas
    - Ruth Zimmerling - El mito de la opinión pública
    - Martín D. Farrell - La publicidad de los principios morales
    - Modesto Saavedra - «Opinión pública libre» y medios de comunicación social en la argumentación jurídica del tribunal constitucional español
- Artículos
    - Letizia Gianformaggio - La noción de procedimento en la teoría de la argumentación jurídica
    - François Ost - Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez
    - Luc J. Wintgens - Retórica, razonabilidad y ética. Un ensayo sobre Perelman
    - Pablo Raúl Bonorio - Sobre la abducción
    - Pablo E. Navarro - Sistema jurídico, casos difíciles y conocimento del Derecho
    - Enrique P. Haba - Kirchmann sabía menos....¡Pero vio mejor!
    - Owen M. Fiss - ¿Qué es el feminismo?
    - Albert Calsamiglia - Sobre la eutanasia
    - Erhard Denninger - Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno
    - Paolo Becchi - Distinciones acerca del concepto hegeliano de sociedad civil
- Notas
    - Ernesto Garzón Valdés - Algunas reflexiones más acerca del concepto de tolerancia. Comentarios a los comentarios de Pablo Navarro
    - Ricardo A. Guibourg - Hart, Bulygin y Ruiz Manero: tres enfoque para un modelo
    - Roberto A. Gargarella - Réplica a Jorge Malem: las críticas que no se merece el feminismo radical
    - Juan Alvarez-Sala Walther - Consideraciones actuales sobre la propiedad
    - Rodolfo Vázquez - Etica, Derecho y fecundación asistida
    - Claudio Souto - Ciencia del Derecho y filosofía jurídica en el umbral del tercer milenio: ¿más allá de un pre-iluminismo?

    - Daniel González Lagier - Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas

- Entrevistas
    - Ricardo Caracciolo - Entrevista a Eugenio Bulygin

P R E S E N T A C I Ó N

Este número 14 de DOXA, correspondiente al segundo semestre de 1993, se abre con una sección dedicada a la memoria de Carlos Nino, fallecido el 29 de agosto en la ciudad boliviana de La Paz. Carlos Nino tuvo una vida breve (había nacido en Buenos Aires en 1943), pero de una intensidad intelectual verdaderamente sobrecogedora: cultivó todos los campos de la filosofía y de la teoría del Derecho y aún le quedó tiempo para incursionar exitosamente en los de la filosofía moral y política, la dogmática penal o el Derecho constitucional. La influencia de su obra en la filosofía jurídica en lengua castellana ha de ser -ya lo ha sido- profunda y -en contraste con su vida- de larga, larguísima duración. Los tres textos inéditos que publicamos aquí son muy representativos de su peculiar estilo intelectual, de la amplitud temática de su obra y -especialmente el primero de ellos- de su visión del Derecho, bien alejada -como el lector comprobará- de la estrechez de miras que muchos suponen consustancial a una filosofía de corte analítico como fue, sin duda, la que practicó Carlos Nino. Las diversas circunstancias en que se forjaron esos textos está explicada en las líneas que los anteceden (Memoria de Carlos Nino: tres textos inéditos), *escritas desde la pena que produce la desaparición de quien, en efecto, fue nuestro amigo y maestro.*

Los problemas éticos y jurídicos que plantea el principio de publicidad, y que da título a la sección monográfica, fue el tema discutido en las últimas Jornadas de Tossa de Mar (celebradas en mayo de 1993), organizadas, como es ya tradicional, por Jorge Malem. En un estilo casi aforístico, Ernesto Garzón Valdés expone cuáles son sus ideas -como el título de su trabajo indica- Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas. *Sus tesis más importantes se conectan con el riesgo que supone para la democracia representativa correctamente entendida la manipulación de la opinión pública que, cuando*

es exitosa, hace incluso innecesario falsificar la opinión de las mayorías. Lo que entonces surge es una situación -la opuesta a la que se proponían los partidarios de la democracia representativa-, en la que, por un lado, «se mantiene en el texto constitucional el principio de publicidad» pero, por otro lado, «la conjunción de los factores de racionalidad de los ciudadanos (minimizar costos) y de la persecución coherente de los intereses del «sistema» tiene como consecuencia que «la opinión pública manipulada se manifieste en una opinión de la mayoría que aprueba los objetivos del sistema». El reto que se le plantea a la democracia representativa es el de cómo satisfacer las exigencias del principio de publicidad y las de una formación responsable de la voluntad política expresada a través del gobierno de la mayoría.

Ruth Zimmerling (*en* El mito de la opinión pública) *parte de la idea comúnmente aceptada de que «para el funcionamiento adecuado de la democracia representativa, es imprescindible la opinión pública, y que para que ésta se pueda formar es necesaria la publicidad», que vendría a ser así una especie de «hermana siamesa» conceptual de aquélla. Sin embargo, como la autora muestra agudamente en su trabajo, el concepto de «opinión pública» dista absolutamente de ser claro: si se entiende en el sentido de «espectro de opiniones», entonces el uso del lenguaje puede inducir a error, pues «despierta la impresión de una única opinión, aun cuando en realidad se trate de una pluralidad de opiniones»; si, por el contrario, se entiende en el sentido de una única opinión indivisible, entonces el problema estriba en cómo indicar criterios para seleccionar esta opinión, de entre la pluralidad de opiniones sustentadas individualmente, aparte de que en determinados casos habría que admitir que «no existe* ninguna *opinión pública»; finalmente, si se considera que la opinión pública no debe ser imputada a individuos, sino a colectivos, habrá que indicar «qué es lo que hay que entender por una tal* opinión colectiva *y cómo ha de ser determinada en cada caso concreto». Como consecuencia de ello, Zimmerling pone en cuestión que las referencias a la opinión pública puedan servir como argumento para juicios acerca de la calidad instrumental, jurídica o ética del actuar político. En su opinión, lejos de ser «de vital importancia» para el funcionamiento de la publicidad y, por tanto, del sistema democrático representativo, la opinión pública «resulta ser nada más que un apéndice totalmente prescindible, pero capaz de convertirse, en cualquier momento, en grave peligro para el funcionamiento del sistema».*

La estrategia que Martín D. Farrell sigue en La publicidad de los principios morales *tiene, como él mismo dice, un carácter oblicuo: trata de examinar qué es lo que resulta objetable de una moral secreta, esto es, de una moral que defiende la idea de que ciertos*

principios morales no deben enunciarse en público, sino mantenerse en secreto, como patrimonio de una elite *moral. Esta es precisamente la tesis que sostuvo uno de los más conspicuos utilitaristas, Henry Sidgwick, y que Farrell analiza con minuciosidad, distinguiendo dos niveles de secreto: en el primer nivel, lo que se mantiene en secreto es la corrección de determinadas acciones; en el segundo nivel, lo que permanece en secreto es la doctrina que sostiene que hay acciones que son correctas si se mantienen en secreto. Pues bien, lo que a Farrell le parece especialmente objetable del utilitarismo secreto no es tanto que el mismo aboque necesariamente en el paternalismo -pues hay un cierto grado de paternalismo que el utilitarismo público puede aceptar-, sino el tipo de paternalismo a que se llega cuando se parte de la existencia de una* elite *-el grupo de utilitaristas ilustrados de que habla Sidgwick- que está capacitada para apartarse de las reglas, mientras que el resto de los individuos no debe conocer siquiera esta posibilidad. «En este caso -afirma Farrell- no sólo se emplean recursos paternalistas sino que las «víctimas» del paternalismo ignoran incluso su carácter de tales. Al no tener conciencia de que son «víctimas» del paternalismo les resulta entonces más difícil rebelarse y procurar la restitución de su autonomía».*

Finalmente, desde una perspectiva de crítica de la ideología jurídica, Modesto Saavedra se ocupa de la «Opinión pública libre» y medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional español. *El alto tribunal ha justificado una organización de los medios de comunicación independiente del poder y pluralista por considerarlo un requisito indispensable para la libre formación de la opinión pública. Por otro lado, «una opinión pública libre vendría exigida por el paradigma de legitimidad del Estado democrático, puesto que, sin ella, quedarían vaciados de contenido otros derechos y garantías constitucionales, y su ejercicio no respondería al sentido democrático con el que esos derechos y garantías han sido dotados». Sin embargo, en forma en cierto modo parecida a la de Zimmerling, Modesto Saavedra se muestra «convencido del carácter mítico que tiene la opinión pública (libre) en una sociedad dominada por los medios de masa, y especialmente de la televisión».*

La sección de artículos de tema libre comienza con un trabajo de Letizia Gianformaggio (La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica), *en el que la autora distingue tres concepciones de la racionalidad procedimental. La* más débil, *que no es peculiar de la razón práctica, concibe el procedimiento racional como una carrera de obstáculos, en la que aportar una razón significa superar un obstáculo, dar un paso hacia la conclusión, al reducir*

la serie de conclusiones argumentativas permitidas. La menos débil *concibe el procedimiento como un sustitutivo inevitable e incorpora la idea de racionalidad formal que es la única que rige en el campo de los valores, de las normas y de los deberes; según ella, el resultado del procedimiento no es visto aquí como una conclusión, sino como una decisión que se alcanza siguiendo las reglas, pero sin que exista una relación material entre las reglas aplicadas y la decisión. Finalmente, la concepción* fuerte *concibe el procedimiento no como un mero sustitutivo: no se trata de que allí donde la* objetividad *es imposible -como en la esfera práctico-moral- haya que contentarse con el consenso o con el seguimiento de reglas, sino de que la* objetividad *significa* consenso. *A partir de aquí, Gianformaggio entiende que los dos grupos de reglas distinguidos por Alexy en su código de la razón práctica no son reglas procedimentales en el mismo sentido de la expresión, sino, respectivamente, en los dos últimos sentidos distinguidos.*

El artículo que le sigue, Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez, *tiene como autor a François Ost, quien nos ofrece una sugestiva caracterización de dos modelos de Derecho y de razonamiento jurídico bien conocidos. El modelo de Júpiter, que se expresa mediante la imagen de la pirámide, corresponde a la concepción iuspositivista del XIX: predomina el Derecho legislado, sistematizado en un código racional; la juridicidad viene dada desde arriba, desde una cúspide «sagrada» (tablas de la ley, constitución), y el ordenamiento se estructura en gradas jerarquizadas, hasta llegar a la decisión judicial particular mediante una racionalidad deductiva. El modelo de Hércules es su negativo, expresado con la imagen del embudo o pirámide invertida. Se corresponde con el realismo jurídico: el juez, única fuente de Derecho válido, opera como ingeniero social que más que a la ley ha de atender pragmáticamente a las circunstancias contextuales y acaba por llevar al mundo en sus brazos; al código lo sustituye el* dossier *que orienta la decisión; la singularidad y lo concreto se imponen a la generalidad y abstracción de la ley, pasando de las cimas de su trascendencia a la inmanencia prosaica de nuestros intereses en conflicto. Para Ost, ambos modelos (ideales pero todavía poderosos en la imaginería jurídica) constituyen erróneos reductivismos que buscan por igual un lugar imaginario donde se disuelve el Derecho; y aunque hoy se intenta moderarlos y combinarlos, «¿no es tiempo de pensar la complejidad del Derecho -sugiere Ost- a partir de ella misma, y no como enmienda y complicación de los modelos simples?» Para dar cuenta de esa complejidad del Derecho postmoderno, Ost desarrolla la propuesta de un tercer modelo, el de Hermes, cuya imagen es la red, una multitud de puntos en interrelación: el campo jurídico es visto como una*

combinación infinita de poderes que no conoce más ley que la circulación de discursos, con la que Hermes arbitra los juegos siempre recomenzados. Para describir estos «juegos del lenguaje infinitamente complejos y enredados» Ost esboza una «teoría lúdica del Derecho», y concluye ocupándose de la cuestión ética: cabe reconstruir la legitimidad de un Derecho postmoderno, incompatible con todo discurso de autoridad, recuperando su legitimidad procedimental («el respeto a las condiciones de la discusión sin coacción») en un marco de protección de los derechos fundamentales, e incluyendo los embrionarios «derechos de solidaridad» (medio ambiente, reparto de recursos, paz...) como responsabilidades colectivas a escala mundial.

En Retórica, razonabilidad y ética. Un ensayo sobre Perelman, *Luc Wintgens comienza presentando un esbozo de la evolución del pensamiento de Chaïm Perelman, en el que se muestran las líneas de continuidad entre el primer y el segundo Perelman, y se ofrece una interpretación de la idea de razonabilidad defendida en la Nueva Retórica (en ausencia de un criterio* a priori *de razonabilidad, cada persona debe considerarse razonable hasta que no se demuestre lo contrario). A continuación, Wintgens aborda la dimensión filosófica y antropológica que en su opinión está presente en la obra de Perelman. Aquí, el autor destaca «la preponderancia del auditorio interno» y propone una interpretación de la «perspectiva hermenéutica» de la teoría de Perelman basada en el interaccionismo simbólico de G. H. Mead: «la comunicación observable externamente presupone una forma de comunicación interna, que es la que encontramos en la teoría de Perelman como deliberación del sujeto consigo mismo. Interpretándolo a la luz de la teoría de Mead, la encarnación del auditorio universal en el auditorio interno se lleva a cabo en el compañero de deliberación y, de hecho, éste es sólo la internalización de otros en nosotros mismos». A este respecto, Wintgens destaca dos puntos: 1. la similitud estructural entre la deliberación del sujeto consigo mismo y la deliberación con los otros, desde una visión dinámica de la argumentación en la que orador y auditorio interactúan recíprocamente; y 2. la relación entre razonabilidad y argumentación: no hay criterios* a priori *sobre la razonabilidad, pues ésta surge a través del discurso, sostenido por la deliberación interna. Sin embargo, para Wintgens, «este concepto evolutivo de razonabilidad está lejos de ser relativista. Al contrario -continúa-, creemos que incluye una justificación teórica del núcleo infranqueable de la subjetividad humana». Así, en la última parte del artículo, Wintgens intenta mostrar cómo «las premisas subyacentes a la Nueva Retórica conforman una visión ética del hombre como persona autónoma con libertades básicas».*

En el artículo que le sigue, Sobre la abducción, *Pablo R. Bonorino parte de una aclaración del alcance que, en las obras de Charles S. Peirce y de Norwood R. Hanson, tienen los conceptos de abducción y de retroducción. A partir de aquí, indaga la viabilidad de la abducción como método de descubrimiento. Y, finalmente, trata de mostrar que, a pesar de que el planteamiento hipotético-deductivo de Popper puede dar cuenta de muchos de los aspectos que Hanson atribuye en exclusividad a la abducción, el mismo Popper parece abrir la posibilidad de un desarrollo complementario de su propia concepción del descubrimiento científico. En opinión de Bonorino, de los propios escritos de Popper surge el espacio metodológico para una operación que tiende a difuminar los límites entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.*

Pablo E. Navarro, en Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho, *comienza constatando la importancia que en las últimas décadas ha adquirido la noción de caso difícil en la teoría del Derecho, para poner luego de manifiesto que ello contrasta de manera radical con la falta de trabajos destinados a dilucidar conceptualmente dicha noción. En su artículo, Navarro comienza esclareciendo la noción de «caso» para, a partir de aquí, precisar cuáles son las características que convierten a un caso en fácil o en difícil. En su opinión, para la identificación y clasificación de los casos resulta de especial importancia el concepto de sistema jurídico.*

En Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor!, *Enrique P Haba reivindica la vigencia del viejo diagnóstico de von Kirchmann para realizar una crítica a la teoría del Derecho actual. En su opinión, este autor tuvo la perspicacia de darse cuenta -a diferencia de los iusmetodólogos actuales- de que la única manera de entender lo que en realidad es el discurso de los juristas consiste en adoptar al respecto una actitud de sospecha. Para saber cómo funciona* realmente *ese discurso, hay que tener la precaución de no creerse las pretensiones teorético-científicas de quienes lo llevan a cabo. Haba entiende, en definitiva, que la crítica fundamental que cabe dirigir a la actual teoría del Derecho es su carácter escapista, pues se centra en «cualquier cosa» menos en lo fundamental: en cómo funciona* realmente *en el discurso del Derecho y en cómo actúan* de hecho *sus operadores profesionales.*

En ¿Qué es el feminismo?, *Owen Fiss muestra cuáles son los orígenes y los principios básicos que inspiran al «feminismo jurídico» en Estados Unidos. El feminismo comenzó como un ataque a la discriminación por razón de género («femenino liberal»), pero el énfasis se ha ido situando progresivamente en el «principio de antisubordinación»: más allá de la discriminación, se condenan las prácticas y jerarquías que crean o perpetúan en la sociedad una posición*

subordinada de la mujer como grupo. Fiss analiza el juego de ambos principios recorriendo las principales reivindicaciones del programa feminista, mostrando cómo en algunos casos sus estrategias cabrían en el esquema antidiscriminatorio, y cómo en otros casos entran en conflicto con éste, por lo que el principio de antisubordinación proporciona bases teóricas más amplias para ciertos objetivos que apuntan contra prácticas socialmente arraigadas. Pero Fiss muestra también algunas dificultades del principio de antisubordinación, relativas a su «orientación grupal» y a su apelación al activismo estatal, que entran en conflicto con la ideología liberal subyacente al Derecho y a la política norteamericana. Además, Fiss compara a la «escuela crítica del Derecho» que floreció durante los ochenta con el feminismo que hoy ha ocupado su lugar. Ambos comparten la misma tradición escéptica hacia el Derecho, pero frente al puro negativismo de la «escuela crítica» el feminismo, incluso en su versión radical, combina esa crítica con una teoría sobre la igualdad. Para Fiss, la crítica a la objetividad del Derecho, aunque aceptable desde una «perspectiva histórica», carece de una adecuada base teórica, y a menudo no se compadece con su igualitarismo; sin embargo, ese aspecto igualitario, en la medida en que apela a la justicia y no a meros intereses, permite al feminismo una visión más positiva del Derecho. Si se desprende de la epistemología radical que inspira su crítica jurídica, el feminismo quedará como una teoría de la igualdad más que como una «jurisprudencia», pero a cambio «parecerá más auténtico y en su propio derecho digno de admiración y atención».

Los problemas discutidos y las tesis sostenidas por Albert Calsamiglia en Sobre la eutanasia, *aparecen sintetizados por el propio autor como sigue: «En mi opinión se tiende a exagerar la maldad de la eutanasia y creo que se debe practicar y legalizar en algunas circunstancias y por procedimientos establecidos que garanticen el mínimo de errores. En el fondo de mi argumento se encuentra la idea de que el paciente toma la decisión más conveniente. La vida humana tiene un valor* prima facie. *En algunos casos uno puede decidir que existen otros valores superiores. El Estado no debería imponer sus propios valores a sus ciudadanos en casos como la eutanasia. En primer lugar, porque la vida en nuestra cultura no se considera el valor supremo como hemos dicho anteriormente. En segundo lugar, porque el Estado sólo puede interferir cuando se produce un daño y en el caso de la eutanasia el daño -¿qué daño: la muerte, el dolor o la indignidad?- lo debe decidir el paciente. Un elemento muy importante para valorar la calidad de una vida es cómo morimos y el Estado no debe intervenir imponiendo decisiones en asunto tan importante para la vida de un individuo. Finalmente,*

si aceptamos que es posible practicar la eutanasia pasiva, ¿por qué encuentra resistencia la eutanasia activa? Si sostenemos que el valor del dolor o la indignidad excede al de la vida en algunos casos, ¿por qué es mejor la eutanasia pasiva que prolonga el sufrimiento que la eutanasia activa evita?»

Al artículo de Calsamiglia le sigue Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y Derecho postmoderno, en el que Erhard Denninger reflexiona acerca de la íntima conexión entre el desarrollo científico y técnico y la actual crisis de la racionalidad práctica y del Derecho. Tras exponer las categorías centrales de la teoría moderna del Estado (desde Hobbes, a Kant y Hegel), Denninger avanza la hipótesis de que la discrepancia entre las prestaciones que se esperan del actual Estado y la capacidad real de sus instituciones y conceptos político-jurídicos básicos (los del Estado de Derecho) para satisfacerlas, se debe a «profundas transformaciones de la estructura de la conciencia, de la propia comprensión del saber y de la ciencia, y (...) de las direcciones de nuestro sentido moral». Dichas transformaciones no son otras que las del «experimento antiplatónico» de la postmodernidad, en el que la dogmática jurídica todavía no ha participado. La literatura sobre la crisis del Estado de Derecho debe, pues, invertir sus términos: «ya no se hará responsable al exceso de 'juridificación' por la desorientación y el hastío existente, sino al revés: se preguntará qué tipo de desorientación ha conducido a tal exceso de juridificación». Esa desorientación es la provocada por «la crisis generalizada de la razón» (o mejor, de la razón generalizadora o universal), más patente en las ciencias humanas o culturales que en las exactas y naturales. La tesis del artículo es que precisamente los progresos epistemológicos alcanzados en el ámbito científico-técnico han colaborado decisivamente en la destrucción de la generalización de la razón práctica y, a través suyo, en la crisis de las categorías jurídicas tradicionales. En este sentido, Denniger se centra en tres aspectos del desarrollo de las ciencias naturales: 1. «la constatación de la imposibilidad de dominar las consecuencias de la técnica en sus más amplias dimensiones espacio-temporales» (Chernobil); 2. la «explosión de ignorancia» (al crecer el saber crece la conciencia de desconocimiento y con ella la incertidumbre e inseguridad; en el Derecho, esa incerteza mina el razonamiento jurídico tradicional); y 3. el cambio en la relación saber/poder (difuminación de la distinción entre ciencia y técnica, con la implicación de las estructuras de poder en los procesos cognoscitivos). Todo ello ha conmocionado a la razón práctica y obliga a repensar las categorías del Estado de Derecho, pero desde la «hipótesis optimista» -sostiene Denniger- de que el consenso obtenido mediante un discurso «racional» (basado en el «sapere aude»

kantiano o en el «poder comunicativo efectivo» habermasiano), «nos pudiera acercar a la 'verdad' -léase, a la 'Justicia'- un paso más en cada caso».

Finalmente, Paolo Becchi, en Distinciones acerca del concepto hegeliano de sociedad civil, indaga los cambios experimentados en el concepto de «sociedad civil» (como opuesto al de Estado) a la luz de la filosofía del Derecho de Hegel. En la antigüedad, sociedad civil y Estado (civitas y polis) se identifican conceptualmente; al tomar los conceptos del mundo antiguo, el iusnaturalismo moderno cambia lentamente el acento: la equivalencia terminológica se decanta en Aristóteles a favor de una polis que absorbe la subjetividad, mientras que ahora se favorece el lado opuesto de lo «civil». Pero sólo con Hegel la distinción radical se hace perceptible, al formular un concepto de sociedad civil (precursor del de Marx y distinto del de la civil society de Locke y los iusnaturalistas) que «comprende, ante todo, la necesidad histórica y la formación de una sociedad despolitizada», y cuyo centro se traslada de la política a la economía, adquiriendo una dimensión no sólo autónoma, sino preponderantemente respecto de aquélla. En consecuencia, Becchi muestra cómo Heggel analizó las contradicciones económicas de la sociedad burguesa. Pero, según Becchi, la imagen de la sociedad que se desprende de ese análisis no es todavía la de la sociedad civil hegeliana: «la sociedad civil, tal como la entiende Hegel, no es únicamente la descripción del sistema de la economía y de las relaciones a ella inherentes (...); la distinción entre sociedad civil y Estado -añade Becchi-, entendida como distinción entre economía y política, es obra de Marx y no de Hegel. El sistema hegeliano es más complejo. La economía no coincide con la sociedad, la cual comprende también momentos de regulación jurídica y de organización socio-política, del mismo modo que la política no coincide simplemente con el Estado. El modelo dicotómico economía-política puede sustituirse por uno tricotómico economía-sociedad-Estado, en el que la sociedad ocuparía todo el campo intermedio, sede de conflictos tanto económicos como políticos» (sin que ello signifique tampoco, según Becchi, que esa autorregulación jurídico-política interna a la sociedad civil se confunda con el ordenamiento propiamente estatal, ya que entonces la sociedad civil, en cierto modo, sería ya Estado).

La sección de Notas se abre con una réplica de Ernesto Garzón Valdés (Algunas reflexiones más acerca del concepto de tolerancia. Comentarios a los comentarios de Pablo Navarro) a una Nota de Pablo Navarro aparecida en el número 13 de DOXA, en la que éste planteaba algunas observaciones a un anterior artículo de Ernesto Garzón sobre el concepto de tolerancia. Navarro denunciaba el carácter «problemático» de la implicación, a partir de un enunciado

de tolerancia, de un enunciado normativo que afirma que el acto tolerado estaba prohibido en el «sistema normativo básico» (S_b) del agente que tolera (prohibición que, según Garzón, ese agente «levanta» respecto de un acto tras consultar su «sistema normativo justificante», S_j). Ese carácter problemático podría significar: 1. que el enunciado de tolerancia no implica ningún enunciado con respecto al status normativo del acto en cuestión; pero «me cuesta entender -dice Garzón- qué querría decir entonces tolerar: se habría negado todo carácter normativo al acto de tolerar»; 2. que el enunciado de tolerancia implica positivamente que no existe ningún enunciado normativo respecto del acto; pero entonces toleraríamos actos que nos son deónticamente indiferentes, con lo que estaríamos confundiendo el caso del distraído o del indiferente con el del tolerante; 3. que el enunciado de tolerancia implica que el acto está permitido o hasta ordenado; pero tolerar lo que ya es para nosotros permitido u ordenado es una «redundancia deóntica» y, en el peor de los casos, un síntoma de totalitarismo que desconoce las permisiones fuertes. Garzón tampoco acepta el criterio de Navarro según el cual bastaría con que el agente tolerante tuviera el «deseo» de prohibir el acto: si, de hecho, no llega a prohibirlo (teniendo competencia para hacerlo), será porque confirmó el status de permitido en su S_b, y no toleraremos actos ya permitidos. Los casos de tolerancia no son derogaciones definitivas de prohibiciones que se identifican ya con permisiones fuertes (aunque el «levantamiento» reiterado de una prohibición suele estar en la génesis de una permisión fuerte); de lo contrario, según Garzón, perdería interés el discurso sobre la tolerancia.

Ricardo A. Guibourg, en Hart, Bulygin, y Ruiz Manero: tres enfoques para un modelo, tercia en la polémica sostenida por Bulygin y Ruiz Manero (DOXA, núm. 9) a propósito de la regla de reconocimiento de Hart. La polémica giraba en torno a cómo salir de la circularidad a que aboca la caracterización hartiana de la regla de reconocimiento. Así, mientras Bulygin concebía dicha regla como una regla conceptual, Ruiz Manero proponía definir extrasistemáticamente el concepto de juez, mediante reglas sociales que imponen deberes y confieren poderes. Guibourg viene a sostener, en primer lugar, que la circularidad de un modelo no supone necesariamente un problema y que la aversión a la circularidad en pro de un anclaje empírico o moral parece ser una característica (u obsesión) propia de la teoría jurídica; en segundo lugar, que Ruiz Manero se empeña en buscar una salida verdadera a la circularidad del Derecho, cuando difícilmente puede hablarse de verdad en materia de modelización; y, en tercer y último lugar, que todo lo expuesto por él a propósito de la modelización es más compatible con la tesis de Bulygin que con la de Ruiz Manero.

La nota de Roberto Gargarella (Réplica a Jorge Malem: las críticas que no se merece el feminismo radical) también tiene como referencia un anterior trabajo publicado en DOXA (en el núm. 12): el artículo de Jorge Malem Pornografía y feminismo radical, en el que se dirigía una contundente crítica contra ese feminismo. Gargarella advierte que él coincide con Malem en dos puntos fundamentales: el de que un buen liberalismo puede dar cuenta de muchos problemas que interesan al feminismo radical, y el del rechazo a la vocación censora del feminismo en materia de pornografía. No obstante, las críticas de Malem al feminismo radical le parecen a Gargarella «excesivas, y en muchos casos, injustas». Entre otras cosas, Gargarella reprocha a Malem el haber seleccionado la peor versión del feminismo radical de entre otras posibles; rechaza el argumento de Malem sobre la alianza táctica del feminismo con los sectores más retrógrados de la sociedad norteamericana, mostrando cómo ese mismo argumento podría volverse contra el propio Malem; denuncia el falaz rechazo de Malem de ciertas generalizaciones plausibles de las feministas, que no cabe destruir aduciendo excepcionales contraejemplos; defiende frente a Malem un buen uso de la idea de «falsa conciencia» y del papel esclarecedor del feminismo académico; apoya el cuestionamiento feminista del supuesto «consentimiento entre adultos» al embarcarse muchas mujeres en la prostitución o la pornografía; señala la confusión de Malem entre «feminismo radical» y «feminismo de la diferencia»; discute algunas afirmaciones empíricas «dudosas» de Malem (p.e., que la pornografía no está extendida en nuestras sociedades) y algunas argumentaciones «muy débiles» (p.e. la de que la afirmación de que el hombre es violento implica suponer que la mujer no lo es, o la denuncia de Malem de una inexistente falacia de la composición); defiende el uso emotivo del lenguaje por parte de las feministas, del que el propio Malem no escapa; y rechaza el argumento de la «pendiente» empleado por Malem respecto de las propuestas censoras del feminismo radical.

Juan Álvarez-Sala Walther en Consideraciones actuales sobre la propiedad, muestra brevemente la evolución que ha sufrido la propiedad en los dos últimos siglos, destacando el hecho de que la búsqueda de la seguridad deja de perseguirse a través de la publicidad que representan los registros para ubicarse en la opacidad que ofrece la proliferación de sociedades mercantiles sin empresa. Eso lleva también a que hoy pueda hablarse de dos propiedades. Una es la suprapropiedad, en la que el propietario ya no se llama así, sino accionista, socio o consejero, se rige por el Derecho mercantil, no paga impuestos, es inembargable (porque no hay acreedor «que la pueda pillar»), y se vende y se hereda sin que nadie se entere (basta

con endosar en blanco los títulos): eso es, en definitiva, lo que se oculta detrás del fraude de ley que suponen las sociedades mercantiles sin empresa, y que los mercantilistas tienden a justificar bajo la bandera de la polivalencia funcional de la sociedad mercantil. Frente a este tipo de propiedad, la otra, la propiedad inferior, se rige por el Derecho civil, está sujeta -sin posibilidad de escape- a impuestos, contribuciones y laudemios, y es fácilmente embargable; en consecuencia, es una propiedad con obligaciones, cargas y responsabilidades.

En Ética, Derecho y fecundación asistida, Rodolfo Vázquez, tras dibujar un breve mapa de los problemas éticos y jurídicos que plantean las nuevas técnicas de fecundación asistida, trata de suministrar algunas respuestas al primer tipo de problemas. Desde una ética liberal, Vázquez sostiene, entre otras cosas, que esas técnicas se justifican cuando tratan de solventar problemas de esterilidad; que el ámbito de las mismas es la pareja estable (la pareja heterosexual que adquiere un compromiso razonablemente permanente de vida en común), lo que excluye a las parejas homosexuales, a la mujer soltera y a las personas en unión inestable; que los preembrionarios no pueden ser objeto de donación, compraventa o depósito, sin que quepa tampoco su utilización con fines de experimentación o industriales; y que la inseminación artificial post mortem se justifica por la fuerza moral e institucional del matrimonio o de la pareja estable.

A la nota de Vázquez le sigue otra de Claudio Souto (Ciencia del Derecho y filosofía jurídica en el umbral del tercer milenio: ¿Más allá de un pre-ilumisnismo?) en la que el autor efectúa una valoración crítica de la dogmática y de la sociología jurídicas, pues ambos saberes están dominados por un formalismo (legal en un caso y social en el otro), que los vuelve incapaces de dar cuenta del contenido del Derecho. La situación a que ha llevado dicho formalismo es la de una inespecificidad semejante a la de una ciencia química que sólo fuera capaz de afirmar que el agua es un compuesto químico y se despreocupase de su composición. Esta situación, que Souto califica de pre-iluminista, lleva a que la filosofía del Derecho (que no cuenta con ninguna ciencia empírica rigurosa en que basarse), se pierda en desvaríos de la razón que se expresan en juegos del lenguaje más o menos claros. A pesar de todo ello, Souto ve indicios de concienciación respecto del problema y considera que todo parece indicar que el tercer milenio se encaminará paulatinamente hacia una crítica iluminista del Derecho, donde adquieran preeminencia elementos de tipo más creativo y saberes de carácter sustantivo.

Finalmente, la sección se cierra con una reflexión de Daniel González Lagier sobre el concepto de regla técnica (Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas), que tiene como punto de partida la

sistematización de las observaciones que G. H. von Wright realiza sobre ellas de una manera dispersa en distintas publicaciones. Para González Lagier, muchas de las confusiones sobre las reglas técnicas provienen de la falta de una distinción más tajante entre reglas técnicas, proposiciones anakásticas y necesidades prácticas. Para ofrecer unas pautas que permitan distinguir de una manera más clara estos tres conceptos, el autor -aplicando el análisis de la estructura de los actos de habla de John Searle- estudia las reglas técnicas desde un punto de vista pragmático, considerándolas como el resultado de un acto de habla básicamente directivo, pero con características peculiares.

En la última sección de este número -Entrevista-, Eugenio Bulygin contesta a un elaborado cuestionario preparado por Ricardo Caracciolo. La entrevista incluye cuestiones que podrían clasificarse en tres apartados. En el primero caerían las de carácter estrictamente biográfico o relativas al método de trabajo intelectual y a su colaboración con Carlos Alchourrón. Un segundo grupo de cuestiones conciernen a problemas que cabría considerar «internos» a la obra de Bulygin (y Alchourrón), como la validez de las normas individuales o la vuelta hacia una «concepción hilética» de las normas, vistas las dificultades que plantea la «concepción expresiva». Finalmente, hay un tercer tipo de cuestiones que se refieren a dos tesis que Eugenio Bulygin ha sostenido siempre con especial énfasis: la separación conceptual entre el Derecho y la moral y el escepticismo en materia ética. Aquí cabe destacar que sostener ese punto de vista no le lleva a Bulygin a negar que sea posible toda discusión racional sobre materias de moral o de justicia; su tesis es que «tal discusión sólo es posible dentro del marco de ciertos principios y valores básicos compartidos».

Como anexo de este número de DOXA, el lector se encontrará también con el fascículo bibliográfico que recoge la producción iusfilosófica en castellano correspondiente a 1992. La ardua tarea de coordinación (en el apéndice se ofrece una síntesis de más de 200 trabajos, entre libros y artículos) ha corrido a cargo de Juan Antonio Pérez Lledó.

MEMORIA DE CARLOS S. NINO: TRES TEXTOS DESCONOCIDOS

La inesperada desaparición de Carlos Nino el pasado 29 de agosto, con toda la carga de sinsentido absurdo que tienen siempre estas tremendas realidades cotidianas, ha suscitado entre nosotros una pesadumbre difícil de expresar. Nos hemos beneficiado durante muchos años de sus escritos, sus enseñanzas, sus discusiones incesantes, su prodigiosa inteligencia. Y por encima de todo eso estaba el amigo, el debatidor incansable, el colaborador de tantas tareas académicas, intelectuales, políticas, que no sentía nunca pereza por saltar al avión cuando se le reclamaba. Su asombrosa capacidad de trabajo, de iniciativa, no puede explicarse sin ese imperativo de integridad moral que le llevó a tratar de practicar siempre la ética que postulaba: en la universidad, en la política, en la cooperación internacional. No podemos hurtarnos a la sensación de que quizá fue eso lo que le costó la vida. La pérdida que ello supone para la teoría del derecho, para la filosofía moral o para la reflexión política no es fácil de calibrar. Si en nuestro medio ambiente es tan patente su ausencia, podemos imaginarnos lo que será el vacío que habrá dejado en la Universidad argentina.

Nuestro homenaje a su memoria no puede ser otro que continuar nuestro diálogo con él y seguir debatiendo su pensamiento. Para hacerlo así hemos rescatado tres textos inéditos, producto de otras tantas colaboraciones suyas en nuestras tareas. El primero de ellos es la transcripción de su intervención en el simposio que celebramos con los representantes americanos del movimiento *Critical Legal Studies*. Se celebró en Madrid, los días 2 a 5 de junio de 1992, en el Centro de Estudios Constitucionales, patrocinado por el Real Colegio Complutense de Harvard, el Departamento de Filosofía de Derecho de la Universidad de Alicante y la Harvard Law School. La ocasión era importante porque no teníamos noticia de ningún anterior encuentro parecido en España. Desde el primer día la temperatura

del debate empezó a elevarse ostensiblemente. Aunque nuestros interlocutores estaban quizá acostumbrados a ejercer la crítica de los demás con cierta autocomplacencia, no parecían tan duchos en soportarla respecto de sí mismos. El formato del encuentro era innovador, pero no contribuía a limar asperezas. En lugar de presentar uno su propia ponencia tenía que escuchar cómo uno de sus interlocutores del otro bando hacía un análisis crítico de la misma. Por más que les fue advertido que entre nuestros hábitos intelectuales más característicos figuraba el debate y la disección poco piadosas, las cosas acabaron por tensionarse quizá demasiado. Incluso no faltaron las impertinencias de ambos lados. Intelectualmente fue muy estimulante. Tanto que, al final, Carlos Nino decidió modificar su plan inicial para intentar exponer cuál era su concepción de la filosofía jurídica y en qué podía emparentarse con la corriente de los *Critical*. Cuando acabó, todos fueron unánimes: querían una copia de la grabación de su charla. Con todas las dificultades e imperfecciones de una transcripción, ahí la ofrecemos.

El segundo texto es algo más antiguo. Corresponde a su ponencia en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Madrid los días 27 a 30 de septiembre de 1988 y patrocinado por la Fundación Friedrich Ebert, la Asociación Iberoamericana de Derecho Constitucional y el Centro de Estudios Constitucionales. El tema más debatido del Congreso fue el de los problemas del Presidencialismo en América Latina. Carlos Nino estaba muy interesado en él. Conscientes de esa inquietud habíamos conseguido que su intervención se produjera en el plenario del último día. Pero hubo quien palideció cuando al llegar al aeropuerto nos tendió, como ponencia, veinte hojas arrugadas con un garabateado informe que acababa de escribir en el avión. La inquietud, sin embargo, se disipó en cuanto empezó a hablar. Con rara maestría y familiaridad circuló por aspectos empíricos, institucionales, de ciencia política y de filosofía moral hasta completar una argumentación contundente y limpia. El texto que ofrecemos fue, por fortuna, desentrañado, corregido y completado por él mismo.

El tercer texto se corresponde con el término que envió en mayo de 1993 como contribución al volumen *Derecho y Justicia* de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Le había sido asignada la voz «Justicia», y algunos dijimos que en virtud de ello podría haber algo más de flexibilidad con las limitaciones de espacio y de tiempo. Tres semanas después llegó su trabajo. Fue el primero en llegar. En su carta escribía: «Me costó mucho comprimir en 12 páginas un desarrollo sobre el concepto de justicia. Espero que el resultado sea aceptable. Por lo menos he cumplido con el tiempo. Ando viajando mucho. La semana pasada volví de Italia y mañana me voy a San

Diego, EE.UU.». Todo un retrato. Reproducimos el texto agradeciendo vivamente a los responsables de la Enciclopedia que nos hayan autorizado a publicarlo antes que el volumen correspondiente.

Al publicar aquí estos tres textos, tan aparentemente dispares y heterogéneos pero, sin embargo, tan inequívocamente suyos, sólo nos proponemos recuperar por un momento su voz fina y suasoria como una pequeña contribución y un cálido tributo a la memoria de quien fue un amigo y un maestro.

DERECHO, MORAL, POLÍTICA

Muchas gracias profesor Fischer. Mi intención, de acuerdo a lo que conversamos previamente, es intentar en el fondo responder a la pregunta que hizo el profesor Atienza en la reunión de ayer y que luego fue intentada responder, también en parte, por el profesor Fisher y por el profesor Duncan Kennedy, y la pregunta es que acá hay dos grupos más o menos definidos de intelectuales; por supuesto cada miembro de ese grupo difiere de otros miembros en aspectos relevantes, pero de alguna manera hay alguna cohesión dentro de estos grupos; y la pregunta es: ¿cómo estos dos grupos difieren? o ¿en qué disentimos? U otra forma de poner la pregunta es: ¿en el fondo no hay más acuerdos de lo que pensamos? Responder a esta pregunta no es fácil, porque supone muchas cuestiones de tipo filosófico general y de tipo filosófico-jurídico en especial y voy a tratar, en un intento inicial y muy provisorio, de aproximarme a una respuesta. Voy a intentar hablar de bastantes temas pero de la forma más esquemática posible. Primero haciendo una caracterización muy tentativa de lo que yo entiendo por método analítico o filosofía analítica y luego una caracterización muy sintética de mi propia visión del Derecho aplicando ese método analítico. La primera cuestión es la cuestión más complicada. Yo no me considero para nada un experto para contestar esta pregunta, pero, en fin, habrá que intentar hacerlo: ¿Qué es el método analítico? ¿Cuáles son los presupuestos o tesis fundamentales de la filosofía analítica? Esto es complejo, hay muy pocos trabajos de metafilosofía en el área analítica y muchos coinciden en que en realidad no hay un dogma analítico, más bien hay una familia de posiciones que se podrían llamar analíticas y son posiciones, más que substantivas, digamos casi procedimentales, en realidad creo que hay muy pocas tesis [...][1] y alguna que se podría

[1] La grabación no ha recogido aquí algunas frases.

considerar como propia de la filosofía analítica: yo creía que a lo mejor una podría haber sido el antiesencialismo en materia conceptual, pero desde la aparición de toda la teoría de las clases naturales y de la teoría semántica de la causalidad de Kripke, Putnam, etc., ni siquiera esa ha quedado en pie como propia de la filosofía analítica. Y por eso es que más bien me animo a decir que el método analítico en principio consiste en hacer una triple distinción -que no es una distinción absoluta, luego hay muchas complicaciones. Pero pretende distinguir entre tres tipos de proposiciones y de actividades de formular estas proposiciones. En primer lugar, lo que podemos llamar el análisis conceptual. Luego, proposiciones de tipo descriptivo. Y finalmente, proposiciones normativas. Todo esto es muy discutible, pero yo creo que un filósofo analítico empieza, por lo menos, distinguiendo estos tres campos y sosteniendo que de lo conceptual no se puede pasar sin solución de continuidad a lo descriptivo o a lo normativo y a la inversa, y, sobre todo, que de lo descriptivo no se puede pasar también sin solución de continuidad a lo normativo. Por supuesto, que hay puentes; hay puentes entre lo conceptual y lo normativo, pero en principio el análisis conceptual es visto como un instrumento que, como todo instrumento, puede en cierta medida ser visto como neutral y en cierta medida no ser visto como neutral. Si uno construye una herramienta, un destornillador, puede hacer muchas cosas, puede hacer cosas buenas o malas; claro, si uno construye un arma esto es menos neutral y hay cierta probabilidad de que con ella haga algo malo. Esto me parece que, a veces, resulta difícil de entender. En mi último curso de Yale (era sobre los derechos sociales) pretendí comenzarlo, como siempre lo hago en Argentina o en España cuando doy cursos de este tipo, con un análisis del concepto de «derecho» en general, que yo pensaba que me iba a tomar media clase, era una cuestión puramente neutra de distinguir diferentes sentidos de la palabra «derecho», etc. Fue imposible. Tardé cinco clases con los estudiantes con este tema, porque ellos creían que había un gato encerrado normativo detrás de mis distinciones conceptuales, o sea que lo que yo estaba haciendo al desarrollar este instrumento era anticipar cuestiones de tipo normativo o justificatorio, lo que no era para nada mi intención. Yo creo que hay algo muy importante acá encerrado. Por supuesto, que un filósofo analítico puede admitir también que haya puentes entre lo descriptivo y lo normativo. En todas las teorías naturalistas o realistas que hay ahora en ética se pretende trazar ese puente. Pero un analítico dirá que el puente no puede ser trazado por cualquier lado: habrá algún puentecito para trazar, pero ¡ojo con la proliferación de puentes! No podemos simplemente, al ir describiendo el mundo, suponer ya que eso implica tomar una cierta actitud hacia ese mundo. En general las

descripciones del mundo son compatibles con muy diversas actitudes sobre cómo el mundo debe ser cambiado y si debe ser cambiado. Estas distinciones se corresponden -estas dos sobre todo- con una distinción que creo es fundamental para la filosofía analítica y que ya mencioné en una de las reuniones: es la distinción entre razones o justificación y motivos o causación. Esto tiene que ver básicamente con el punto de vista interno y externo frente a cada discurso. Cada discurso tiene reglas o pretende tener criterios que definen qué movidas son razones dentro de ese discurso, qué movidas son razones válidas, y por supuesto esas movidas pueden ser vistas desde fuera del discurso como causadas o determinadas por diversos factores, pero la causación o la determinación o los motivos no son admitidos dentro del discurso como una razón. El hecho de que yo esté diciendo lo que estoy diciendo porque vaya usted a saber qué motivaciones extrañas tengo, que puedan estar relacionadas con mis traumas infantiles, etc., no les interesará a ustedes en esta discusión sobre qué es correcto, etc. A esto, a estas distinciones, corresponde lo que podemos llamar la autoconcepción de la filosofía analítica, cómo se concibe a sí misma la filosofía analítica, qué es lo que hace. Y yo diría que la filosofía analítica se autoconcibe como empezando por un análisis conceptual generalmente muy cuidadoso y preciso, porque se teme -con fundamento, creo yo- que muchísimas discusiones filosóficas, como decía el viejo Austin, se deben a este tipo de confusiones, ambigüedades, vaguedades de los conceptos que estamos empleando; o sea comienza con un análisis conceptual que al principio es relativamente neutral (por ejemplo, el análisis conceptual que hacían el profesor Atienza y el profesor Ruiz Manero, distinguiendo reglas y principios, etc., tiene una cierta neutralidad -digamos- de tipo ético) aunque a medida que uno avanza se empieza a ir a lo que yo creo que es, dentro de la autoimagen, dentro de la autoconcepción de la filosofía analítica, aquello en que, efectivamente, consiste su actividad, que es básicamente una actividad de tipo normativo: es normativa la lógica sobre las reglas del razonamiento correcto y la filosofía de la lógica fundamentalmente; también es normativa en materia epistemológica, esto es, sobre qué es lo que justifica el conocimiento; y es por supuesto normativa en la ética; o sea que el trabajo tal como lo concibe la filosofía analítica, es un trabajo que tiene un énfasis muy importante en el análisis conceptual, en la precisión conceptual, en las definiciones y distinciones de conceptos, pero luego es básicamente un trabajo de tipo justificatorio en distintos ámbitos: en el ámbito del razonamiento, en el ámbito del conocimiento y en el ámbito de las acciones y de las instituciones. Debido a esta distinción entre lo normativo y lo descriptivo se distingue -y acá hay una imagen profesional creo que bastante perfilada

por parte de la filosofía analítica- entre el trabajo filosófico que es básicamente de análisis conceptual y justificatorio y el análisis de tipo descriptivo, como el que puede hacer un sociólogo o antropólogo, un historiador, etc. (y ambos, desde luego, de otro tipo de tareas como pueden ser las artísticas, literarias, etc.). En esto se pretenden establecer ciertos límites profesionales relativamente definidos.

Pero ahora quiero entrar en la parte más gruesa que es la presentación de mi propia visión del Derecho. Esto fue un intento muy simplificado y esquemático y, además, no hecho por un profesional -digamos- de la metafilosofía, de entender en qué consiste el llamado método analítico, qué presupone la filosofía analítica básicamente. Por supuesto hay muchas complicaciones, cada uno de estos términos tiene muchísimas interpretaciones diferentes, hay muchas posibilidades de establecer conexiones y esto también constituye parte del trabajo de la filosofía analítica, la conexión que pueda haber entre estos términos que aquí hemos visto... Bueno ¿cómo puedo presentar en el menor tiempo posible, para dejar el máximo de tiempo a la discusión, mi visión del Derecho o dar cuenta de la forma en que yo interpreto el Derecho? Creo que lo puedo hacer esquemáticamente también acá mostrando una relación entre tres términos, que son el Derecho, la Moral y la Política. Podría sintetizar lo que pretendo hacer en todos esos trabajos que distribuí como un intento en definitiva de conectar el Derecho con la Política a través de la Moral y para esto tengo que tratar de contrarrestar intentos tradicionales de disociar tanto el Derecho de la Moral, como de disociar la Moral de la Política. La distinción y la disociación entre Derecho y Política es un dogma o una posición importantísima en la historia de las ideas jurídicas. Muchísimas de las ideas jurídicas tradicionales se defienden sobre la base de la disociación que diría es todavía más enfática en la cultura jurídica anglosajona que en la cultura jurídica continental europea, por una serie de razones históricas. De esta disociación entre Derecho y Política dependen cosas fundamentales. Muchas cosas han sido justificadas sobre la base de esta disociación; por ejemplo, «el common law», la idea de que hay un Derecho obligatorio para los jueces separado o aislado en cierto grado del proceso político; por ejemplo, por supuesto, la división de poderes: una buena parte de la división de poderes se pretende justificar sobre la base de la distinción entre Derecho y Política; por ejemplo, el respeto de los derechos fundamentales como un coto cerrado frente al proceso político; o por ejemplo, conectado con los temas anteriores, el control judicial de constitucionalidad, el «judicial review», que también muchas veces se intenta defender sobre la base de la desconexión entre Derecho y Política. Yo creo, como muchos, que esta disociación no se justifica y que hay, en cambio,

una conexión estrecha entre el Derecho y la Política a través de la Moral; y para eso hay que tomar ciertas posiciones respecto del Derecho, respecto de la Moral y respecto de la Política; y quiero muy esquemáticamente en este tono redondear mi exposición mostrando cuáles son las posiciones sobre estos tres términos que están involucrados en este intento de conectar, en última instancia, el Derecho con la Política. Respecto del Derecho, por supuesto, hay la controversia tradicional entre positivismo e iusnaturalismo. En la defensa del Derecho Natural aparece esta controversia como una controversia sobre la relación entre Derecho y Moral. Lo que yo he intentado hacer en algunos de mis escritos es disolver esta controversia, porque lo que trato de mostrar es que esta controversia en parte responde a una confusión conceptual (y acá viene el tema del análisis conceptual). Lo que la motiva es un esencialismo en materia conceptualista al suponer que hay una sola posible definición de Derecho que para algunos es esencialmente neutra en materia valorativa y para otros es una definición moralizada del Derecho; yo creo que eso es injustificable, porque puede haber definiciones puramente descriptivas de Derecho en ciertos discursos y definiciones de Derecho, digamos, moralizadas o normativas en otro tipo de discursos y que, más que el problema de definición, que es un problema importante como tema preliminar pero que no define de ninguna manera la cuestión, lo que hay de fundamental en la relación entre Derecho y Moral son dos temas centrales (por supuesto que hay muchos otros problemas como bien lo mostró el Prof. Laporta además de estos dos que voy yo a mencionar), que son los temas de justificación y el tema de la interpretación del Derecho. En cuanto a la justificación, la pregunta central que pienso es la pregunta crucial de la Filosofía del Derecho es si las proposiciones jurídicas o normas jurídicas, aunque esto puede distinguirse en ciertos niveles de discurso, constituyen por sí mismas y en forma independiente y autónoma razones para justificar acciones y decisiones. Esta, creo, es la pregunta que tanto ha preocupado, con formas muy diferentes de presentación, a los filósofos del Derecho desde siempre, desde la creación de esta disciplina, y todo por supuesto -acá sí se muestra la importancia de la definición- porque depende de qué quiera decir Derecho y qué entendamos por proposición jurídica. Mi respuesta es que si el Derecho se entiende en términos puramente descriptivos como lo propone el positivismo, la respuesta es negativa. Las proposiciones jurídicas o las normas jurídicas no pueden constituir por sí mismas razones suficientes para justificar acciones o decisiones y el porqué es muy simple: simplemente por la distinción entre lo descriptivo y lo normativo. La imposibilidad de pasar de hechos -porque en definitiva acá se está identificando el Derecho existente, el

Derecho positivo, con ciertos hechos- a razones que justifiquen acciones o decisiones; y por una serie de razonamientos que también ha hecho Juan Carlos Bayón en su último libro, yo creo que se puede mostrar en forma, digamos, cuasiformal y también de varias maneras informales, que para que las proposiciones jurídicas justifiquen acciones o decisiones hay que acudir necesariamente a principios o proposiciones de tipo moral que son aceptados autónomamente -no por cierta fuente de autoridad- que legitimen las normas jurídicas en cuestión o el proceso de producción de esas normas jurídicas en cuestión. En consecuencia, desde el punto de vista justificatorio (por supuesto que no lo estoy demostrando acá, esto requeriría toda una charla por sí mismo, pero no tengo más remedio que ser dogmático), desde el punto de vista justificatorio, digo, hay una necesaria dependencia del Derecho respecto de la Moral. Desde el punto de vista interpretativo pasa lo mismo porque, aun una vez que identificamos a ciertos materiales, a ciertos actos lingüísticos, a ciertos textos, a ciertas prácticas sociales, como los materiales jurídicos relevantes, la pregunta que cabe hacer es cómo transformamos esos hechos o materiales -que de acuerdo a ciertos principios morales es obligatorio para el juez tener en cuenta- en proposiciones. Porque los jueces no pueden usar directamente esos materiales en sus razonamientos, sino que tienen que usar proposiciones: ¿pero cómo transformamos esos materiales en proposiciones? Traté de mostrar en algunos de esos artículos que ese proceso de transformación tiene unos siete pasos; dos de los cuales son de tipo empírico; otros dos son de tipo lógico; y tres de ellos son de tipo valorativo; o sea que también aquí hay que recurrir a consideraciones extrajurídicas o consideraciones morales en sentido amplio. El paso de fijar el criterio general o los criterios generales de interpretación -por ejemplo acudiendo a las intenciones de los órganos o a las costumbres lingüísticas de la comunidad, etc.- es un paso valorativo. El paso de superar las indeterminaciones semánticas y sintácticas que puede tener el material resultante para llegar así a ciertas proposiciones. Luego vienen las indeterminaciones de tipo lógico, como lagunas, contradicciones, etc., y viene el tercer paso de tipo valorativo consistente en superar esas indeterminaciones lógicas. O sea, que hay por lo menos tres pasos en el proceso de transformación de los materiales jurídicos relevantes en proposiciones en que intervienen valoraciones de tipo moral en un sentido amplio. Ahora bien, y voy redondeando, siguiendo esto, cuando vemos o resolvemos o pretendemos haber resuelto estos dos problemas, el de la justificación y el de la interpretación, y vemos la dependencia del Derecho de la Moral en estas dos dimensiones, aparece lo que yo llamaría dos paradojas o situaciones de incomodidad: una es la paradoja de la irrelevancia moral del

Derecho y otra es la paradoja de la indeterminación radical del Derecho. La paradoja de la irrelevancia moral del Derecho viene por el hecho de que, si en todo razonamiento justificatorio como el que hacen los jueces es necesario acudir en última instancia a razones morales para justificar las prescripciones jurídicas, la pregunta es ¿por qué necesitamos esas prescripciones jurídicas? ¿por qué no nos quedamos con las razones morales y se terminó? Porque en definitiva esas razones morales en forma directa o indirecta nos pueden proporcionar una solución para el caso y si necesitamos acudir a ellas, ¿por qué no nos quedamos con ellas?, y esto lleva a lo que uno podría llamar un cierto nihilismo jurídico, la idea de que el Derecho es irrelevante desde el punto de vista justificatorio. Por supuesto que tiene muchas otras funciones, pero desde el punto de vista justificatorio sería irrelevante.

La otra paradoja es la de la indeterminación radical porque, en definitiva, si hacemos abstracción de esos tres pasos valorativos que para muchas concepciones éticas dependerán de preferencias o de la subjetividad de la gente o de sus emociones, etc..., de los materiales jurídicos se podría inferir absolutamente cualquier proposición (todo depende de qué premisas valorativas pongamos en el medio, en cada uno de estos tres pasos); entonces tenemos acá también la indeterminación radical. Para resolver esas paradojas, estas dos paradojas, hay que ir, me parece a mí, al segundo término de esta tríada, que es la concepción de la Moral; o sea que el problema de la justificación y de la interpretación nos llevan del Derecho a la Moral y a la necesaria dependencia entre el Derecho y la Moral. ¿Pero cómo superamos estas paradojas? Y acá yo creo que tenemos que pasar a la Moral. Siendo extremadamente esquemático y sintético, me parece que hay dos trampas que nos tiende en materia moral un cierto individualismo (no de ética substantiva, que yo estoy dispuesto a defender, sino un cierto individualismo, digamos, metaético). Y creo que las dos paradojas se pueden superar si es que superamos, ahora sí en el plano de la Moral, estos dos tipos de individualismo metaético. El primer individualismo metaético tiene que ver con cuál es el objeto de la Moral y el segundo tiene que ver con la forma de conocimiento moral, o sea que se mueve en el plano epistémico. En cuanto al objeto de la Moral, el individualismo metaético está conectado con el llamado individualismo metodológico: es la idea de que siempre, aun en el plano jurídico, las pautas morales se refieren a acciones individuales, que, en definitiva, así como el individualismo metodológico en la ciencia supone que las leyes científicas en última instancia se refieren a acciones individuales, el individualismo metaético, respecto del objeto, supone que los principios morales se refieren a acciones individuales; y esto en buena medida, y en casi toda la medida

en lo que hace al Derecho, al plano jurídico, creo que es un error, un error que no es nada nuevo (lo ha advertido, por ejemplo, Rawls cuando dice que sus principios de justicia no tiene sentido que se apliquen a acciones individuales, sino que deben referirse a estructuras institucionales, lo ha advertido también por otras razones el utilitarismo de reglas), pero que en el plano jurídico no suele ser advertido. Se supone, por ejemplo, que si uno adopta la posición justificatoria de la interpretación a que me he referido, el planteamiento de un juez sería: bueno, yo tengo que desarrollar una acción individual, estoy sólo en el mundo ¿qué principios morales tengo que aplicar? Pero esto es un error, el Derecho no funciona así. Los objetivos del Derecho, fundamentalmente los objetivos para superar los problemas de cooperación que es una buena función del Derecho, se resuelven no por una suma de acciones individuales, sino que se resuelven por una acción colectiva. El Derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo; es lo que muchos han llamado una «convention», una convención, como Lewis, o una práctica social como el mismo Hart lo ha advertido. Esto es muy importante porque quiere decir que el juez que tiene que decidir un caso, no tiene que decidir como si estuviera sólo en el mundo y tomar la mejor decisión. Tiene que decidir cuál es la mejor decisión desde el punto de vista moral respecto a su contribución a una práctica colectiva que depende de las acciones que se hayan hecho en el pasado y depende de las acciones que se vayan a realizar en el futuro y depende de las expectativas y actitudes de otra gente. Su mejor acción individual puede constituir la peor contribución a la práctica colectiva porque puede mover a esa práctica colectiva en una dirección totalmente inadecuada de acuerdo a esos mismos principios morales que el juez defiende. El juez, en consecuencia, tiene que razonar como lo ha mostrado el utilitarismo de reglas, Rawls, etc., y otra gente, Hare mismo. El razonamiento jurídico justificatorio de un juez se da en un plano escalonado, digamos: un primer nivel en el que el juez tiene que ver si la práctica jurídica en su conjunto es una práctica moralmente justificada de acuerdo a ciertos principios valorativos válidos y, si lo es, o lo es condicionadamente siempre que se la redirija en cierta dirección u otra; luego pasa a un segundo nivel de análisis en que tiene que ver si su acción está o no justificada de acuerdo a esa práctica que a su vez está justificada de acuerdo a los principios morales. Esto ayuda a superar por sí mismo estas dos paradojas porque muestra la relevancia desde el punto de vista justificatorio del Derecho concebido ahora como una práctica o convención social; por supuesto, a diferencia del pensamiento convencionalista y de otros autores (e inclusive yo diría del de Dworkin, que podríamos discutir en qué se diferencia esto del Derecho de la concepción

interpretativa de Dworkin) yo no creo que la práctica social en que consiste el Derecho sea la última razón justificatoria. Esto, nuevamente, nos haría incurrir en la falacia naturalista de suponer que cierto hecho sirve para justificar acciones o decisiones, pero sí constituye un escalón intermedio; nosotros tenemos que justificar de acuerdo con principios valorativos últimos no acciones individuales, sino prácticas o convenciones y luego las acciones en función de esas prácticas o convenciones.

Entonces éste -digamos- antindividualismo en materia de objeto de la Moral social o intersubjetiva sirve a mi juicio para superar estas dos paradojas. Pero también hay otra alternativa de superación que se combina con la anterior, que tiene que ver con el conocimiento de la Moral, con el plano epistémico de la Moral, porque aquí hay una tradición que supone que si alguien no es subjetivista o emotivista en materia moral en lo que cae, como el iusnaturalismo tradicional, es en una especie de individualismo epistémico en materia moral. Esto es lo que voy a atacar: la idea de que uno llega a principios morales válidos aún en el plano intersubjetivo por su propia reflexión individual aislada. Esta, que es una concepción muy internalizada, inclusive en muchas justificaciones del «judicial review», del control judicial de constitucionalidad, yo creo que es una concepción equivocada. No puedo decir en este momento por qué, porque habría que expandir toda una concepción metaética, pero sí la quiero contraponer con otras dos concepciones y decir dogmáticamente cuál es la que a mí me parece plausible. Entonces tenemos este individualismo que yo creo que es también parte de la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho y de la indeterminación radical del Derecho, tenemos la posición opuesta, que es un colectivismo epistémico en materia moral que yo creo que es la posición de Habermas (esto puede ser discutible porque Habermas, debido a que no tiene un trabajo analítico demasiado extenso, siempre es discutible; es difícil saber qué sostiene, y en distintos textos parece sostener diferentes cosas) que parece sostener que la única forma posible de acceder al conocimiento de los principios morales últimos es mediante el proceso de deliberación colectiva, y yo creo que este colectivismo -llamémoslo epistémico- también es cuestionable por razones lógicas porque no puede explicar cuál es el input del discurso moral, qué es lo que uno pretende alegar cuando discute con otros. Si solamente podemos tener alguna posibilidad de conocimiento moral a través del resultado del discurso moral entonces ¿qué es lo que estamos haciendo? ¿estamos expresando actitudes, preferencias subjetivas? Y yo creo que esto sería una descripción incorrecta de la fenomenología del discurso moral.

En consecuencia, me inclino por una tercera posición que llamo constructivismo epistemológico y que consiste en sostener que si bien hay una prioridad epistémica de la deliberación con otros porque es la mejor forma, aunque de ninguna manera infalible, de llegar a posiciones de imparcialidad, esto no excluye absolutamente algún título de acceso a esas posiciones de imparcialidad, y en consecuencia de conocimiento moral, por vía de la reflexión individual aislada. En consecuencia, hay una prelación epistémica del trabajo colectivo de discusión, pero no hay una exclusión, no quiere decir que el individuo no pueda reflexionar por sí mismo y a veces llegar a principios morales correctos y, sobre esa base, seguir discutiendo aún cuando haya un cierto consenso colectivo y pedir que se reabra la discusión; creo que esta posición es suficientemente débil desde el punto de vista epistémico para que no justifique obrar sobre la base de esa reflexión en el plano de los principios morales intersubjetivos, pero es lo suficientemente fuerte como para justificar seguir discutiendo no obstante el consenso colectivo.

Y, por último, y con esto termino, esto se relaciona a su vez con dos posiciones básicas que se dan respecto de la concepción de la Política y fundamentalmente de la Política democrática; dos concepciones que voy a llamar rápidamente, y esto también es muy discutido, «pluralismo» por un lado y una concepción digamos «deliberativa» por el otro lado, como dos concepciones de la Política. Porque si adoptamos esta concepción pluralista, acá se va a producir también una desconexión entre la Moral y la Política que va a implicar una desconexión entre la Política y el Derecho por más interrelacionada que esté la Moral con el Derecho, o sea que acá hay otra posibilidad de cortar o de tender un puente que en definitiva conduzca de la Política hacia el Derecho. La distinción entre pluralismo y concepción deliberativa de la democracia, para decirlo muy esquemáticamente, creo que depende básicamente de si nosotros pensamos o no que el valor de la democracia depende de su capacidad transformadora de las preferencias de la gente. El pluralismo sostiene que no, que el valor de la democracia es independiente de su capacidad de transformación de las preferencias de la gente y esto lo sostiene en su variante economicista, en su variante utilitarista, en su variante, digamos, elitista pluralista de tipo de Schumpeter, etc. La idea del pluralismo es que por diversos mecanismos, por ejemplo, de equilibrio entre diversos grupos -que para gente como Schumpeter, etc., es lo que da valor a la democracia- o de un mecanismo cuasi de mercado, se obtienen resultados valiosos sin pasar por una transformación de las preferencias de la gente. Ahora, acá hay un punto crucial que es la posibilidad o no de distinguir entre preferencias que podemos llamar personales, como la preferencia por ser abogado,

por tener un auto, o lo que sea, y las preferencias impersonales, por ejemplo de la preferencia que haya esclavitud, o que no haya esclavitud, o que haya libertad de prensa; y acá es donde se ve la diferencia crucial entre el pluralismo y la concepción deliberativa de la democracia y esto afecta precisamente a la relación entre Política y Moral porque las preferencias impersonales, parte de las preferencias impersonales, son preferencias de tipo moral. El pluralismo tiene dos concepciones acerca de las preferencias impersonales. Una concepción implica dejarlas fuera del juego democrático, pensar que las preferencias éstas son de tipo moral como la esclavitud, la libertad de prensa, etc., y precisamente porque son de tipo moral deben distinguirse de la Política, del juego democrático, y deben dejarse a otros órganos, por ejemplo, a los jueces a través del «judicial review»; esto precisamente coincide con un individualismo epistémico respecto de la Moral. Esta es una posibilidad. La otra posibilidad, en el fondo, es equivalente, y consiste en pensar que el juego de la Política es un juego de composición tanto de preferencias personales como impersonales, pero tratando de llegar a un balance de satisfacción agregativo sin determinar si son válidas o inválidas. Se trata de procurar de satisfacer agregativamente las preferencias de la gente sean de tipo personal o sean de tipo impersonal; en el fondo esto es lo mismo porque acá se está presuponiendo como válido un cierto principio de moral intersubjetiva que es un principio de tipo utilitarista al que se deja, asimismo, fuera del juego de la Política, o sea que en el fondo es lo mismo. Y además esta concepción de la Política no tiene en cuenta la lógica diferente de las preferencias personales y de las impersonales; es una lógica diferente porque las preferencias personales pueden ser agregadas y uno está relativamente satisfecho si se las satisface en parte sin discutir la validez de esas preferencias. Yo no quiero que discutan si es bueno o no ser abogado, quiero que se la ponga en la bolsa de las preferencias; pero con las preferencias impersonales pasa lo contrario: uno no pretende que la pongan en la bolsa común y que, bueno, que haya un poquito de esclavitud si yo quiero esclavitud y un poco de libertad si hay otros que quieren libertad; uno pretende que se defina su validez y en el caso de definir su validez que se las satisfaga absolutamente; es lo que Owen Fiss en *The Death of Law,* pero no hablando de los críticos, sino del análisis económico del Derecho, llama el carácter imperialista de este tipo de preferencias que implican la exclusión de las preferencias opuestas: debe determinarse la validez. Esto lleva a una concepción deliberativa de la democracia. ¿Qué es una concepción deliberativa? Es una concepción por supuesto conectada con el constructivismo epistémico en materia moral y es la concepción según la cual la democracia tiene un poder transformador de las preferencias

de tipo impersonal (no de las de tipo personal) y en consecuencia la democracia tiene un cierto valor epistémico (dados una serie de mecanismos que son discutibles y que he tratado de defender, etc.) respecto de la validez de las preferencias de tipo impersonal que se constituyen a través del método democrático.

Esta concepción deliberativa de la democracia en la forma que yo la defiendo deja fuera del proceso democrático otras dos cosas: primero las condiciones del mismo proceso democrático, que es lo que llamo «derechos a priori» y que creo que se determinan -y acá hay una analogía con el método kantiano trascendental- a través de analizar las condiciones del conocimiento a través del método democrático: esto queda fuera del método democrático mismo porque son las condiciones que dan validez a ese método democrático; y también quedan afuera precisamente por esas mismas condiciones, las preferencias de tipo personal, de planes de vida, etc., pues no creo que el método democrático respecto de ellas tenga más valor epistémico acerca de su validez, si son válidas o no, que la reflexión individual. Bueno, con esto termino, creo que de esta forma se logra efectivamente trazar este puente y creo que éste es uno de los puntos, me parece, de coincidencia fundamental, por lo que yo entiendo, respecto de la escuela crítica del Derecho: la existencia de esta conexión esencial entre Derecho y Política. No sé. Posiblemente los puentes sean diferentes y posiblemente el rol intermediario de la Moral en esto sea diferente pero creo que el objetivo por lo menos fundamental de conexión entre Derecho y Política se cumple.

Posiblemente, dado lo que traté de explicar al principio, ello se obtenga por métodos diferentes, pero mi objetivo no es tratar de coincidir a toda costa, sino tratar de mostrar (no exactamente, pero sí aproximadamente) cuáles son nuestras diferencias y, tal vez, cuáles son nuestras coincidencias. Gracias.

CONTEXTO SOCIAL Y RÉGIMEN DE GOBIERNO

El derecho constitucional se ha enriquecido con la superación del presupuesto, característico de la dogmática jurídica tradicional, de que se trata de una disciplina autosuficiente, y con la consiguiente conexión de los problemas de interpretación y diseño constitucional con consideraciones de filosofía política normativa, por un lado, y de ciencia política descriptiva, por el otro[1].

De este modo, el tema de una eventual reformulación del sistema presidencialista en Argentina[2], en particular, y en Latinoamérica[3], en general, puede ser iluminado si se lo pone en un marco de discurso en el que se tomen en cuenta tanto hipótesis acerca del comportamiento de variables socio-estructurales como concepciones valorativas sobre la justificación de instituciones políticas.

La incorporación de hipótesis socio-políticas al discurso jurídico-constitucional debe superar dos prejuicios opuestos: el prejuicio que Guillermo O'Donnell[4] llama «societalismo», según el cual, los factores jurídico-constitucionales son irrelevantes en el desarrollo de los procesos sociales -prejuicio sin duda alimentado por versiones del marxismo- y el prejuicio que el mismo autor llama «politicismo», de

---

[1] Ver este supuesto en mis trabajos *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974, y *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*, Carabobo, 1980.

[2] Ver los dictámenes sobre este punto del Consejo para la Consolidación de la Democracia, Eudeba, Buenos Aires, 1986 y 1987.

[3] Ver el proyecto aprobado por la Comisión de Consolidación de la Convención Constituyente de Brasil (y finalmente rechazado por ésta en marzo de este año) y el proyecto de reforma constitucional propuesto por la Comisión de Juristas de la oposición chilena.

[4] En «Corporatism and the Question of the State», en la colección *Authoritarianism and Corporatism*, compilada por James M. Malloy, Pittsburg, 1979.

acuerdo con el cual el diseño institucional tiene una capacidad casi ilimitada para moldear las prácticas sociales. Estas exageraciones se encuentran entre sociólogos y científicos de la política, pero los juristas no somos ajenos a ellas y tenemos también nuestros propios paradigmas que han llevado esas visiones hasta extremos casi excelsos: Savigny, por un lado, sostenía que el derecho se encuentra y no se hace, y se encuentra en el espíritu del pueblo y en las costumbres sociales; la legislación y el diseño institucional deben ser extremadamente cautelosos y deben seguir más que promover los procesos sociales. Bentham, por el contrario, era un inclaudicable devoto del derecho como instrumento de ingeniería social, dedicando su vida a redactar códigos para diferentes naciones; su prédica ha tenido influencia en la moderna concepción del Parlamento como un cuerpo activo que puede producir cambios sociales por medio de la legislación.

La verdad parece radicar en este caso entre los extremos: por un lado, es indudable que el derecho y el diseño institucional puede tener un considerable impacto en la modelación de prácticas y procesos sociales -que es la principal lección que nos ha dejado la Constitución que acaba de cumplir doscientos años-, y, por otro lado, es ilusorio pensar que una sociedad constituye un material maleable que se adapta plásticamente a los cauces trazados por legisladores y proyectistas institucionales.

No por ser un lugar común deja de ser verdad -verdad que hemos sufrido en carne propia los latinoamericanos- que se puede producir un daño enorme al desarrollo de un pueblo si se adopta en forma no crítica instituciones diseñadas tomando en cuenta otros contextos sociales, sin investigar previamente las variables que se dan en el propio marco social respecto de actividades y creencias, costumbres y prácticas, cosmovisiones y valoraciones. Una de las observaciones más fascinantes de la sociología constitucional consiste en advertir cómo textos constitucionales muy similares generan prácticas en extremo diversas de acuerdo a su combinación con variaciones en factores sociales, culturales, geográficos, etc.

Pero aquí hay que cuidarse de los mitos. Lo que debe hacerse es investigar el posible comportamiento de variables socio-estructurales de acuerdo a marcos institucionales diversos y no postular, a priori, o sea sin ninguna base empírica, configuraciones sociales inmodificables. Uno de esos mitos al que se recurre en contra de cualquier intento de modificar o atenuar el sistema presidencialista, consiste en alegar un presunto espíritu o carácter latinoamericano o ibérico incompatible con las reformas propuestas. Esto responde típicamente a un pensamiento esencialista y según el cual la identidad de un ente -en este caso de Latinoamérica- depende de algo que no se identifica con propiedad empírica alguna y que se mantiene

constante a pesar de todas las variaciones posibles de esas propiedades. No obstante su carácter inasible e inobservable hay algunos privilegiados que sienten que han tenido acceso a esa esencia y están dispuestos a dictaminar que ella es excluyente de los cambios propugnados. Aunque ellos no hayan sido suficientemente experimentados. Cuando pensadores más humildes o menos dotados, intentan en cambio, identificar el carácter o espíritu en cuestión con algún rasgo observable -como el caudillismo en el caso, por ejemplo, del temperamento ibérico- ya no parece tan claro que se pueda demostrar empíricamente su presencia generalizada y distintiva y mucho menos aún su inmodificabilidad a través de cauces institucionales.

Más serio es el argumento que recurre a las tradiciones para impugnar reformas institucionales, como la modificación del sistema presidencialista. Las tradiciones son efectivamente cosas serias. Ellas sirven como elemento de cohesión y continuidad de una cierta sociedad, proveen un marco de familiaridad y previsibilidad a los individuos, forman parte de la misma identidad de éstos cuando están suficientemente internalizadas, y permiten resolver problemas de coordinación (o sea los problemas que se presentan cuando uno no tiene razón de hacer cierto comportamiento conveniente socialmente si no prevé que otros harán lo propio y los otros no lo harán si no prevén que uno se comportará de igual modo). Como dice Karl Popper cualquier intento de ingeniería social racional debe partir de las tradiciones y prácticas sociales existentes, para intentar, por un procedimiento de ensayo y error, determinar cuáles de sus aspectos son disfuncionales y deben ser, por lo tanto, modificados, dejando constantes otros aspectos[5].

Pero es evidente la irracionalidad de la actitud opuesta de sacralizar las tradiciones y preservarlas cualesquiera sean sus consecuencias. Esa actitud no es la misma que han tenido quienes han dado origen a la tradición que se quiere conservar, ya que ellos han demostrado un espíritu innovador del que sus imitadores carecen. Precisamente es distintivo del espíritu occidental el haber optado por un discurso crítico que permite evaluar o revisar cualquier tradición o práctica, salvo la de la crítica misma. Por otra parte la invocación de tradiciones muchas veces cumple en realidad la función de *constituir* tradiciones que no están todavía suficientemente consolidadas -como es el caso del presidencialismo en América Latina frente a los golpes de Estado y a reiterados intentos y experimentos reformistas. Esto es así, porque las tradiciones se constituyen en parte por las creencias de la gente de que hay tradiciones; ellas son prácticas auto-reflexivas

[5] Ver «Hacia una teoría racional de la tradición», en *Conjeturas y Refutaciones*. Ed. Paidos, Barcelona, 1993.

que se alimentan a sí mismas en la medida en que se crea en su existencia.

Creo que la exigencia de adecuación social de marcos institucionales existentes o proyectados sólo se satisface si tomamos en cuenta variables socio-estructurales que tengan suficiente base empírica y teórica y que sean sometidas a una revisión valorativa.

Como un modesto intento de avanzar en esa dirección deseo presentar un razonamiento deductivo que, dadas ciertas premisas descriptivas y valorativas, conduce a la conclusión de que el sistema presidencialista puro que la mayoría de los países latinoamericanos han adoptado de los Estados Unidos, no es funcional para la consolidación de los procesos democráticos en Latinoamérica. El razonamiento tiene tres pasos: La primera premisa consiste en una hipótesis descriptiva que goza de amplia aceptación por parte de científicos de la política que se han ocupado de Latinoamérica. La segunda premisa depende de consideraciones valorativas sobre la justificación de la democracia, aunque también presupone ciertos postulados acerca del comportamiento efectivo de agentes sociales. La tercera premisa es de nuevo puramente descriptiva y se refiere específicamente a los efectos que producen ciertos mecanismos constitucionales en un contexto con ciertos rasgos de tipo social y para-constitucional.

2. Voy a comenzar refiriéndome a un aspecto de la estructura social latinoamericana que ha sido extensamente estudiado por sociólogos y politicólogos: me refiero al hecho de que uno de los principales obstáculos para consolidar definitivamente los procesos democráticos en la región está dado por la dificultad de encauzar las relaciones de poder que diferentes grupos corporativos han ido estableciendo durante regímenes autoritarios y populistas, y que pretenden seguir ejerciendo una vez en vigencia las instituciones democráticas, interfiriendo con su funcionamiento regular.

Este corporativismo, o corporativismo latinoamericano, difiere del corporativismo tradicional por ciertos rasgos que han sido destacados por autores como O'Donell, Nun, Malloy, etc. Como el primero de estos autores dice, el corporativismo latinoamericano es «bifronte», ya que no sólo tiene aspectos estatalistas en cuanto se trata de dominar, como en el corporativismo clásico, los grupos de interés desde el aparato de gobierno, sino que también es privatista, en la medida en que los grupos de interés tratan de establecer enclaves de protección e influencia en el ámbito público. En palabras de este autor[6]: «El Estado conquistador es también un Estado poroso,

[6] *Op. cit.* en nota 4, pág. 79.

abierto en numerosos intersticios -informales e institucionalizados- a conexiones que contienen procesos bidireccionales de control e influencia, especialmente con las clases dominantes de la sociedad civil». Esta bifrontalidad del corporativismo latinoamericano es descrita por José Nun[7] con estas palabras: «Ahora no sólo debemos tomar en cuenta la influencia que pueden ejercer las organizaciones autónomas de los intereses sobre un Estado fragmentado y básicamente pasivo, sino también las prácticas densas y complejas a través de las cuales el último tiene un fuerte impacto en esas organizaciones. Esto provoca una doble dependencia: del Estado respecto de los grupos de intereses principales que definen la división social del trabajo..., y al Estado en la medida en que aquellos condicionan decisivamente a éste. Esta doble dependencia genera nuevas redes de interacción social». También se señala el carácter segmentario del corporativismo latinoamericano, que está dado por el hecho de que esta forma de vinculación entre Estado y sociedad opera diferentemente y tiene un impacto sistemáticamente diverso en los arreglos sociales e institucionales según la clase social involucrada.

Por supuesto éste no es el lugar para profundizar en la etiología de este fenómeno del corporativismo latinoamericano, lo que constituye una investigación sumamente compleja, habida cuenta de la configuración circular de la causación de fenómenos sociales, que hace que los efectos sean a su vez causas de efectos análogos pero más amplios y profundos. Lo único que quizá se puede sugerir es que no deben ser ajenos a la aparición de este fenómeno los factores de tipo cultural como los señalados por Seymour Lipset[8], o sea la resistencia de profundas raíces históricas contra la internalización de pautas universales de competencia y de éxito personal, en favor de un sistema complejo de estatutos y privilegios fundados en relaciones particularistas y en el prestigio del origen y función social.

Lo que es importante señalar es cómo el corporativismo latinoamericano ha estado promovido a través de experiencias y concepciones tanto populistas como autoritarias, a lo largo de los conocidos ciclos políticos latinoamericanos. Respecto del primer tipo de experiencias y concepciones James Malloy[9] afirma que: «... es evidente ahora que el populismo estaba, y está, basado en una imagen corporativa

---

[7] En «La teoría política y la transición democrática», en *Ensayos sobre la transición democrática en Argentina*, José Nun y Juan Carlos Portantiero, compiladores. Buenos Aires, 1987, pág. 30.

[8] Ver «Values, Education and Entrepreneurship», en *Promise of Development. Theories of Change in Latin America*, pág. 43.

[9] Ver «Authoritarianism and Corporatism in Latin America: The Modal Pattern», en la colección citada en nota 4, pág. 12.

de la organización socio-política. Con la excepción de Vargas, la preferencia populista por una solución corporativa a las presiones de la modernización fue raramente establecida en forma explícita, pero hay pocas dudas de que el populismo siempre mostró una gran afinidad con los principios corporativos de organización de las relaciones entre el Estado y la sociedad». Añade Malloy que en su primera fase, el populismo enfatiza la movilización de una manera involucionaria ampliando los actores del proceso político pero al mismo tiempo tratando de controlarlos a través de criterios sectoriales y funcionales, fragmentando los grupos que los apoyaban en estructuras paralelas unidas en la cima por élites interconectadas. En el mismo sentido, Manfred Mols[10] destaca las conexiones entre populismo y corporativismo, complementándose mutuamente, ya que el corporativismo es una manera de controlar y contener los estratos sociales que el populismo busca promover, evitándose así los conflictos sociales. Sin embargo, Mols aclara que el corporativismo no está exclusivamente ligado al populismo, sino que tiene diversas manifestaciones en los ciclos políticos latinoamericanos, teniendo raíces culturales profundas con ideas de status, patronazgo y clientelismo.

Precisamente el corporativismo tiene una influencia decisiva en la fase de los ciclos latinoamericanos que, siguiendo a Huntington[11], se suele denominar «pretorianismo de masas». Esta es una fase que combina un bajo grado de institucionalización con un alto grado de participación de fuerzas políticas móviles que penetran la esfera política de tal modo que se encuentra una confrontación entre las nuevas fuerzas sociales activas y el «establishment» tradicional. En su extremo, este proceso conduce a una disgregación de facto del Estado que incluso amenaza hasta su monopolio de la coerción.

O'Donell[12] ha mostrado lúcidamente cómo este proceso de pretorización de la política latinoamericana condujo a un impasse social en que ningún grupo conseguía una dominación estable. La salida de este impasse fueron, de acuerdo a aquel autor, los regímenes burocrático-autoritarios, que se caracterizan por la exclusión de la representación popular de la coalición corporativa y que se dan luego de que un considerable grado de industrialización ha sido alcanzado. Por cierto que la exclusión de los canales de representación de las fuerzas del trabajo se dan en beneficio de otros sectores de poder económico y social.

---

[10] En *La democracia en América Latina*, trad. Jorge M. Seña, Buenos Aires, 1987, pág. 97.

[11] Ver Samuel P. Huntington, *Political Order in Changing Societies*, New Haven, 1987, pág. 97.

[12] Ver *op. cit.* pág. 56.

Cuando estos regímenes burocrático-autoritarios entran en colapso y son reemplazados por democracias liberales -como ocurre ahora en la mayoría de los procesos de transición democrática latinoamericanos- los grupos corporativos que antes habían resultado favorecidos o excluidos entran en una dura competencia para preservar privilegios institucionales o informales. Esto se muestra ya en un sistema jurídico que aparece, a través de la misma Constitución, como un mosaico de privilegios, preferencias, status especiales, representaciones excluyentes, excepciones particulares a reglas generales, proteccionismos, etc.

Pero estas presiones corporativas no sólo tienen expresión normativa, sino que se ejercen de manera informal a través de influencias y favoritismos que a veces alcanzan a la corrupción lisa y llana. Por supuesto, los funcionarios muchas veces ceden a estas presiones, lo que está facilitado por un proceso de absorción y delegación de facultades a órganos administrativos con escasa publicidad y control popular. Todo eso afecta naturalmente al buen funcionamiento de los mecanismos impersonales de expresión de las preferencias de la gente como son las elecciones y el mercado.

Este tipo de corporativismo es especialmente peligroso en tiempo de crisis económica, como la que atraviesan los países latinoamericanos, debido a la deuda externa, el proteccionismo de las naciones tradicionalmente importadoras de sus productos, la falta de inversiones, la exacerbación de la ineficiencia del sector público, etc. Niveles crecientes de inflación son promovidos por la competición salvaje de agentes económicos para ampliar sus porciones de un «pastel» que se reduce, generándose de este modo una situación del tipo del dilema de los prisioneros, en la cual la acción más racional desde el punto de vista del auto-interés es una conducta (presionar por mayores salarios y precios nominales) que una vez generalizada afecta al interés de todos. Al mismo tiempo, diferentes corporaciones se oponen fuertemente a las transformaciones estructurales del aparato productivo que son necesarias para hacer la economía más eficiente y competitiva, así como se oponen también (en una alianza espuria) a una mayor equidad y eficacia del sistema impositivo y de los servicios sociales, requerida para proveer un colchón de protección a los sectores menos favorecidos.

Estas presiones corporativas son un importante factor que subyace al predominio en Latinoamérica de dos esquemas de distribución de poder que son verdaderamente constitutivos de nuestras desafortunadas tradiciones: De acuerdo al primer esquema, hay una inestabilidad cíclica que pasa por períodos populistas, pretorianos, autoritarios y a veces democrático-liberales, coincidentes con ciclos económicos de expansión y retracción, lo que permite a diferentes

grupos corporativos acceder sucesivamente al poder y obtener privilegios que luego son limitados pero no cancelados del todo. El segundo esquema es el de las democracias condicionadas que adquieren estabilidad gracias a una especie de armisticio duradero con el poder corporativo, con el efecto de preservar privilegios y de limitar la plena operatividad de los mecanismos democráticos de amplia discusión pública, extensa y alerta participación ciudadana e independencia efectiva de los poderes legislativo y judicial.

3. Luego de estas consideraciones sobre los obstáculos que el poder corporativo representa para la consolidación de la democracia en América Latina, deseo moverme hacia mi segunda premisa, que como adelanté, depende de algunos presupuestos de filosofía política normativa, además de algunas hipótesis adicionales de índole empírica. Esta segunda premisa afirma que el fortalecimiento del sistema democrático frente al poder corporativo requiere la expansión de la participación popular con los procesos de toma de decisiones y de control de tales decisiones perfeccionándose los mecanismos de representación y vigorizándose partidos políticos que sean ellos mismos abiertos, internamente democráticos e ideológicamente definidos.

Esta premisa presupone una concepción moral de la democracia que rechaza una reducción de ella a mecanismos que o bien la conciben como destinados a componer intereses de una forma similar al mercado, o si no como orientados al reemplazo pacífico de élites[13]. En otro lugar, he tratado de explicar la superioridad moral de la democracia como una forma regimentada de la práctica del discurso moral a través de la cual tratamos de resolver conflictos a la luz de principios universales, generales y públicos que serían aceptables en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos. La democracia reemplaza el requisito de consenso unánime del discurso moral no regimentado por el procedimiento de aprobación por simple mayoría. Aunque este reemplazo debilita la fuerza de la presunción de que el resultado del proceso es moralmente legítimo porque sería aceptable bajo condiciones ideales (dada la equivalencia funcional entre unanimidad e imparcialidad), la democracia preserva algún valor epistemológico. Es de presumir que la necesidad de justificar nuestra decisión a los demás y la intención de obtener tanto apoyo como sea posible para nuestra posición genera una tendencia hacia la imparcialidad que hace de la democracia un procedimiento más moralmente confiable que otros mecanismos alternativos de decisión.

---

[13] Ver un tratamiento de este tema en C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984, cap. 8.

Esta visión de la democracia como sucedáneo del discurso moral presupone que los individuos, que son las personas morales básicas, constituyen sus agentes naturales y que la libertad e igualdad de su intervención en el proceso democrático debe ser preservada y expandida, lo que no ocurre cuando las corporaciones hacen de intermediarias. Por otra parte, esta concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral también presupone que lo que constituye el objeto primario de discusión y decisión en el procedimiento democrático no son intereses crudos sino ciertos principios que justifican un balance de intereses desde el punto de vista moral. Por lo tanto, las corporaciones que aglutinan a la gente, alrededor de intereses comunes y no alrededor de concepciones morales acerca de cómo tratar tales intereses, no pueden ser los protagonistas de los procesos democráticos.

Las corporaciones prosperan en la medida en que la democracia se aparta más de lo necesario de las exigencias del discurso moral originario, por ejemplo cuando el debate público se restringe o se degrada, el poder de los participantes para influir efectivamente en las decisiones se hace demasiado desigual, y la intervención de los interesados se hace más débil y estrecha.

Por lo tanto, es crucial para el fortalecimiento del poder democrático de los ciudadanos comunes, en contraste con el poder corporativo, el ampliar y profundizar la participación ciudadana en la discusión y la decisión, aún imponiendo el voto obligatorio que creo moralmente justificado en ciertas circunstancias[14]. Por eso Benjamin Barber señala[15] que la sociedad y la mentalidad corporativa se interpone en el camino del activismo ciudadano necesario para una democracia fuerte.

Dado que también los mecanismos de la representación, aunque necesarios en sociedades complejas, se prestan a la manipulación de las corporaciones debido a la posibilidad de corrupción de los representantes o de ceguera respecto de los intereses representados frente a los defendidos ruidosamente por aquéllas, es esencial ampliar los medios de participación *directa* de la población. Esto puede hacerse a través de procedimientos generales como plebiscitos o a través de la intervención en ámbitos acotados en los cuales se descentralicen algunas decisiones.

Adicionalmente la participación directa de la población en las decisiones que la afectan puede contribuir a superar las tensiones

---

[14] Ver mi artículo «El voto obligatorio», en *Segundo dictamen sobre la reforma constitucional del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, 1987.

[15] Ver *Strong Democracy*, Berkeley, 1984, pág. 257.

sociales asociadas con la llamada «crisis de la democracia» y que están provocadas por demandas insatisfechas en parte excitadas por fuerzas corporativas. En las sociedades industrializadas se ha promovido a veces el remedio preconizado, en el contexto de la Comisión Trilateral, por Huntington y otros[16], de contener las demandas a través de la apatía política. Pero esta vía además de ser moralmente cuestionable por provocar un alejamiento indebido de las condiciones del discurso -lo que Habermas[17] ha llamado «crisis de legitimación»-, no parece ser eficaz: al contrario y siguiendo la idea de que los males de la democracia se curan con más democracia, parece que la forma de encauzar las demandas sociales es haciendo que la gente participe en las decisiones por las cuales se distribuyen recursos, tomando así conciencia de su escasez frente a demandas conflictivas.

La visión de la democracia como una forma regimentada de la discusión sobre los principios morales conforme a los cuales los conflictos deben ser resueltos nos permite advertir que en esa discusión los individuos sólo pueden ser representados por un tipo de intermediarios: los partidos políticos. Ellos son portadores de concepciones sobre la organización de la sociedad en base a principios fundamentales de moralidad política. Los partidos son indispensables en una sociedad moderna y fundamentalmente, entre otras cosas, porque permiten a la gente limitar su participación en continuas discusiones públicas, delegando en parte en un partido esa discusión y la justificación del voto de sus adherentes sobre la base de principios públicos y generales.

Los partidos políticos son los principales anticuerpos para proteger a la democracia del poder de las corporaciones, ya que sus respectivas razones de ser son exactamente antitéticas: representar intereses sectoriales en el caso de las corporaciones; defender principios que legitiman un cierto equilibrio de intereses desde el punto de vista imparcial, en el caso de los partidos. Por eso es que hay una relación inversa entre las fuerzas respectivas de las corporaciones. Portantiero[18] señala, por ejemplo, cómo el proceso inflacionario produce, y es resultado de un desplazamiento de los partidos en favor del poder corporativo.

---

[16] Ver un análisis crítico de esta posición en mi artículo «La participación como remedio a la llamada crisis de la democracia», en la colección *Alfonsín: discursos sobre el discurso*, Buenos Aires, 1986.

[17] Ver Jürgen Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad. J. L. Etcheverry, Amorrortu, 1975, pág. 37.

[18] Ver Juan Carlos Portantiero, «La crisis de un régimen: una mirada retrospectiva», en la colección citada en nota 10, pág. 76.

Por cierto, que para que los partidos políticos constituyan un freno efectivo a la interferencia corporativa, hay que evitar, a través de mecanismos de apertura, transparencia y democracia interna, que ellos mismos desarrollen una élite corporativa con intereses propios y dispuestos a transar con los grupos de intereses establecidos.

4. Ahora estoy en condiciones de defender la última premisa de mi razonamiento: ella es que la existencia de amplios niveles de participación popular en el proceso de discusión y decisión política y de partidos políticos fuertes, disciplinados e ideológicamente definidos -lo que siguiendo a Barber podemos denominar «democracia fuerte»-, es funcionalmente incompatible con el sistema presidencialista puro, típico de Latinoamérica. Cuando el presidencialismo no está acompañado de formas de democracia limitada -por falta de participación o debilidad de los partidos- o condicionada -por el poder corporativo- se suelen generar tensiones que conducen frecuentemente a la inestabilidad del sistema.

En este sentido son muy ilustrativos los estudios -como el del Profesor Fred W. Riggs[19]- que han tratado de explicar por qué el presidencialismo ha conducido a diversos grados de inestabilidad en los países del Tercer Mundo -ninguno del Primero- que lo han tomado de Estados Unidos, en contraste con la estabilidad de dos tercios de los países del Tercer Mundo que han optado por sistemas mixtos o parlamentarios. Riggs estudia diversas diferencias sistémicas o para-constitucionales entre EE.UU. y los países en los que el sistema ha acarreado disfuncionalidades, como confrontaciones y bloqueos que muchas veces conducen a la fractura del sistema. Algunas de esas variaciones para-constitucionales están precisamente conectadas con las exigencias de lo que hemos llamado «democracia fuerte».

En primer lugar, Riggs sostiene que en un sistema presidencialista los partidos políticos a la vez tienden a ser débiles y se necesita que sean débiles para que el sistema funcione bien. Esto se debe a diversos factores, como la necesidad de evitar bloqueos entre los dos poderes políticos independientes si ambos fueran controlados por partidos diferentes y éstos fueran ideológicamente definidos y disciplinados, como el efecto que causa en la adhesión y militancia partidaria el perder la elección presidencial, como la indefinición ideológica y la consiguiente falta de entusiasmo que produce la necesidad de los candidatos presidenciales de abarcar los intereses de amplios

[19] Ver «The Survival of Presidentialism in America: Para-constitutional practices», en *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, colección a ser editada por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, Buenos Aires.

sectores de la población, etc. Esta debilidad e indefinición de los partidos está ayudada en EE.UU. por el sistema electoral por circunscripciones uninominales, que contrasta con el sistema proporcional de la mayoría de los países latinoamericanos. De este modo, el sistema presidencialista enfrenta el dilema siguiente: O bien los partidos políticos se hacen más y más débiles como resultado de la naturaleza de la competición política en ese sistema, con lo que, dadas otras condiciones culturales, sociales y económicas puede dejar un amplio espacio para que las corporaciones ejerzan su poder político. O, si hay otros factores que intervienen para que los partidos conserven su fuerza, como es el caso de la Argentina, ellos contribuyen a generar las tensiones que son típicas del sistema presidencialista y que van a ser mencionadas en seguida.

La otra variable en la cual el sistema norteamericano difiere de la mayoría del resto de los sistemas presidencialistas y que es directamente relevante para nuestra caracterización de una democracia fuerte, es la participación popular, principalmente en la propensión de voto. Riggs es muy explícito sobre este punto: «Una de las limitaciones del sistema presidencialista de gobierno parece estar constituida por la apatía de los votantes. A pesar de su larga historia y del evidente compromiso de los norteamericanos con la democracia representativa, la participación electoral es notablemente inferior en EE.UU. que en la mayoría de las democracias parlamentarias. Normalmente asumimos, por supuesto, que la participación popular es necesaria para la salud de las instituciones democráticas. Sin embargo, triste como es reconocerlo, una baja participación electoral parece ser un costo involucrado en varios aspectos para-constitucionales del sistema presidencialista; él mismo puede ser un aspecto para-constitucional... Cuanto más alto sea el nivel de la participación popular más grande será la contradicción de los intereses de la mayoría votante. El sistema presidencialista, por lo tanto, opera más fluidamente cuando la participación electoral es baja... El precio de una alta participación es una controversia política viva y que fomenta la división»... «para poner las cosas en forma negativa, la participación masiva amenaza menos la supervivencia de los sistemas parlamentarios que la de los presidencialistas»[20].

Esta larga cita de Riggs sirve para subrayar un punto que es de gran importancia para el estudio comparativo del país que tiene un exitoso sistema presidencialista y los otros, como Argentina, que han tenido menos éxito con sistemas similares: En los EE.UU. la baja participación, principalmente entre los pobres y los no instruidos tiene un efecto de re-alimentación: Dado que los candidatos presidenciales

[20] Ídem.

deben contemplar, aunque sea en términos vagos, los intereses de los votantes, posiblemente contradictorios con los de los votantes potenciales, éstos no encuentran atractivos a tales candidatos y deciden efectivamente no votar, tomando en cuenta la diferencia casi nula que significaría su voto y el costo relativo -mayor para los pobres- de ir a votar; como muchos similarmente situados razonan igual, se abstienen de votar y los candidatos no se dirigen a ellos, con lo que el proceso se auto-genera. En contraste, cuando el voto obligatorio fue introducido en la Argentina en 1912 se triplicó la participación electoral, y sólo los partidos populares -el Radical y el Justicialista- ganaron a partir de allí las elecciones nacionales limpias. La hipótesis de Riggs acerca del efecto de la participación electoral masiva en un sistema presidencialista parece confirmarse con el contraste que se dio en la Argentina entre la estabilidad anterior y la inestabilidad posterior a esa participación masiva. Obviamente, los desplazados por tal participación buscaron otros medios de acceso al poder.

En otras palabras, los rasgos que caracterizan a la democracia fuerte y que la protegen contra el poder corporativo -que ha surgido en Latinoamérica por factores variados y complejos- están ausentes en el sistema presidencialista más exitoso del mundo, y hay razones para conectar esa ausencia con este éxito. Pero además, la existencia de una amplia participación popular y de partidos fuertes potencian los defectos que normalmente se adscriben al presidencialismo.

En primer lugar, el sistema presidencialista opera, como dice Juan Linz[21], como un juego de suma cero en el que los partidos se arriesgan a todo o nada en una elección para un cargo unipersonal del que, por un período rígido, dependen miles de otros cargos. Esto arroja a los partidos a una dinámica de confrontación que se agrava cuando son partidos fuertes, disciplinados y que representan a vastos sectores de la sociedad con intereses contradictorios. En segundo lugar, el sistema presidencialista puro implica dividir la soberanía popular en dos poderes políticos independientes. Cuando tales poderes están dominados por partidos diferentes y éstos son fuertes, disciplinados y con señas distintivas, se producen bloqueos entre los poderes dada la dinámica de confrontación antes expuesta.

En tercer término, aun cuando los partidos no fueran seriamente antagónicos, el sistema presidencialista hace muy difícil que ellos puedan colaborar en el mismo gobierno, como es a veces necesario frente a una crisis o a la necesidad de formar consenso para efectuar transformaciones profundas. Finalmente, la confrontación entre los

[21] Juan Linz, «La democracia presidencial o parlamentaria, ¿hay alguna diferencia?, en colección citada en nota 19.

partidos generalmente incide en el desgaste de la figura presidencial, quien debe cumplir con las funciones disímiles de símbolo de la unidad de la nación y de jefe de un gobierno partidario. La rigidez del mandato del presidente lo lleva a gobernar cuando el consenso que lo llevó a la presidencia ha desaparecido; se produce así un contraste entre sus inmensas facultades formales y su debilidad por falta de consenso. El sistema no prevé válvulas de escape para las tensiones que son a la vez causa y efecto de esa falta de consenso.

Estos defectos se ven considerablemente atenuados en un sistema mixto dinámico[22]. En él el Presidente controla al jefe de gobierno en la medida en que cuenta con consenso popular y, por lo tanto, la formación del gobierno se adapta flexiblemente al consenso que se pueda ir expresando a través de la Presidencia o del Parlamento. Esto limita la dinámica de confrontación entre los partidos, alienta su definición ideológica y su apelación a una amplia participación electoral, permite la formación de coaliciones y provee fusibles frente a situaciones de crisis, preservando la investidura presidencial.

5. De este modo he concluido mi intento de reconstruir un razonamiento que parte de la premisa de que uno de los mayores obstáculos para la consolidación de la democracia en Latinoamérica es el constituido por las interferencias del poder corporativo, continúa con la proposición de que el modo de contener esas interferencias es ampliando la participación popular y fortaleciendo a los partidos, y se completa con la hipótesis de que estos rasgos de una democracia fuerte son funcionalmente incompatibles con el sistema presidencialista.

La conclusión de este razonamiento deductivo es obvia: la consolidación de la democracia en Latinoamérica requiere modificar ese sistema presidencialista, de tal forma de incorporar a él aspectos relevantes del régimen parlamentario.

De ser plausible este razonamiento, él mostraría que la defensa a ultranza del sistema presidencialista sobre la base de la preservación no crítica de un modelo ajeno a la realidad latinoamericana, no contaría con los aspectos propios de nuestro contexto social, entre los que se destacan las presiones del poder corporativo.

Estas presiones se muestran con toda su magnitud en la propia resistencia a modificar un régimen que ha permitido, en mi opinión, que aquellas presiones florezcan. La dificultad de los partidos para formar un consenso venciendo esa resistencia muestra también, a mi juicio, las dificultades del sistema que se propone modificar.

---

[22] Ver dictámenes citados en nota 2. Llamo «dinámico» al sistema porque éste tiende a volverse más presidencialista o más parlamentario según sea el órgano que exprese mejor el consenso social.

JUSTICIA

Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia. Sócrates a través de Platón sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro (*La República,* Libro Primero 336, e) y Aristóteles, citando a Eurípides, afirmaba que ni la estrella vespertina ni la matutina son tan maravillosas como la justicia (*Ética Nicomaquea,* Libro Cuatro -De la Justicia-, i.).

¿Qué es la justicia? ¿Una virtud de las personas? ¿La primera de las cualidades de las instituciones políticas y sociales? ¿El resultado de un procedimiento equitativo? ¿Lo que surge de un proceso histórico en el que no se violan derechos fundamentales? ¿Un ideal irracional? Estas y muchas otras respuestas extremadamente divergentes entre sí fueron dadas por filósofos serios a lo largo de una extensa historia del pensamiento dedicado a desvelar esta incógnita.

La preocupación de los filósofos se centra en analizar un concepto que es empleado en muchos tipos de discursos, articulando concepciones que permitan justificar o impugnar los juicios que se formulan en tales discursos empleando el concepto en cuestión. Se invoca la justicia en los juegos de los niños o adultos. Se apela a ella también en contextos religiosos. Por cierto, que ella ocupa un lugar central en el discurso jurídico. Y es absolutamente distintiva del discurso moral, tanto en lo que hace a la dimensión referida a la virtud o a la excelencia personal como a la que se refiere a las relaciones interpersonales, y a las prácticas e instituciones que regulan estas instituciones.

Entre estos discursos en que se emiten juicios de justicia, el de índole moral tiene una posición dominante en nuestra cultura. La justicia de acuerdo a reglas de juego, sociales, religiosas, jurídicas,

está supeditada a que las reglas en cuestión sean a su vez justas. Las únicas reglas o principios de los que no tiene sentido preguntarse si son justas son las de una moral ideal. Esto implica que el concepto de justicia debe analizarse primariamente en el contexto del discurso moral. Es allí donde está «en su casa» y en donde interactúa con otros valores. Esta localización de la noción de justicia en el discurso moral implica que ella necesariamente recibe el impacto de los diferentes análisis que se han propuesto de la estructura y funciones de ese discurso.

Autores como John Rawls distinguen, entre el *concepto* de justicia y las diversas *concepciones* de justicia. Sobre la base de esta distinción, Rawls caracteriza al concepto de justicia indicando que él se refiere a un balance apropiado entre reclamos competitivos y a principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división apropiada de las ventajas sociales. A su vez las concepciones de justicia, como la que él mismo propician son las que interpretan el concepto determinando qué principios determinan aquel balance y esa asignación de derechos y obligaciones y esta división apropiada (ver *A Theory of Justice,* Oxford, 1971, pág. 10).

Algo en lo que coinciden casi todos los filósofos que es intrínseco al concepto de justicia es su carácter de valor intersubjetivo. Aristóteles, por ejemplo, sostenía que la justicia «es la única virtud de una persona que es considerada como el bien de alguna otra, ya que ella asegura una ventaja para otra persona, sea un funcionario o un socio» (*E. N.* Libro Cuatro, ii). Además de este carácter intersubjetivo, el valor de la justicia está relacionado con la idea de asignación de derechos y obligaciones, o beneficios y cargas entre diversos individuos de un grupo social, como vimos en la caracterización explícita de Rawls. También parece haber acuerdo en que es parte del concepto mismo de justicia el que el valor identificado por él puede satisfacerse o frustrarse independientemente de las intenciones de los agentes que producen esa satisfacción o frustración, a diferencia de lo que ocurre con otros valores como la generosidad. Aristóteles afirmaba que se puede causar una injusticia involuntariamente, aunque un *acto* es injusto sólo cuando es voluntario y un *agente* sólo puede ser reprochado como injusto si actúa con conocimiento y voluntad (*E. N.,* Libro Cuatro, vi y viii).

Las visiones meta-éticas sobre el análisis del concepto y de los enunciados de justicia se pueden clasificar en cognoscitivistas y no-cognoscitivistas, según se entienda que tales enunciados formulan proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas, por un lado, o que fundamentalmente expresan emociones o imperativos de conducta, por el otro. Las posiciones cognoscitivistas pueden ser de índole empirista o no empirista, según sostengan que las proposiciones de

justicia hacen o no referencia a hechos accesibles a la experiencia sensible. Tanto en el empirismo como en el no empirismo cognoscitivista pueden distinguirse posiciones objetivistas como subjetivistas, según sostengan que los hechos que determinan la verdad o falsedad de los juicios de justicia dependen de actitudes, creencias o preferencias de ciertos sujetos (un ejemplo de una posición no empirista y subjetivista es la teoría del mandato divino). A su vez, el subjetivismo empirista puede distinguirse en individualista y societalista, según sostenga que los juicios de justicia describen las actitudes del hablante o las de la sociedad en su conjunto; esto último es lo que constituye el convencionalismo moral.

Un buen ejemplo de una visión meta-ética subjetivista y, por tanto, relativista de la justicia es la de Hans Kelsen (ver *¿Qué es la justicia?*, trad. E. Garzón Valdés, Córdoba, 1957). Luego de señalar que las concepciones más conocidas de justicia -como la de que consiste en dar a cada uno lo suyo, o la regla de oro de que no se debe hacer a otros lo que no se quiere que nos hagan a nosotros, o el imperativo categórico kantiano, que prescribe que debe obrarse de acuerdo a la máxima que uno desearía que se convirtiera en ley universal- son o bien vacuas o bien remiten al orden positivo, Kelsen afirma lo siguiente (n. 32): «Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional...».

Sin embargo, este tipo de posiciones debe aclarar qué quiere decir que un juicio de justicia no puede pretender excluir el juicio opuesto. Por cierto que cuando formulamos un juicio de justicia no podemos excluir la posibilidad de que otros formulen juicios de justicia opuestos, lo mismo que ocurre con juicios de cualquier otra índole. Pero sí parece que estamos lógicamente comprometidos a rechazar tales juicios, o sea a considerarlos falsos, o inválidos. No parece tener sentido sostener, por ejemplo, «la pena de muerte es injusta, pero bien podría ser justa». Por otra parte, el mismo Kelsen sostiene que la visión relativista de la justicia, lejos de ser amoral, supone una moral, que es la moral de la tolerancia y de la democracia. Sin embargo, un relativista debería admitir, para ser consistente, que la tolerancia y la democracia tienen tanto valor como la intolerancia y el autoritarismo.

Otro ejemplo de una posición escéptica sobre la justicia, esta vez más explícitamente emotivista, es la de Alf Ross (ver *Sobre el derecho y la justicia,* trad. G. R. Carrió, Buenos Aires, 1963, Cap. XII, LXIII). Sostiene este autor: «Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la 'justicia', porque nada dice que puede ser argüido en favor o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto... es una actitud militante de tipo biológico-emocional a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses».

No obstante, este tipo de emotivismo suele enfrentar la réplica de que él confunde el aspecto pragmático del lenguaje ético con el aspecto semántico: esa réplica sostiene que es cierto que muchas veces -aunque no siempre- expresamos o intentamos provocar emociones en los demás con formulaciones lingüísticas que tienen un contenido descriptivo indudable; de modo que el «significado» emotivo de las formulaciones éticas no excluye su posible significado cognoscitivo. Por otra parte, la afirmación de Ross, como las afirmaciones análogas de Kelsen, de que es imposible sostener una discusión racional con quien apela a la justicia debe ser confrontada con la fenomenología de la práctica de discusiones sobre justicia, tanto en ámbitos teóricos, como políticos o en otras esferas de la vida social, que, según sostienen algunos, parece mostrar lo contrario: filósofos que escriben en innumerables publicaciones dedicadas a temas de justicia, políticos que se involucran en discusiones sobre la justicia de programas o medidas, vecinos que debaten sobre la justicia o injusticia de acciones y actitudes que los afectan, todos ellos parecen argumentar, aunque el argumento en algunos casos vaya acompañado por algún golpe sobre la mesa. Muchos sostienen que si es cierto, como dice Kelsen, que los seres humanos tenemos una tendencia irrefrenable a justificar mutuamente nuestras acciones sería extraño que esa tendencia nos condujera permanentemente a frustraciones por la vacuidad de tales justificaciones. Tal vez la tendencia a justificar nuestras acciones nos haya llevado a desarrollar pautas que rigen esa justificación, y quizá la misma práctica de dar razones en materias de justicia presuponga criterios, reglas y valores que determinan cuáles razones son válidas en el contexto de esa práctica. Según algunos, tales criterios, reglas y valores subyacentes a la práctica de dar razones sobre la justicia de acciones e instituciones presentan una notable uniformidad en el tiempo y el espacio, no obstante que es posible advertir algunas variaciones relevantes: mientras

hay configuraciones pre-modernas de esa práctica que asocian las razones últimas con los dictados de una divinidad, de un cacique o de la tradición, la configuración que la práctica de dar razones presenta a partir de la modernidad implica la posibilidad de someter a crítica toda prescripción o convención sobre la base de principios ideales aceptables desde una perspectiva imparcial.

Quizá las posiciones escépticas, relativistas y subjetivistas sobre la justicia están determinadas por la preocupación preteórica por la intolerancia, el fanatismo y el autoritarismo a los que suelen conducir posiciones éticas absolutistas. Como Trosky le recordaba a Kausky (citado por Carl Schmidt en *The Crisis of Parliamentary Democracy,* trad. E. Kennedy, Cambridge, 1988, 64), «la aprehensión de verdades relativas nunca le da a uno el coraje de usar la fuerza y derramar sangre». Sin embargo, esta prevención quizá tenga su ámbito de satisfacción, no en el plano *ontológico* de constitución de principios de justicia (en el que se enfrenta con la posibilidad de que el relativismo se aplique al mismo ideal de tolerancia), sino en el plano *epistémico*, o sea en el plano del conocimiento de los principios de justicia: lo que conduce a la tolerancia es una posición falibilista sobre si estamos acertados en nuestras creencias sobre lo que es justo, no nuestra supuesta certeza de que no hay nada que conocer. Ese falibilismo puede conducir a desconfiar en las intuiciones individuales sobre la justicia -dada la variedad de condicionamientos a que cada uno de nosotros se ve sometido- y a confiar más, en cambio, en el resultado del proceso colectivo de discusión como el que se organiza a través del procedimiento democrático.

Una forma de orientarse sobre las concepciones substantivas de justicia, o sea las diversas interpretaciones del concepto de justicia, consiste en hacer una revisión de la «geografía axiológica», de modo de inspeccionar las relaciones entre la justicia y otros valores, como los de bienestar o felicidad, la legitimidad, la eficiencia, el orden, la libertad, la igualdad. Algunos de estos valores parecen ser externos a la justicia -ya que su satisfacción no implica necesariamente un estado de cosas más justo; al contrario, pueden estar en tensión con la justicia. En cambio, algunos otros de estos valores parecen ser internos al de justicia, puesto que su satisfacción si parece ir en beneficio del valor justicia.

Si comenzamos con la relación entre el bien de cada individuo -que se suele identificar con la felicidad- y la justicia veremos que la división entre concepciones teleológicas y deontológicas de la justicia reside precisamente en si ese bien es concebido como un valor interno o externo a la justicia.

Platón sostenía que la justicia es la parte esencial del bienestar. El hombre injusto manifiesta una discordia entre los elementos que

componen su alma que lo hace impotente para obrar, y sus acciones hacia los demás es fuente de disensiones, odios y luchas; la disposición injusta de algunos hombres impide que actúen en común con otros hombres, por lo que el hombre al que mueve un alma injusta es incapaz de ser feliz (ver *La República,* Libro Primero, el 352-354).

Para Aristóteles la justicia es la virtud más alta, la virtud perfecta. Una virtud es el punto medio entre dos vicios extremos; la justicia es la virtud de una persona cuando la consideramos en relación a otras personas. Ser justo es la cualidad de obrar conforme a las leyes cuando éstas tienden a la ventaja común, de modo que llamamos «justo» a lo que tiende a producir o a conservar la felicidad de una asociación política. Este es el sentido general de justicia, pero hay un sentido particular que es el que se refiere a la justicia distributiva y rectificatoria. La primera implica proporcionalidad y conduce a tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales; la segunda implica restaurar la igualdad alterada por un delito o por el incumplimiento de contratos. La justicia particular de un comportamiento es el medio entre los dos extremos constituidos por el cometer una injusticia y por el sufrirla (ver *Ética Nicomaquea,* Libro V).

Al igual que Aristóteles, Tomás de Aquino sostenía que todo acto humano tiene una finalidad, se dirige a algo que es aprehendido como bueno. La voluntad humana está necesariamente orientada hacia el bien último del hombre que es el perfeccionamiento pleno de su naturaleza. Para ello el hombre tiene una facultad, la que llama *sinderesis,* que le permite detectar los principios más generales de justicia plasmados en el derecho natural. Este es la parte de la ley eterna de Dios que es cognoscible por la razón humana. El principio más general del derecho natural es que el bien debe hacerse y el mal evitarse; la razón puede derivar de este principio preceptos más específicos. Según Tomás de Aquino, el gobierno es una institución de derecho natural en la medida en que esté orientado al bien común. Una ley es injusta cuando impone al ciudadano cargas que no son exigidas por el bien común (ver *Suma Teológica*, I-II).

También defendió una concepción teológica de la justicia Thomas Hobbes en la medida en que, según él, los principios que constituyen están dados en un contrato social al que los hombres deben suscribir para satisfacer su propio auto-interés. La vida en el estado de naturaleza es «cruel, brutal y corta», pero los hombres no pueden salir de ella simplemente por acuerdos mutuos, ya que ellos plantean problemas de acción colectiva -del tipo del que luego fuera llamado el «dilema de los prisioneros»-, ya que cada uno desconfía en que el otro saque ventaja de la violación del acuerdo. De modo que los hombres deben primero acordar establecer un poder (el del Estado o Leviatán) que luego los fuerce a cumplir con los otros

artículos del pacto. Esos artículos establecen los principios fundamentales de justicia, como el que los hombres deben buscar la paz, o renunciar a toda libertad respecto de otros que no esté dispuesto a concederle a ellos sobre sí mismo (ver *Leviathan*, 1651).

Otra concepción teleológica de la justicia es la del utilitarismo, que a diferencia de la anterior no se basa en el auto-interés de cada uno, sino en el interés general. Para esta concepción los actos e instituciones son justos en la medida en que sus consecuencias contribuyan positivamente a expandir el bien intrínseco. Este es generalmente identificado con la felicidad general, pero es interpretado de muy diversas maneras. Hay una interpretación hedonista, como la de Jeremy Bentham, que asociaba a la felicidad con el placer, interpretación que fue calificada por John Stuart Mill al distinguir diferentes tipos de placer según su calidad intrínseca. Hay otra interpretación del bien intrínseco, vigente sobre todo en las aplicaciones económicas del utilitarismo, que lo identifica con la satisfacción de deseos o preferencias de la gente, cualesquiera sean ellos. Hay también una interpretación idealista del bien intrínseco, como la de E. G. Moore, que admite que hay estados de cosas que pueden ser intrínsecamente buenos sin tomar en cuenta las actitudes subjetivas que hacia ellos puedan tener los individuos. La concepción utilitarista de la justicia se distingue también según sea el objeto primario de aplicación por parte del principio de utilidad: hay un utilitarismo de actos, otro de reglas, otro de disposiciones humanas, otro de instituciones, etc. El utilitarismo también puede ser positivo o negativo según prescriba promover la felicidad general o prevenir la miseria general, y puede tener una versión clásica -que computa la mayor o menor felicidad sin tomar en cuenta el número de personas beneficiadas por ella- y una versión «del promedio» que toma en cuenta tal número.

Finalmente, la corriente comunitarista que se opone a la concepción de la justicia del liberalismo deontológico de origen kantiano -que veremos de inmediato- ofrece también una visión teleológica de la justicia. Pensadores como Charles Taylor, Alasdair MacIntyre, Michael Sandel, Michael Walzer, etcétera (ver, por ejemplo, W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture,* Oxford, 1989), objetan la pretensión de sus contrincantes de inferir principios de justicia sin una previa concepción del bien de la persona: ellos sostienen que tal pretensión o bien conduce a proponer fórmulas de justicia vacuas o, sino, implica pasar de contrabando una cierta concepción del bien. Pero, es más, los autores comunitaristas también sostienen que las concepciones del bien se articulan a través de las prácticas y convenciones de una sociedad, por lo que los principios que se infieran de ellas varían según las sociedades, contrariamente a la aspiración liberal deontológica de inferir principios de justicia universales

y abstractos. Esto conduce a un tipo de relativismo como el que fue mencionado anteriormente.

La concepción deontológica de la justicia más influyente es sin duda la de Emanuel Kant (ver *Crítica de la razón práctica y Fundamentación de la metafísica de las costumbres*). Para este filósofo los principios básicos de la moral debían tener la universalidad de los principios de la lógica y el contenido substantivo y no trivial de las leyes de la física. Los principios morales deben ser para Kant *autónomos,* porque son principios que uno se da a sí mismo con independencia de toda autoridad humana o divina; deben ser *categóricos,* porque lo que ellos ordenan no está condicionado a intereses o deseos; deben ser *universales,* ya que obligan a todos los seres racionales por igual. Este último requisito de los principios morales deriva de la primera formulación del famoso imperativo categórico de Kant: «obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal». Kant aspiraba a que este principio sirva para seleccionar todos las máximas morales substantivas. Para ello debía mostrar que está intrínsecamente relacionado con un fin absoluto de todos los seres racionales. Él encuentra ese fin absoluto en el hecho de que la humanidad deba ser tratada como un fin en sí misma y nunca sólo como un medio, lo que constituye la segunda formulación de su imperativo categórico. Esto se conecta con la relación de prelación entre la justicia y la bondad moral o la felicidad que define al deontologismo: Yo trato a otros como fines en sí mismos cuando respeto sus fines subjetivos. El deber moral de cada uno no es buscar el perfeccionamiento moral de los demás porque ello lo deben hacer ellos mismos; uno sólo debe ayudarnos a satisfacer sus fines. En cambio la búsqueda de la propia felicidad de cada uno no es objeto de un deber moral, sino de una inclinación natural. La felicidad no es buena sin calificaciones porque puede no ser merecida, no ser el resultado de la virtud. Lo que es bueno sin restricciones es la buena voluntad, que implica obrar no por inclinación, sino por respeto del deber moral.

Quien en las últimas décadas ha hecho más por revitalizar una teoría deontológica de la justicia ha sido indudablemente John Rawls (ver obra citada). Este autor recurre al contractualismo inherente a las concepciones de Rousseau y Kant para oponerse fundamentalmente al utilitarismo y al intuicionismo. Al primero lo acusa de no tomarse seriamente la separación e independencia de las personas -idea expresada en la segunda formulación del imperativo categórico kantiano- proyectando a la sociedad el enfoque maximizador del placer o de la satisfacción de intereses que el procedimiento de decisión hace aplicable a un solo individuo. Al segundo le objeta la falta de criterios constructivos para jerarquizar diferentes principios

morales, recurriendo a la intuición en cada caso particular. Rawls se pregunta si habría principios universales para aplicar a la estructura básica de la sociedad que hombres libres e iguales consentirían hipotéticamente en condiciones ideales -lo que implica ver a la justicia como «equidad», o sea como resultado de un procedimiento equitativo, y para ello imagina una posición originaria: ésta es una situación hipotética en la que seres racionales, libres e iguales, en circunstancias en que es relevante discutir sobre la justicia de las principales instituciones de la sociedad, siendo racionalmente auto-interesados en la obtención para sí de «bienes primarios», como las libertades civiles y políticas, ingreso y riqueza, prestigio, etc., pero que están bajo un «velo de ignorancia» sobre sus circunstancias particulares de raza, religión, inteligencia, condición social, etc., discuten sobre qué principios comprometerse a aceptar para regir la sociedad en la que van a vivir cuando sea levantado ese velo de ignorancia. Según Rawls, la aplicación de principios de racionalidad como el «maximin» -que prescribe hacer menos mala la peor situación que a uno le puede tocar- llevaría a esos seres a elegir dos principios de justicia: el primero -que tiene prioridad lexicográfica sobre el segundo- establece que cada persona debe tener un derecho igual al sistema más extenso de libertades básicas (de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, de voto, etc.), que sea compatible con un sistema igual de libertades para todos. El segundo principio prescribe que las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas de modo tal que, primero, sean para el mayor beneficio de los que se encuentran en posición social menos aventajada (que es el llamado «principio de diferencia»), y, segundo, ellas deben adjudicarse a posiciones abiertas a todos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades. Rawls también sostiene que a estos principios se arriba mediante un «equilibrio reflexivo», que trata de llegar a un equilibrio entre nuestras intuiciones más fuertes sobre la justicia e injusticia de soluciones en casos particulares y la necesidad de subsumir esas intuiciones en principios generales consistentes que aparezcan como plausibles. En una serie de artículos publicados en los últimos años (ver por ejemplo, «Justice as Fairness: Political, not Metaphysical», *Philosophy & Public Affairs*, vol. XIV, n. 3, 1985), Rawls fue abandonado, sin reconocerlo abiertamente, el carácter universalista de esta concepción de la justicia, y, como reacción a las críticas comunitaristas, ha venido sosteniendo que ella no pretende basarse en una concepción metafísica de la moral, sino que solamente pretende reconstruir concepciones implícitas en la tradición democrática.

Parece claro que el deontologismo de Kant y Rawls abandona la relación interna entre la justicia y el bien o la felicidad sólo para substituirla por una relación interna con otros valores. Uno de esos

valores es indudablemente el de la libertad entendida como autonomía personal, o sea la libertad para elegir y materializar visiones del bien personal. Es posible sostener que la autonomía personal no es sino otra concepción del bien o de la felicidad, pero es en todo caso una concepción peculiar, puesto que deja abierto a la elección de cada individuo otras especificaciones de ese bien. Sin embargo, hay pensadores libertarios, como Robert Nozick (ver su *Anarchy, State and Utopia,* New York, 1974), que sostienen que la concepción de Rawls pone en peligro esta autonomía personal al admitir la justificación de un estado que redistribuya bienes entre los individuos sobre la base del principio de diferencia. Según Nozick, si partimos de la presuposición de derechos naturales del tipo lockiano sólo se justifica un Estado mínimo: ese Estado mínimo, que se ocupa de la seguridad y la justicia, es el único que puede emerger sin violar los derechos de nadie cuando las fuerzas del mercado llevan a la aparición de una agencia protectora dominante de los derechos de los individuos, agencia protectora que puede hipotéticamente transformarse en un Estado mínimo cuando se advierte que ella puede estar justificada en prohibir que individuos no adheridos a ella usen procedimientos riesgosos para hacer valer sus derechos, siempre que sean compensados por la prohibición de servicios de esa agencia dominante. Nozick sostiene que Rawls mismo no tiene en cuenta la separabilidad de las personas cuando trata a los talentos naturales de cada uno como si fueran un patrimonio común y concibe a los recursos económicos como si emergieran como maná del cielo, en lugar de ser el resultado de procesos de producción que ya supone la adjudicación de bienes. Esa adjudicación está regida, según Nozick, por tres principios: el de adquisición, que se basa en el principio lockiano de que es justo apropiarse de lo que se ha mezclado con el propio trabajo, siempre que quede suficiente para los demás; el de transferencia, que legitima las transferencias de bienes consentidas por las partes; y el de rectificación, que neutraliza la violación de los principios anteriores.

Independientemente de las discusiones que ha provocado la fundamentación de Nozick, lo cierto es que difiere de la de Rawls en el aspecto crucial de que éste no sólo parte del valor interno a la justicia de autonomía personal, sino también del valor de igualdad. La concepción de la igualdad que acepta Rawls no es la de la equiparación, sino la de no explotación, expresada en la segunda formulación del imperativo categórico de Kant. Nozick podría replicar que él también parte de la prohibición de usar a otros como meros medios, pero, sin embargo, debe enfrentar la objeción de que lo hace unilateralmente, ya que no toma en cuenta que tal uso se puede hacer no sólo por acción, sino también por omisión, por omisión de impedir

que los demás vean frustrados sus derechos. A la respuesta de que uno no *causa* la frustración de derechos por omisión corresponde a su vez la réplica que esa limitación de la asignación de efectos causales a los actos positivos deriva de la aceptación no crítica de convenciones sociales subyacentes a tales juicios causales. Si esto fuera así el libertarismo infringiría el presupuesto implícito en el discurso moral liberal de someter a crítica toda convención social. El libertarismo derivaría de relacionar intrínsecamente la justicia con el orden establecido, desconociendo que el valor del orden es externo y secundario al de justicia, ya que sólo hay orden cuando se satisfacen principios de justicia (la violencia necesaria para imponer instituciones injustas es siempre computada como desorden).

Una posición simétrica a la del libertarismo respecto del liberalismo igualitario es la que ocupa la concepción marxista de la justicia. Muchos autores, como Robert Tucker, por ejemplo (ver *The Marxian Revolutionary Idea,* New York, 1970), sostienen que el marxismo no incluye en realidad una teoría de la justicia, ya que él se ofrece como una descripción científica de la evolución de los modos de producción de la humanidad y rechaza explícitamente, como ideología burguesa, la pretensión de los socialistas utópicos de condenar al capitalismo sobre la base de su justicia. Para esta visión de Marx, él llevaba al extremo la concepción meta-ética relativista y concebía simplemente como justas las distribuciones que se ajustan a cada modo de producción. Sin embargo, otros autores, como Jon Elster (ver *Making Sense of Marx,* Cambridge, 1986) sostienen que la idea de explotación que Marx pone en el centro de su teoría -como la apropiación por los capitalistas de la plusvalía del trabajo proletario- sirve de crítica normativa moral para cualquier observador y como pauta para actuar en contra del sistema que la produce. Los defensores de esta visión enfatizan que sobre todo en la *Crítica del Programa de Gotha* se avanzan principios de justicia como el famoso «de cada uno según su capacidad; a cada uno según sus necesidades». Evidentemente, si esta interpretación del marxismo es aceptada, ella implica concluir que la condena a la explotación deriva de relacionar intrínsecamente a la justicia con una concepción de la igualdad. Frente a esta posición del marxismo, el liberalismo ha objetado recurrentemente que ella ignora la relación interna entre la justicia y el valor de la libertad o autonomía personal. Por cierto que esto no ha sido aceptado por los marxistas, quienes, como en el caso de Carol Gould (Ver *Marx's Social Ontology,* Cambridge, 1978), sostienen que Marx asumía una concepción superior de la libertad, concibiéndola en términos positivos como la más plena auto-realización de individuos sociales. Sin embargo, los liberales suelen replicar que esta idea de auto-realización es peligrosamente perfeccionista

y que no tiene en cuenta la importancia de la libertad meramente negativa -como ausencia de interferencias externas- para una genuina autonomía en la elección y materialización de planes de vida.

De modo que buena parte de las discusiones sobre justicia en la filosofía política contemporánea, sobre todo entre las diversas variedades de liberalismo y de socialismo, se refieren al alcance y al respectivo peso de los dos valores internos a la justicia constituidos por la libertad o autonomía personal y la igualdad. En una primera aproximación, las tensiones entre estos valores se atenúan una vez que tenemos en cuenta que ambos valores se complementan: la libertad es un valor substantivo que no nos dice nada sobre quiénes y en qué medida deben ser beneficiarios de ella; la igualdad es un valor adjetivo que no nos dice nada acerca de en qué respecto las personas morales deben ser iguales (puede haber una libertad disvaliosa por la forma en que está distribuida, y una igualdad moralmente irrelevante por el tipo de bien que es distribuido igualitariamente). Esto sugiere una combinación de ambos valores bajo la idea de que la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad. Sin embargo, las tensiones reaparecen a otro nivel: la igualdad como no explotación exige que haya deberes positivos de servicios a los demás -una vez que abandonamos el dogma conservador de que no se causa daños a otros por omisión-; es obvio que pasado cierto límite, esos servicios positivos pueden dejar a los individuos sin autonomía para desarrollar su propio plan de vida.

Es también importante determinar la relación entre la justicia y valores externos a ella, aparte del de orden que ya fue mencionado. Un valor que suele entrar en aguda tensión con el de justicia tanto en la teoría como en la práctica política y económica contemporánea es el de eficiencia. Esta suele ser definida en términos de los criterios de Pareto, uno de los cuales define a un estado de la sociedad como eficiente cuando no hay ningún estado alternativo en que algún individuo puede estar mejor sin que alguno esté peor. Este valor de eficiencia constituye la base axiológica del llamado «análisis económico del derecho», así como el de las instituciones y prácticas sociales en general (ver, por ejemplo, Richard Posner, *Economic Analysis of Law,* Boston, 1977). Cómo este valor debe relacionarse con el de justicia es motivo de controversia y hay variaciones relevantes entre diferentes escuelas. Algunos subsumen a la eficiencia en la justicia, ya que adoptan una visión utilitarista de la justicia. Otros subsumen la justicia en la eficiencia, ya que ven a la justicia como el objeto de preferencias individuales que deben ser tomadas en cuenta en el cálculo de eficiencia. En fin, otros conciben a la eficiencia y a la justicia como valores independientes; en este caso, se tiende a dar prioridad a la justicia sobre la eficiencia,

aunque se difiere si esa prioridad implica meramente una asignación de peso superior o es de índole lexicográfica.

También es importante tomar en cuenta la relación entre el valor justicia y el de la legitimidad política, que es controvertible si debe concebirse como externa, interna o *sui generis*. Es obvio que puede haber tensiones entre ambos valores, ya que quienes están legitimados para tomar decisiones políticas lo pueden hacer en forma injusta. Si, como muchos suponen, la legitimidad política depende de la justicia, el gobierno y el Derecho parecen ser superfluos, ya que los principios de justicia determinan directamente cómo se debe actuar. Esto ha llevado a algunos pensadores, como Robert Paul Wolff (ver *In Defense of Anarchism,* New York, 1970) a adoptar una posición anarquista. Otros suponen que la justicia debe depender de la legitimidad política, sosteniendo que el proceso de discusión y decisión democrática es la única forma de constituir principios morales intersubjetivos como los de justicia; esta es la posición de Jürgen Habermas (ver *The Theory of Communicative Action,* Boston, 1981). Si esta posición se interpreta de modo que el consenso democrático, bajo condiciones que satisfagan una situación ideal de comunicación, constituye los principios de justicia, presenta el problema de analizar el carácter de los juicios de justicia que se formulan en el proceso democrático mismo. Tal vez una forma de eludir estos problemas consiste en asignar a la legitimidad política que se plasma en el consenso democrático un valor epistémico sobre los principios de justicia (con lo que se establece una relación *sui generis* entre justicia y legitimidad). Esto se relaciona con la necesidad de evitar posiciones elitistas sobre la justicia, que es lo que en el fondo preocupa, como vimos, a relativistas y escépticos.

BIBLIOGRAFÍA

G. del Vecchio, *La giustizia,* Roma, 1952.
C. Cossio, *El derecho en el derecho judicial,* Buenos Aires, 1967.
H. L. A. Hart, *The Concept of Law,* trad. G. Carrió, Buenos Aires, 1963.
L. Fuller, *La moral del derecho,* trad. F. Navarro, México, 1967.
M. D. Farrell, *Utilitarismo. Ética y, Política,* Buenos Aires, 1983 y *Análisis crítico de la teoría marxista de la justicia*, Madrid, 1989.
G. Peces Barba, *Derechos fundamentales,* Madrid, 1983.
Eusebio Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, 1984.
Horacio Spector, *Autonomy and Rights,* Oxford University Press, 1991.
Manuel Atienza, *Tras la justicia,* Barcelona, 1993.
Elías Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Madrid, 1984.
Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Cambridge, 1977.

Bruce Ackerman, *Social Justice in the Liberal State,* New Haven, 1980.
Stanley Benn y r. S. Peters, *Social Principles and the Democratic State,* Londres, 1959.
John Finnis, *Natural Law and Natural Rights,* Oxford, 1980.
E. Garzón Valdés (comp.), *Filosofía y derecho,* Barcelona, 1988.
Joseph Raz, *The Morality of Freedom,* Oxford, 1986.
A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales,* Madrid, 1984.
Jesús E. Martínez García, *La teoría de la justicia en John Rawls,* Madrid, 1985.
Fernando Vallespín Oña, *Nuevas teorías del contrato social John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan,* Madrid, 1985.
Thomas Nagel, *Equality and Partiality,* Oxford, 1991.
Alasdair MacIntire, *Whose Justice? Which Rationality?,* Notre Dame, 1988.
J. R. Lucas, *On Justice,* Oxford, 1980.
D. R. Gauthier, *Morals by Agreement,* Chicago, 1986.
A. Gewirth, *Reason and Morality,* Chicago, 1978.
D. Parfit, *Reasons and Persons,* Oxford, 1984.
M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice,* Cambridge, 1982.
M. Walzer, *Spheres of Justice,* New York, 1983.
J. C. Smart y B. Williams, *Utilitarianism. For and Against,* Cambridge, 1973.
J. Feinberg, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty,* Princeton, 1980.
E. Kamenka y A. Tay (comp.), *Justice,* Londres, 1979.
B. Barry, *Theories of Justice,* Berkeley, 1989.
E. Rakowski, *Equal Justice,* Oxford, 1991.
G. Sher, *Desert,* Princeton, 1987.
D. Richards, *The Moral Criticism of Law,* Encino, 1977.
Ph. Pettit, *Judding Justice,* Londres, 1980.
Paul Miller and Paul (comp.), *Distributive Justice, Social Philosophy & Policy*, vol. 1, 1983.
R. Miller, *Analyzing Marx,* Princeton, 1984.
A. Cortina, *Ética sin Moral,* Madrid, 1990.
Betegon y Paramo (comp.), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos,* Barcelona, 1990.
R. Alexy, *Theorie der Grundrechte,* Frankfurt, 1986.
L. Ferrajoli, *Diritto e ragione,* Bari, 1989.
C. S. Nino, *Ética y derechos humanos,* Barcelona, 1989.

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD: PROBLEMAS ÉTICOS Y JURÍDICOS

ACERCA DE LOS CONCEPTOS DE PUBLICIDAD, OPINIÓN PÚBLICA, OPINIÓN DE LA MAYORÍA Y SUS RELACIONES RECÍPROCAS

I. Publicidad

La caracterización de la publicidad de los actos de gobierno como nota esencial del Estado de derecho tiene una larga y bien conocida tradición. Ya Thomas Hobbes afirmaba en sus *Philosophical Elements of a True Citizen*:

> «Pertenece al mismo poder supremo el poder para dictar algunas reglas comunes para todos los hombres y declararlas públicamente, mediante las cuales cada uno pueda saber qué puede ser llamado [...] justo, qué injusto [...], qué bueno, qué malo; es decir, brevemente, qué debe ser hecho, qué debe ser evitado en nuestro curso normal de vida»[1].

La delimitación pública de lo justo y lo injusto, de lo permitido y lo prohibido, es el fundamento de la seguridad jurídica, ya que es ella la que permite a los ciudadanos prever las consecuencias deónticas de sus acciones. Por ello, nada más peligroso para la existencia del Estado de derecho, que la reducción de la publicidad de las medidas gubernamentales, sea dificultando el acceso a la información, sea mediante la práctica de la sanción de medidas secretas o de conocimiento reservado a un grupo de iniciados, tal como suele suceder en los regímenes totalitarios.

Hans Kelsen, al referirse a la relación entre publicidad y seguridad jurídica, afirmaba:

---

[1] Cfr. Thomas Hobbes, *The English Works*, Aalen: Sciencia Verlag 1966, Vol. II, 6, 9, pág. 77.

> «Como la democracia tiende fundamentalmente a la seguridad jurídica y, por tanto, a la legalidad y la previsibilidad de las funciones estatales, existe en ella una poderosa inclinación a crear organizaciones de control, que sirvan de garantía a la legalidad. De estas garantías, la más firme es el principio de publicidad. La tendencia a la claridad es específicamente democrática y cuando se afirma a la ligera que en la democracia son más frecuentes que en la autocracia ciertos inconvenientes políticos, especialmente las inmoralidades y corrupciones, se emite un juicio demasiado superficial o malévolo de esta forma política, ya que dichos inconvenientes se dan lo mismo en la autocracia, con la sola diferencia de que pasan inadvertidos por imperar en ella el principio opuesto a la publicidad. En lugar de claridad, impera en la autocracia la tendencia a ocultar: ausencia de medidas de control -que no servirían más que para poner frenos a la acción del Estado-, y nada de publicidad, sino el empeño de mantener el temor y robustecer la disciplina de los funcionarios y la obediencia de los súbditos, en interés de la autoridad del Estado»[2].

No puede sorprender, por ello, que en casi todas las Constituciones modernas de los Estados democráticos se incluyan disposiciones que hacen referencia expresa a la publicidad del proceso jurídico-político. Así, por ejemplo, la Ley Fundamental alemana establece en el artículo 5, párrafo 1 que «todos tienen el derecho a [...] informarse sin trabas en las fuentes accesibles a todos». Según el artículo 82, párrafo 2, las leyes entran en vigencia tras su publicación en el Boletín de Leyes de la Federación; el artículo 42, párrafo 1 dispone que «las reuniones del Parlamento Federal serán públicas». En el artículo 21, párrafo 1 LF se dice que los partidos políticos «deberán dar cuenta públicamente de la procedencia de sus recursos». En la Constitución española existen disposiciones similares: en el artículo 9, 3 se dice: «La Constitución garantiza [...] la publicidad de las normas [...]»; en el artículo 20, 1. d se reconoce y protege el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». De acuerdo con el artículo 91, «El rey sancionará [...] las leyes aprobadas [...] y ordenará su inmediata publicación».

En su ya clásico libro sobre derecho constitucional alemán, Konrad Hesse afirma:

---

[2] Citado según Jorge R. Vanossi, «Enfoque jurídico de la corrupción en las Américas», en *Propuesta y Control* 23, Buenos Aires, 1992, págs. 2558-2572, 2569.

> «En estas formas de participación y conformación decisiva por parte del pueblo, la democracia vive de la *publicidad del proceso político*. Las elecciones y votaciones pueden cumplir la función que les corresponde sólo si el ciudadano está en condiciones de formarse un juicio sobre las cuestiones que hay que decidir [...] y si con respecto al desempeño de las funciones por parte de los dirigentes políticos sabe lo suficiente como para poder prestarles su aprobación o rechazarlos. La opinión pública presupone el conocimiento de las cuestiones públicas»[3].

Por ello, puede decir que las libertades otorgadas en el artículo 5, párrafo 1 LF son:

> «Elementos constitutivos del orden objetivo democrático y del Estado de derecho. Sin la libertad para expresar la opinión y sin la libertad de opinión [...] no puede surgir la opinión pública y no es posible la formación de la opinión política [...]»[4],

y

> «La contrapartida necesaria de la libertad de expresar la opinión es la libertad de información como fundamento de la formación de la opinión democrática [...] sólo el ciudadano informado está en condiciones de formarse un juicio propio y de colaborar en el proceso democrático en la forma querida por la Ley Fundamental»[5].

En el apéndice II de *La paz perpetua,* Kant subraya el carácter trascendental de la publicidad: sin ella «no habría justicia (que sólo puede ser pensada como *públicamente manifiesta*) ni habría tampoco derecho, que sólo se otorga desde la justicia». Y más concretamente:

> «Después de prescindir de todo lo empírico que contiene el concepto de derecho político y de gentes [...] se puede denominar fórmula *trascendental* del derecho público a la siguiente proposición:

---

[3] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8º edición, Karlsruhe: C. F. Müller 1975, págs. 62 ss.

[4] Ibídem, pág. 160.

[5] Ibídem, pág. 161.

> 'Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otras personas, cuyos principios no soportan ser publicados'.
>
> No hay que considerar a este principio como un mero principio ético (perteneciente a la doctrina de la virtud), sino que hay que considerarlo también como un principio *jurídico* (que afecta al derecho de los hombres). Un principio que no pueda manifestarse *en alta* voz sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por tanto, debería permanecer *secreto* para poder prosperar y al que no puedo *confesar públicamente* sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante sólo puede obtener esta universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible, *a priori,* por la injusticia con que amenaza a todos »[6].

El principio de publicidad se convierte en Kant, por razones conceptuales, en principio de legitimidad: por definición, sólo aquellas acciones y propósitos que pueden ser expresados abiertamente son legítimos[7].

También, según John Rawls, como lo ha subrayado Ruth Zimmerling[8], la condición de la publicidad es fundamental para justificar las reglas y las demás instituciones con la ayuda de un consenso hipotético. La idea de consenso presupone el conocimiento de aquello a lo que se consiente. Cuando se trata de un consenso hipotético, como el supuesto por las teorías contractualistas de orientación kantiana, la publicidad es condición necesaria del consenso justificante.

1. Por ello, en los Estados democráticos, toda violación y/o apartamiento de este principio tiene que ser justificado. Las Constituciones modernas suelen prescribir procedimientos especiales para el apartamiento del principio de publicidad. Así, por ejemplo, el artículo 42, párrafo 1 de la Ley Fundamental alemana establece: «Por moción de una décima parte de sus miembros o del Gobierno Federal podrá excluirse la presencia de público cuando así lo resuelva una mayoría de dos tercios. La votación de esa moción se hará en sesión no pública». En la Constitución española, según el artículo 80, «las

---

[6] Cfr. I. Kant, *La paz perpetua*, traducción de Joaquín Abellán, Madrid, 1985, págs. 61 ss.

[7] Con respecto a la vinculación entre publicidad y legitimidad en Kant, cfr. John Christian Laursen, «The Subversive Kant», en *Political Theory*, Vol. 14, núm. 4, noviembre, 1986, págs. 584-603.

[8] Cfr. Ruth Zimmerling, «Öffentliche Meinung, Öffentlichkeit und repräsentative Demokratie», en Werner Krawitz y Georg H. von Wright (comps.), [...].

sesiones plenarias serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento». El artículo 120 1 dispone que «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento». En este sentido, también el artículo 6 párrafo 1 de la Convención europea de derechos humanos dispone que el público puede ser excluido de una parte o de todo el proceso judicial cuando así lo requiera la protección de la vida privada.

2. En tanto principio, el de publicidad es una norma que exige un grado máximo de realización, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Utilizando la terminología propuesta por Robert Alexy[9], puede decirse que el principio de publicidad es un «mandato de optimización» caracterizado por el hecho de que puede ser satisfecho en grado diferente, según las circunstancias fácticas y las limitaciones jurídicas existentes. El artículo 42, párrafo 1 LF que se acaba de mencionar expresa una limitación al principio de publicidad a través de la regla de la mayoría de dos tercios.

3. Pero, el principio de publicidad puede estar restringido no sólo en virtud de la existencia de reglas limitantes, sino que también, al igual que todo principio, puede entrar en colisión con otros. Esto significa que su validez es sólo *prima facie.* A diferencia de lo que sucede en el caso de conflictos de reglas, la colisión de principios y el desplazamiento de uno de ellos no significa que el principio en cuestión pierda validez o quede excluido del sistema jurídico[10]. Ejemplos obvios de colisiones del principio de publicidad con otros son los de la colisión entre el principio de publicidad y el principio de respeto a la intimidad o al desarrollo de la personalidad.

4. Si se admite que, en tanto principio normativo, el de publicidad exige la «accesibilidad» a los actos de gobierno, puede decirse también que la publicidad es una propiedad disposicional del Estado de derecho democrático que se pone de manifiesto cada vez que quienes gozan del derecho de información hacen uso de este derecho.

Es interesante tener en cuenta que el cumplimiento entusiasta del mandato de optimización puede dificultar o hasta frustrar la puesta en práctica del principio de publicidad. Una avalancha de publicaciones puede entorpecer el acceso a la información.

---

[9] Cfr. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Francfort del Meno: Suhrkamp 1986, págs. 75 ss.

[10] Cfr. al respecto, Alexy, *op. cit*., págs. 78 ss.

A su vez, el principio de publicidad sirve de fundamento a la máxima según la cual el desconocimiento del derecho perjudica. Su conocimiento es, desde luego, una ficción: la del ciudadano informado. Cuando se trata de tomar decisiones legislativas, la ficción de la democracia representativa y el rechazo del mandato imperativo requieren, de hecho, sólo que los parlamentarios estén debidamente informados.

5. El mandato de accesibilidad se refiere no sólo a la publicación de las medidas legales, administrativas y judiciales, sino al acceso al procedimiento que precedió a la promulgación o dictado de estas medidas. Aulis Aarnio ha puesto de manifiesto la relevancia de la accesibilidad a las fuentes del derecho para la correcta interpretación de las normas jurídicas. Por ello, «la fuente de información puede ser llamada también fuente del derecho»[11].

En el caso de la representación parlamentaria, la publicidad de las discusiones y la exposición de los motivos que condicionan la aprobación de las leyes juegan un papel decisivo para el ejercicio del poder de control por parte de la oposición y del pueblo en general.

6. La «accesibilidad» del procedimiento legislativo y judicial es un elemento fundamental de la justificación de las decisiones si es que se acepta (como creo que es correcto) que toda justificación es un comportamiento dialógico.

En el ámbito del derecho penal, conviene recordar la relevancia de la publicidad del procedimiento penal establecida desde la Revolución Francesa y confirmada por el Código de Napoleón. Y en 1812, Johann Georg Scheffner consideraba que, junto con la humanidad y la popularidad, la publicidad era una de las características fundamentales del «pensamiento liberal»[12].

7. Del principio de «accesibilidad» se infiere el «derecho al acceso» (cfr. art. 5 párrafo 1 de la Ley Fundamental). Pero este derecho puede ser objeto de regulaciones que lo restrinjan a personas cualificadas. (Esto no es sorprendente si se piensa que todos los principios normativos valen *prima facie*).

8. Sin embargo, podría decirse que en un Estado de derecho democrático, todo ciudadano debe tener acceso a la información que

---

[11] Cfr. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company 1987, pág. 77.

[12] Cfr. Lucian Hölscher, «Öffentlichkeit», en *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, 1978, tomo 4, pág. 448.

le permita ejercer el derecho de control y participar como elector en el Gobierno. Dolf Sternberger ha acuñado para el acto electoral la plástica fórmula del «ciudadano como funcionario»[13].

9. Justamente porque la publicidad es un principio normativo puede servir como criterio para juzgar acerca de la calidad democrática de un sistema político: cuando está presente se habla de razón de derecho, cuando está ausente, de razón de Estado[14].

10. Sin embargo, si se tiene en cuenta la distinción entre accesibilidad a la información y ejercicio efectivo del derecho de acceso, es obvio que, cuando éste no es ejercido, la publicidad se mantiene como mera propiedad disposicional, latentemente, por así decirlo. Y ello no deja de tener una influencia decisiva en el funcionamiento real de la democracia y en las posibilidades de control de las medidas gubernamentales del sistema político.

II. Opinión pública

0. En 1865, poco antes de asumir la presidencia de los Estados Unidos, Abraham Lincoln afirmaba:

> «Nuestro Gobierno se basa en la opinión pública. Todo aquél que pueda cambiar la opinión pública, puede cambiar también el Gobierno, prácticamente en la misma medida. La opinión pública sobre cualquier tema tiene siempre una 'idea central', de la cual irradian todos sus pensamientos menores. Aquella 'idea central' en nuestra opinión pública fue al comienzo y ha seguido siendo hasta hace poco, 'la igualdad de los hombres'»[15].

1. Como concepto designa la manifestación de una actitud colectiva, no pocas veces difusa y de límites difíciles de precisar; es de naturaleza descriptiva y no normativa. A diferencia de la opinión individual, no es un acto intencional, sino más bien un estado de

---

[13] Cfr. Dolf Sternberg, *Herrschaft und Vereinbarung*, Francfort del Meno: Suhrkamp, 1986, pág. 122.

[14] Cfr. René Marcic, «Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie», en Horst Ehmke er al. (comps.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*. Francfort del Meno, 1969, págs. 267-292.

[15] Citado según James H. Rutherford, *The Moral Foundations of United States Constitutional Democracy*, Pittsburg: Dorrance Publishing Co. 1992, pág. 5.

cosas que, a su vez, puede ser objeto de evaluación por parte de cualquier opinión individual, sea ésta científica o no[16].

2. Cuando esta actitud está referida a los actos del Gobierno es de naturaleza eminentemente política. Como es sabido, la expresión *«public esteem»,* como manifestación de la crítica de la sociedad burguesa, jugó un papel decisivo en los escritos de Locke referidos a la Revolución de 1688.

3. La actitud puede ser de aprobación o crítica de los actos gubernamentales o de manifestación de deseos. En su *Essay Concerning Human Understanding,* decía John Locke:

> «Pues cuando los hombres se unen en sociedades políticas renuncian públicamente a disponer de toda su fuerza, de forma tal que ya no pueden utilizarla en contra de ningún conciudadano fuera de los casos que establece la ley del país; sin embargo, pueden conservar el poder de pensar bien o mal, aprobar o desaprobar las acciones de aquéllos entre quienes viven y con quienes dialogan; y por esta aprobación y rechazo establecen entre ellos aquello que llamarán virtud y vicio»[17].

4. El tipo de sistema político (democrático o totalitario, por ejemplo) condiciona las formas como se expresa la opinión pública.

5. En los Estados democráticos de derecho, se garantiza constitucionalmente la libertad de expresión de la opinión pública, una de cuyas formas fundamentales es el acto electoral. Pero, al igual que ocurre con la publicidad, una cosa es el principio de la libertad de expresión de la opinión pública y otra su ejercicio efectivo. Las limitaciones suelen ser aquí de tipo más fáctico que jurídico, como lo demuestran los ejemplos vinculados con la desobediencia civil.

6. De lo hasta aquí dicho, podría inferirse que el concepto de opinión pública:

a) Designa un fenómeno social de fácil identificación.

---

[16] Con respecto a la diferencia entre opinión individual y opinión pública, cfr. José Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*, Madrid: Alianza 1981, tomo 3, pág. 2438.

[17] Cfr. John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, Londres: J. M. Dent & Sons 1961, 2 vols., Vol. 1, Book II, XXVIII, pág. 297.

b) Que la opinión pública (cuando ella es identificada) juega un papel inequívoco de control de las medidas de Gobierno.

Creo que ambas conclusiones son falsas.

7. Ruth Zimmerling[18] ha expuesto con toda precisión las perplejidades que puede provocar la creencia en la existencia de la opinión pública y subrayado el carácter ambiguo de esta expresión. Como diría Karl Popper[19], estamos aquí frente a una «entidad intangible y vaga». Precisamente esta vaguedad es la que quizá confiere atractividad al concepto de la opinión pública. Sin embargo, ella no deja de ser peligrosa:

> «La opinión pública (sea lo que sea) es muy poderosa. Puede cambiar gobiernos, también los democráticos. Los liberales deben considerar con alguna dosis de desconfianza este tipo de poder. Debido a su anonimidad, la opinión pública es una forma irresponsable de poder y, por consiguiente, particularmente peligrosa desde el punto de vista liberal»[20].

Si se aceptan estas consideraciones, puede inferirse que en el caso de la opinión pública no se trata tanto de una identificación de un fenómeno social cuanto de una imputación de un rango especial a una opinión determinada.

Cuando la opinión pública es considerada como la expresión de la opinión de una sociedad en su conjunto, se la convierte también en una especie de mito político al que puede recurrirse como justificación de las medidas que adoptan quienes la invocan. Ya Ferdinand Tönnies había señalado a comienzos de los años veinte que:

> «[...] la opinión pública (aparece) por así decirlo como un ser pensante y como un poder unitario; a menudo es alabada como un ser pensante y casi como un ser mítico [...]»[21].

Pero, aun suponiendo que tal no sea el caso, podría pensarse que, como consecuencia del principio de publicidad, en los Estados democráticos los ciudadanos están bien informados y, por tanto, su

---

[18] Cfr. *op. cit.*

[19] Cfr. Karl Popper, «Public Opinion and Liberal Principles» en el del mismo autor, *Conjectures and Refutations*, 2ª edición, Londres: Routlege & Kegan Paul 1965, págs. 347 ss., aquí 354.

[20] Ibídem, pág. 349.

[21] Cfr. Ferdinand Tönnies, *Kritik der öffentlichen Meinung*. Berlin: Julius Springer 1992, pág. 134.

opinión proporciona un buen criterio para evaluar los actos del Gobierno. Desgraciadamente el asunto no es tan claro. Para comprender por qué ello es así, conviene recordar la evolución histórica de lo «público» y sus vinculaciones con la publicidad y la opinión pública.

El ideal ilustrado de la publicidad se basaba en la concepción de que una ciudadanía informada y razonante podía servir de freno y de instancia de revisión a las decisiones del monarca. De lo que se trataba era de propiciar la discusión pública.

El concepto de lo «público» tiene su origen en la Europa moderna en instituciones burguesas tales como los conciertos públicos, el teatro y las revistas morales y críticas en las que una burguesía culta entraba en comunicación recíproca. En el siglo XVIII, el desarrollo de un periodismo crítico contribuyó a aumentar la autoconciencia de la burguesía. La función de los periódicos era expresar las ideas a las que llegaba esta burguesía por su propia reflexión. A través del editor del periódico hablaba el propio público, como sostenía Gottsched en 1725. Desaparece poco a poco la idea de súbdito para ser sustituida por la concepción de una sociedad burguesa que ya no se comporta pasivamente como destinataria de las medidas del monarca, sino que activamente adopta una actitud crítica a través del intercambio de opiniones. El periódico se convierte en una especie de tribunal en el que el lector se juzga a sí mismo por lo que respecta a sus vicios y virtudes.

En los últimos cien años, la prensa ha experimentado un cambio radical en el sentido de que, en vez de ser un instrumento al servicio de un público razonante frente a las intervenciones del poder estatal, se ha transformado en un medio de presión que responde a intereses privados que ocultan sus intenciones comerciales bajo el manto del interés público[22].

En la actualidad, no es posible afirmar sin más que se cumpla el ideal ilustrado de una opinión pública esclarecida. Se ha producido una especie de «refeudalización» de la opinión ciudadana, para utilizar la expresión de Habermas:

> «Otrora la publicidad tenía que ser impuesta en contra de la política secreta de los monarcas: procuraba que la persona o las cosas fueran sometidas al razonamiento público y que las decisiones políticas fueran revisables ante la instancia de la opinión pública. Hoy, la publicidad, al revés, se impone con la ayuda de una política secreta de los interesados: confiere a una persona o

[22] Cfr. Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Francfort: Suhrkamp, 1990, pág. 289.

cosas prestigio público y, de esta manera, en un clima de una opinión no pública, las vuelve susceptibles de aclamación»[23].

Al fenómeno de la refeudalización de la opinión pública o de la «colonización del mundo de la vida», se agrega otro hecho que merece ser tenido en cuenta. Si se supone que lo que interesa para un control efectivo de los actos del Gobierno es que los ciudadanos adopten una actitud racional por lo que respecta a su comportamiento en sociedad, entonces no cuesta mucho inferir que si son racionales, en sociedades complejas como las modernas, preferirán reducir su información al máximo. En efecto:

Toda obtención de información implica costos, inversiones de tiempo y de esfuerzo cuya ganancia es incierta. A los costos de información se suman las dificultades de comprensión de la información obtenida. Aulis Aarnio se ha referido a la creciente complicación del sistema jurídico y al enorme poder de los expertos en la administración del Estado. Esto ha traído como consecuencia un distanciamiento de los ciudadanos con respecto a la actividad gubernamental:

> «A pesar de que el nivel general de conocimiento ha aumentado esencialmente, el nivel de pericia técnica requerido por la administración ha aumentado más rápidamente aún. Ni siquiera una persona culta puede evaluar siempre las producciones de la administración o los resultados de la producción. Esto conduce fácilmente al hecho de que en la sociedad las actividades administrativas tienen que ser aceptadas sólo porque están de acuerdo con las reglas jurídicas que formalmente guían las actividades administrativas.
>
> Este sistema no permite a los ciudadanos evaluar con argumentos fácticos los contenidos de las decisiones, aun cuando hayan aumentado las facilidades generales para que la gente pueda tomar parte de las decisiones que afectan a sus intereses»[24].

Sobre todo Anthony Downs, en un libro ya clásico[25], ha puesto de manifiesto el conflicto prácticamente inevitable entre racionalidad e información. Conviene recordar algunas de sus tesis:

> i) «En toda sociedad altamente especializada, muchas áreas de decisión plantean problemas literalmente incomprensibles

---

[23] Cfr. ibídem, págs. 299 ss.

[24] Cfr. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid 1991: Centro de Estudios Constitucionales, págs. 37 ss.

[25] Cfr. Anthony Downs, *The Economic Theory of Democracy*, Nueva York, 1957.

para quienes no son expertos. Sin embargo, los no expertos a menudo tienen que tener opiniones con respecto a la aptitud de las políticas seguidas en estas áreas a fin de hacer elecciones políticas importantes»[26].

ii) «En toda sociedad que contenga incertidumbre y división del trabajo, las personas no estarán igualmente informadas, sin que importe cuán iguales sean en otros respectos»[27].

iii) «Ninguna información que la persona recibe es totalmente gratuita. El mero acto de percibirla toma tiempo; y si la asimila o piensa acerca de ella, estos actos toman más tiempo. A menos que el costo de oportunidad de este tiempo sea cero, lo que es improbable, tiene que sacrificar un recurso escaso para obtener información. Este sacrificio es un costo no transferible[28].

iv) Si el ciudadano no quiere sucumbir bajo la avalancha de información, tiene que recurrir a información filtrada. Y quienes filtran la información son los recolectores profesionales de datos, los grupos de intereses, los partidos políticos y el propio Gobierno. Sólo si tiene un contacto superficial con el Gobierno, el ciudadano puede salvarse de perecer bajo la avalancha de datos. Pero el contacto superficial puede hacer que no tome en cuenta datos menos publicitados, pero importantes[29].

v) «Todo concepto de democracia basado en un electorado de ciudadanos igualmente informados es irracional, es decir, presupone que los ciudadanos se comportan irracionalmente»[30].

vi) El principio de igualdad -que se supone es el núcleo de la democracia- queda fatalmente afectado: sólo las personas que posean tiempo suficiente (es decir, también recursos materiales suficientes) podrán estar medianamente informadas; pero, aun cuando todas las personas recibieran el mismo

[26] *Op. cit.*, pág. 230 ss.

[27] Ibídem, pág. 221.

[28] Ibídem, pág. 222.

[29] Ibídem, pág. 227.

[30] Ibídem, pág. 236.

cuantum de información no todas podrían utilizarla con la misma eficacia, dada la dificultad de su comprensión y las diferentes aptitudes de los ciudadanos[31].

La legislación recibe, pues, una aprobación pasiva basada únicamente en la confianza en el sistema. Se llega así a lo que Luhmann llama «legitimación por el procedimiento». Cuán fatales pueden ser las consecuencias de esta actitud para la legitimidad del sistema político lo he expuesto en otro trabajo y no he de entrar aquí a considerarlas[32]. Ahora me interesa tan sólo subrayar que si se admite que todo ser racional tiende a minimizar sus esfuerzos, no habrá de invertirlos en el intento de comprensión de medidas con respecto a las cuales sabe de antemano que para comprenderlas necesitaría una preparación especial. Por tanto, renuncia a este esfuerzo y prefiere no informarse. Adopta así una actitud diametralmente opuesta a la del ideal ilustrado.

8. Esto trae como consecuencia que los dirigentes políticos (también racionales) simplifiquen la información. Con razón observa el conde Peter Kielmansegg:

> «La lucha competitiva por la aceptación (de los electores) provoca en los políticos la tentación de adoptar, al menos en la discusión política pública, un nivel muy bajo de racionalidad (y esto significa también no pocas veces buscar las propuestas de solución a este nivel), mientras que la constelación de problemas se vuelve más bien cada vez más complicada, es decir, debería ser considerada en un alto nivel de racionalidad»[33].

Este descenso de racionalidad suele manifestarse en la formulación de ideologías, cuyos costos de acceso son ínfimos.

9. Esta ideologización facilita, desde luego, la manipulación de los ciudadanos. Jürgen Habermas ha llamado a este fenómeno «colonización» del «mundo de la vida (*Lebenswelt*)» por el sistema (económico).

---

[31] Cfr. ibídem, *loc. cit.*

[32] Cfr. «El problema de la legitimidad en Niklas Luhmann», en Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1993, págs. 509-517.

[33] Cfr. Peter Graf Kielmansegg, «Demokratieprinzip und Regierbarkeit», en Wilhelm Hennis *et al.* (comps.), *Regierbarkeit. Studien zu ihrer Problematisierung*. Stuttgart: Klett-Cotta 1977, págs. 118-133, pág. 129.

10. La colonización del «mundo de la vida» equivale a reimplantar una suerte de «inmadurez» que se manifiesta en la reducción del espíritu crítico de la opinión pública. Esta deja de estar en condiciones de ejercer su función de control y de poder participar efectivamente en la conformación del orden social. Si la función de control o *principio de control* como lo llamara Kelsen, es considerada como elemento esencial del sistema democrático[34], no es difícil inferir que esta situación pone en peligro la legitimidad del sistema democrático. Dicho con otras palabras, se produce una especie de «inmunización del Estado frente a la crítica, las fundamentaciones se vuelven superfluas y el control, imposible»[35].

Si se recuerdan las frases de Hesse mencionadas al comienzo y se toman en cuenta las observaciones de Downs, puede concluirse que el ciudadano actual no está en condiciones de cumplir, por ejemplo, las funciones que le atribuye la Ley Fundamental alemana. Y hasta podría valer este veredicto:

> «Cada uno de nosotros, también el político profesional, no tiene ninguna otra posibilidad que la de comportarse apáticamente frente a la mayoría de las decisiones políticas traspasando su responsabilidad a los otros »[36].

Esta frase de Fritz Scharpf es instructiva e inquietante: si cada cual (también el político profesional, es decir, el representante parlamentario) traspasa la responsabilidad al otro y así sucesivamente, cabe preguntarse ¿quién decide? El fenómeno generalizado del desencanto político en las democracias occidentales tiene no poco que ver con este traspaso apático de responsabilidades.

III. Opinión de la mayoría

1. Se trata también de un concepto descriptivo; pero el hecho que designa tiene límites precisos y puede sin dificultad ser expresado con exactitud aritmética.

---

[34] Cfr. René Marcic, «Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie», *cit*., pág. 290.

[35] Cfr. Hans Herbert von Arnim, *Demokratie ohne Volk*, Munich: Knaur, 1993, pág. 357.

[36] Cfr. Fritz Scharpf, «Demokratie als Partizipation», en Frank Grube y Gerhard Richter (comps.), *Demokratietheorien*, Hamburgo: Hoffmann und Campe, 1975, págs. 169-175, pág. 171.

2. El hecho designado está referido a una decisión gubernamental pasada o futura. Cuando se trata de decisiones pasadas, suele ser el criterio más seguro para verificar el rechazo o aceptación de una medida gubernamental.

3. Pero la opinión de la mayoría tomada sin más puede convertir a la democracia en una «casualidad de la aritmética», como temía Kelsen[37] o en una «superstición basada en la estadística» como sostenía Borges con escéptica ironía[38].

4. Por ello, tiene razón Robert A. Dahl cuando afirma:

> «El principio según el cual cualquier grupo más numeroso tiene derecho a dominar a cualquier otro grupo menos numeroso no es deducible [...] de las ideas democráticas o de ningún principio moralmente razonable»[39].

5. Por ello, también en los Estados democráticos de derecho, la opinión de la mayoría está sujeta a la limitación del respeto a la opinión de la minoría. Se suele hablar entonces del «principio de la mayoría», para distinguirlo del «dominio de la mayoría»[40].

6. Esta distinción entre principio de la mayoría y dominio de la mayoría es relevante por lo que respecta al problema de la legitimación y legitimidad de los sistemas políticos. Precisamente porque la opinión de la mayoría se mueve en el ámbito del ser, no puede sin más servir de fundamento justificatorio de las decisiones del Gobierno. Aun en el caso extremo en el que la opinión de la mayoría se convierte en la opinión de todos, de aquí no puede inferirse la corrección de lo sostenido por el consenso fáctico. La mayoría o la totalidad de una sociedad puede aprobar las más aberrantes disposiciones.

7. El concepto de legitimidad, entendido como coincidencia de los principios y reglas de un sistema político con los principios y reglas de la ética, requiere algo más que la opinión de la mayoría y puede, en algunos casos, hasta contradecirla.

---

[37] Cfr. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1929, pág. 55.

[38] Cfr. Blas Matamoro (comp.), *Diccionario privado de Jorge Luis Borges*, Madrid: Altalena, 1979, pág. 82.

[39] Cfr. Robert A. Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy, Autonomy vs. Control*, New Haven/Londres: Yale University Press, 1982, pág. 87.

[40] Cfr. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., págs. 53 ss.

8. Si se acepta la idea de un «coto vedado» a la decisión parlamentaria como condición necesaria para el cabal funcionamiento de una democracia parlamentaria, la opinión de la mayoría puede referirse sólo a la satisfacción de los deseos secundarios de los ciudadanos.

9. Esto significa que la opinión de la mayoría es relevante en el ámbito de la negociación y el compromiso. Por ello, la opinión mayoritaria no puede nunca ser expresión de «verdades políticas», como suponía Carl Schmitt.

10. La opinión de la mayoría puede ser falsificada: basta tan sólo con alterar el resultado del cómputo de votos. Es el caso del fraude electoral.

IV. Relación entre publicidad, opinión pública y opinión de la mayoría

1. No existe ninguna relación necesaria entre publicidad y opinión pública. Esta última existe aunque no exista publicidad. Nadie negaría que en sistemas como los de Stalin o Videla había una opinión pública, pero nadie afirmaría que en estos regímenes se practicaba el principio de publicidad.

2. Tampoco existe relación necesaria entre publicidad y opinión de la mayoría. No es aventurado afirmar que la opinión de la mayoría era contraria a Videla.

3. Cuando se habla de la «opinión pública dominante», se establece una relación necesaria (conceptual) entre opinión pública y opinión de la mayoría.

Esta opinión pública dominante y su tiranía es la que tenía John Stuart Mill, ya que:

> El término medio de la humanidad no sólo es limitado en el intelecto, sino también en sus inclinaciones: no tienen gustos o deseos lo suficientemente fuertes como para inclinarlos a que hagan algo insólito y consecuentemente no entienden a aquéllos que los tienen [...]»[41].

En las latitudes rioplatenses, a comienzos de este siglo, José

[41] Cfr. José Enrique Rodó, *Ariel*, México: Porrúa, 1979, pág. 27.

Enrique Rodó, tenía los mismos temores cuando se refería al odio de lo extraordinario y a la «falange de Prudhommes feroces»:

> «Ellos llamarán al dogmatismo del sentido vulgar, sabiduría; gravedad, a la mezquina aridez del corazón; criterio sano a la adaptación perfecta a lo mediocre [...]»[42].

Esta era la «mediocridad colectiva» de Mill. Sólo que Mill consideraba, con razón que:

> «En ninguna parte (excepto en algunas instituciones monásticas) se deja de reconocer la diversidad de gustos; a cualquier persona puede gustarle o no, sin ser por ello reprochada, remar, *fumar*, practicar música o ejercicios físicos, jugar al ajedrez o a las cartas o estudiar, porque tanto aquellos a quienes les gustan estas cosas como aquellos a quienes les disgusten son demasiado numerosos como para ser sometidos»[43].

[Como fumador que suele sufrir la tiranía de la mayoría no fumadora y por considerar que no es bueno imponer «instituciones monásticas» al todo de la sociedad, so pena de caer en un perfeccionismo antiliberal, no he podido contener la tentación de invocar en mi defensa las sabias reflexiones de Mill.]

4. El objetivo de la manipulación de la opinión pública es lograr la aprobación concreta que se manifiesta en la opinión de la mayoría. Es decir, convertir una opinión pública difusa en una opinión de una mayoría bien determinada, como afirmaría Ruth Zimmerling.

5. Por ello, una manipulación exitosa de la opinión pública vuelve innecesario para el «sistema» (Habermas) falsificar la opinión de la mayoría.

Manipular es una acción cuyo éxito o fracaso se mide por el resultado alcanzado en la actitud del (o de los) destinatario(s). En este sentido, pertenece a la misma familia de acciones tales como persuadir, convencer, ofender. Calificar a una acción de manipulación es emitir un juicio negativo; por ello, el juicio (valorativo) de manipulación no es formulado nunca por quien manipula sino por el (los) destinatario(s) o por un observador. Quien manipula dirá siempre que forma pero no deforma la opinión pública.

---

[42] Cfr. José Enrique Rodó, *Ariel*, México: Porrúa, 1979, pág. 27.

[43] Cfr. John Stuart Mill, *op. cit*., pág. 262, subrayado de E. G. V.

Si ello es así, para el observador la manipulación es una forma degenerada de formación de la opinión pública.

6. Se logra entonces una situación que es justo lo opuesto a lo que se proponían los partidarios de la democracia representativa:

i) se mantiene en el texto constitucional el principio de publicidad; pero,

ii) la conjunción de los factores de racionalidad de los ciudadanos (minimizar costos) y de la persecución coherente de los intereses del «sistema» traen como consecuencia que

iii) la opinión pública manipulada se manifieste en una opinión de la mayoría que aprueba los objetivos del sistema.

7. El grado de manipulación de la opinión pública es inversamente proporcional a la importancia de los intereses públicos percibidos que están en juego. A medida que esta última aumenta se vuelve más difícil la manipulación.

8. Pero, dificultad no significa imposibilidad. Es concebible la manipulación de una sociedad hasta un punto tal en que descuide la atención de sus intereses primarios. La historia presenta no pocos ejemplos de casos de manipulación ideológica o religiosa en los que voluntariamente se renunciaba a la atención de las necesidades más básicas y elementales.

9. Manipulación o fraude parecen ser las dos vías alternativas que puede elegir el sistema dominante, según las características de la respectiva sociedad, cuando desea ignorar los «auténticos» deseos de los ciudadanos.

10. Una democracia representativa debe asegurar el acceso efectivo a la información exigida por el principio de publicidad a fin de que de esta manera, sin manipulación y sin fraude, la opinión de la mayoría pueda negociar con la minoría la imposición de sus deseos secundarios. El resultado de esta negociación es lo que podría llamarse la «opinión pública dominante» sobre el tema objeto de discusión.

* * *

Jorge Luis Borges afirmó alguna vez:

> «Me parece raro que se permita a todo el mundo opinar sobre política. Se supone que cualquier changador de la

> esquina o cualquier analfabeto puede discurrir sobre política. Sin embargo, no se supone que tenga opiniones muy inteligentes sobre la teoría de los conjuntos o el cálculo infinitesimal»[44].

Dejando de lado el dejo de soberbia intelectual (o clasista) que encierra esta frase, ella contiene mucho de verdad: cuando las decisiones políticas presuponen un conocimiento similar al de la teoría de los conjuntos, es obvio que la inmensa mayoría de los ciudadanos nos convertimos en analfabetos. Y este analfabetismo político no puede ser superado manteniendo tan sólo el principio de publicidad. Si, por otra parte, la democracia ha de estar basada en la participación responsable de cada ciudadano, el gran desafío con el que se ven enfrentadas las democracias liberales es el de la reconciliación de la igualdad política con la deliberación. Utilizando una fórmula de James S. Fishkin podría decirse:

> «Parece que estamos obligados a elegir entre masas políticamente iguales, pero relativamente incompetentes y élites políticamente desiguales, pero relativamente más competentes»[45].

Como la democracia aspira a la participación activa, también de los maleteros (o «changadores» si se prefiere el argentinismo), la solución de este dilema es fundamental si se quiere restablecer la relación adecuada entre los principios democráticamente irrenunciables de la publicidad y de la formación responsable de la voluntad política expresada a través del gobierno de la mayoría.

---

[44] Cfr. Blas Matamoro, *loc. cit.*

[45] Cfr. James S. Fishkin, *Democracy and Deliberations*, New Haven/Londres: Yale University Press 1991, págs. 1 ss.

EL MITO DE LA OPINIÓN PUBLICA

0. Introducción

Uno de los ingredientes básicos e imprescindibles de la democracia pluralista y representativa es el principio de publicidad. Mientras que esta constatación ya es prácticamente incontrovertida, no lo son sus implicaciones teóricas y prácticas. Por ejemplo, en las constituciones democráticas y en los comentarios sobre ellas, se le suele atribuir a la «publicidad» una especie de «hermana siamesa» conceptual. Esta hermana se llama «opinión pública», y ella es lo que me propongo examinar algo más de cerca en lo que sigue.

La íntima relación de parentesco entre los dos conceptos se hace especialmente patente en alemán donde la misma palabra *Öffentlichkeit* a menudo se emplea -con cierta dosis de «obscuridad germánica», como diría Michael Sandel- para significar a la vez «publicidad» y algo que sería traducible quizá como «sujeto, o portador, de la opinión pública». Pero también en los mundos más lúcidos románico y anglosajón, las nociones de publicidad y opinión pública se consideran como estrechamente vinculados. Para constatar esto, basta leer los trabajos de Javier de Lucas sobre el principio de publicidad, con abundancia de citas en este sentido, y donde, por ejemplo, el autor dice que

> «... la crisis de las instituciones en las que se asienta la democracia representativa hace que hoy se vuelva la mirada hacia *esos otros ámbitos del principio de publicidad, singularmente a la opinión pública*.[1]»

[1] Javier de Lucas, *Democracia y transparencia* (sobre poder, secreto y publicidad), en Anuario de Filosofía del Derecho 1990, pág. 135 (subrayado de R. Z.).

La idea subyacente a todo ello parece ser que para el funcionamiento adecuado de la democracia representativa, es imprescindible la opinión pública, y que para que ésta se pueda formar, es necesaria la publicidad. Así se puede interpretar, por ejemplo, al constitucionalista alemán, Konrad Hesse cuando dice, en un comentario ya clásico, que la «conformación inmediata de la voluntad política del pueblo», por cierto, se lleva a cabo a través de elecciones y votaciones, pero también a través de la «conformación de una opinión pública» y la «preformación de la voluntad política», y que

> «[en]n estas formas de participación y conformación determinante por el pueblo, la democracia vive de la *publicidad del proceso político*... Una opinión pública presupone la posibilidad de enterarse de los estados de cosas públicos»[2].

Por otra parte, no sólo en textos legales y comentarios constitucionalistas se habla de la opinión pública; todos sabemos por experiencia cotidiana que, sobre todo en los medios de comunicación, periodistas y políticos se sirven generosamente de este concepto. Por lo general, tales referencias a la opinión pública tienen por objeto caracterizar determinadas decisiones o acciones políticas como oportunas o inoportunas, legales o ilegales, y hasta legítimas o ilegítimas; es decir, sirven de argumento para juicios acerca de la calidad *instrumental*, la calidad *jurídica* o la calidad *ética* del actuar político.

Sobre todo en la democracia representativa, pues, la existencia o inexistencia de una «opinión pública» favorable parece valer como criterio importante para la evaluación de las actividades del poder público. Sin embargo, cuando una trata de analizar en qué medida nos encontramos aquí frente a un factor realmente relevante, sea para el *funcionamiento*, sea para la *justificación* de un sistema democrático, tropieza con el obstáculo de siempre: aunque todo el mundo habla de la opinión pública como si fuera un concepto totalmente claro, visto más de cerca, la presunta claridad se esfuma en las nubes.

Para poder saber cuál es la función de la opinión pública en un sistema democrático-representativo, tenemos que aclarar, pues, en primer lugar, el significado del concepto[3]. Con las siguientes observaciones

---

[2] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8.ª ed., Karlsruhe 1975, págs. 62 ss.

[3] Creo que se puede aplicar a este concepto lo que Charles R. Beitz, *Political Equality. An Essay in Democratic Theory,* Princeton, 1989, pág. 3, dijo con respecto al concepto de la «igualdad política»: «... though we are sure the ideal means something, it is difficult to say what; and though we are sure we accept it, it is difficult to say why».

conceptuales, me propongo mostrar, luego, que la utilidad teórica del concepto de opinión pública es -en el mejor de los casos- muy reducida.

1. Consideraciones conceptuales

Cuando uno reflexiona acerca del posible significado de la expresión «opinión pública», surgen casi necesariamente dos preguntas: *a)* ¿Qué es lo que convierte a una opinión en opinión *pública*? Y *b)* ¿de la opinión de *quién* se trata cuando se habla de la opinión pública?

Para la respuesta de la primera pregunta, hay dos posibilidades: una opinión podría ser considerada como «pública» cuando ha sido expresada o discutida «públicamente», «en público»; o cuando es la opinión de un sujeto llamado «público». Entonces, para saber qué quiere decir «opinión pública» habría que llegar a una decisión con respecto a estas alternativas.

Pero, cuando una se ocupa de la segunda pregunta, constata con sorpresa que para la determinación de aquello que puede querer decirse con «opinión pública», la respuesta a la primera pregunta está, en cierto sentido, determinada de antemano. Ello es así porque la expresión «opinión pública» casi siempre suele ir precedida del artículo definido y no de uno indefinido: en general, no se habla de *una* sino de la opinión pública. Esto implica que, en cada contexto espacio-temporal, puede haber *cuando más una sola* opinión pública. Pero la existencia de una «opinión» requiere la existencia de un *sujeto* que sustente esta opinión; y la única indicación de la naturaleza de este sujeto de «la opinión pública» reside justamente en el adjetivo «pública». Por ello, «la opinión pública» efectivamente no puede significar otra cosa que «la opinión del público», donde este «público» debe concebirse como un sujeto capaz de tener opiniones con respecto a los temas más diversos.

Por otra parte, de esta «opinión pública» hay que exigir, además, que sea, en tanto tal, reconocible, aprehensible; porque, en caso contrario, difícilmente podría recurrirse a ella para la toma o crítica de decisiones políticas[4]. Esto, a su vez, significa que «la opinión pública» efectivamente tiene que ser «publicada», dada a conocer públicamente.

---

[4] Cf. Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure,* ed. revisada y ampliada, Glencoe, 1957, pág. 353: «In all this, the variable of visibility is an indispensable... component... For the attitudes, opinions, sentiments, and expectations of organized groups and of unorganized masses presumable constitute a social frame of reference for action by authoritative persons only as these are known, or are thought to be known, by these persons. In short, it is public opinion as observed and not public opinion as it might in fact be, which variously affects... the decisions of authorities».

Así, cuando se habla de «la opinión pública», implícitamente se alude a ambas alternativas a la vez, es decir, a una opinión expresada «en público» y la opinión de un sujeto llamado «público»[5].

Con esto, obviamente, todavía no hemos avanzado mucho hacia un significado interesante, es decir, teóricamente relevante, del concepto de «opinión pública». Una democracia abierta, pluralista y representativa está caracterizada justamente por el hecho de que en ella existen, con respecto a todas las cuestiones políticas, *opiniones diferentes* de una multitud de sujetos o actores, individuales y colectivos, que, además, son sostenidas «públicamente». Por lo tanto, parecería más plausible hablar de «opiniones públicas», en plural[6]. Surge entonces el problema de saber en virtud de *qué criterios* puede obtenerse «la opinión pública» del conjunto de estas diferentes opiniones expresadas públicamente. Creo que al respecto existen básicamente dos posibilidades[7].

Por lo demás, este pasaje indica que para Merton, «opinión pública» se compone de las opiniones, posiblemente diferentes, de diferentes grupos de personas, es decir, que tiende a una interpretación en el sentido de un «espectro de opiniones» (ver *infra*).

[5] Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1962), Francfort d. M. 1990, cap. VII, ofrece un panorama histórico de la diversas concepciones de la opinión pública. Habermas reconoce el problema conceptual (pág. 353), pero prescinde de un análisis consecuente.

[6] De las *opinions publiques* -recíprocamente incompatibles- en el sentido de diferentes opiniones compartidas cada una por grupos de la población más o menos extensos habló, por ejemplo, Leibniz: cf. Lucian Hölscher, *Art. Öffentlichkeit,* en Otto Brunner et al. (comps.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, vol. 4, Stuttgart, 1978, págs. 413-467, aquí pág. 448, esp. nota. 188. Cf. también para un uso similar del lenguaje Theodor Geiger, *Ideologie und Wahrheit,* Stuttgart y Viena, 1953, pág. 61, quien habla de las «opiniones públicas de los diversos estratos de la misma sociedad».

[7] Ferdinand Tönnies, *Kritik der öffentlichen Meinung,* Berlín, 1992, págs. 129 ss., distingue también «'una' opinión pública» en tanto «opinión esencialmente unánime, o considerada como tal, de algún círculo, el juicio unánime de una totalidad», es decir, «la opinión y el juicio de muchos, hasta de una mayoría, por ello... el de una totalidad, de un círculo, de una unidad interrelacionada en tanto comunidad o sociedad», de «la opinión pública» en tanto «totalidad externa de múltiples opiniones contrapuestas que se hacen oír públicamente», es decir, «en tanto totalidad de la vida reflexiva aprehendible de una unidad...; casi como la unidad de un receptáculo en el que se encuentran mezclados elementos de diverso tipo». Además, según él, existe también «'la' Opinión Pública en tanto fuerza y poder con efecto uniforme» para la cual «el sujeto es una totalidad esencialmente, sobre todo políticamente, interrelacionada que se ha puesto de acuerdo de opinar y juzgar de tal manera y que justamente por ello pertenece casi automáticamente a lo público, a la vida pública» (*op. cit*. pág. 131). En algunos aspectos, esta distinción parece similar a la que sigue.

1.1. La opinión pública como opinión «dominante»

Una posibilidad consiste en calificar, de entre las diferentes opiniones que existen o han sido expresadas con respecto a un determinado tema, una y sólo una de ellas como «la opinión pública». Evidentemente, cuál opinión es la que de esta manera es seleccionada depende del criterio que se presuponga.

Si se parte del hecho de que con respecto a un determinado tema las opiniones pueden ser identificadas según su *sujeto o* según su *objeto,* es decir, según *quién* las sustente o *qué* es lo que afirman, están dado con ello también los dos tipos lógicamente posibles de los criterios de selección.

1. Parece obvio que no tiene sentido referir la calificación de una opinión como «opinión pública» a su *contenido:* entre éste y el carácter público de una opinión difícilmente puede establecerse una relación conceptual. Dicho de otra manera: si de entre diferentes opiniones sostenidas públicamente fuera seleccionada una en virtud de su contenido concreto, entonces lo específico de ella obviamente no sería su carácter público -que tendría en común con otras opiniones-, sino algo diferente que tendría que expresarse también en la designación de la opinión seleccionada.

Por lo demás, afirmaciones tales como «La opinión pública con respecto a *x* ha cambiado» indican que por lo menos el uso ordinario del lenguaje no parte de una definición según el contenido. Cualquiera entiende una definición según el contenido. Cualquiera entiende una afirmación de este tipo como un enunciado acerca de un *cambio en el contenido* de la opinión pública, algo que excluye toda concepción centrada en el contenido.

2. Queda, pues, sólo la posibilidad de que el criterio de selección sea referido al sujeto, es decir, al o a los *portadores* de la opinión. Aquí pueden distinguirse nuevamente dos casos posibles. Porque como criterios podría pensarse en

i) la *cualidad* o

ii) la cantidad.

de quienes sostienen la opinión (cualquiera que sea su contenido). Es decir, la opinión pública en este sentido sería aquella opinión que «domina» el espectro de opinión sostenido porque o bien *i)* es sostenida por personas (cualquiera que sea su número) de *determinadas características, o* bien lo es *ii)* por una «masa crítica» (cualesquiera que sean las personas que la integren), es decir -para el contexto democrático, que es el único aquí interesa- por *una mayoría*[8].

---

[8] En este sentido, suele hablarse de la opinión «dominante». Aquí conviene recordar la constatación de Habermas (cit. en nota 5, pág. 44) con respecto a la expresión

Parece que con esto se agotan los tipos de criterios lógicamente posibles y sistemáticamente con sentido para la definición del concepto «opinión pública» como una única opinión seleccionada. Más adelante habrá de examinarse si las dos definiciones posibles que de aquí resultan -o al menos una de ellas- conducen a un concepto de «opinión pública» que puede ser relevante para la toma de decisiones políticas o para su crítica en una democracia representativa.

1.2. La opinión pública como «espectro de opiniones»

Pero veamos, por lo pronto, otra posibilidad de entender «opinión pública». Ella puede explicarse muy fácilmente con el uso de la expresión en el lenguaje ordinario: enunciados tales como «En la República Federal de Alemania, la opinión pública está *dividida* con respecto a la cuestión del asilo político (o de las disposiciones sobre el aborto)» son bien frecuentes. En un caso concreto, siempre puede haber dudas acerca de la *verdad* de tales enunciados; pero, nadie diría que este tipo de enunciados son incomprensibles o carecen de sentido. Y, sin embargo, lo serían si se quisiera mantener la definición de «opinión pública» en el sentido de *una única opinión* -cualquiera que sea el criterio utilizado para seleccionarla- ya que en ese caso la opinión pública sería indivisible *per definitionem.*

El hecho de que, a pesar de ello, uno pueda entender sin mayor problema los enunciados acerca de una «opinión pública dividida» indica que hay una segunda vía para obtener de una pluralidad de opiniones -«públicas», en el sentido de «públicamente expresadas»- «la opinión pública»: en lugar de calificar como tal a una única opinión, manifiestamente puede entenderse bajo esta designación también todo *un haz de opiniones,* es decir, en el extremo, la totalidad de todas las opiniones sostenidas públicamente[9].

---

y discusión «públicas» de las opiniones: «Los discursos no dominan. Generan un poder comunicativo que no puede sustituir sino tan sólo influir al poder administrativo. Esta influencia se reduce al proporcionar o negar legitimación».

[9] Esta concepción de la opinión pública podría interpretarse también de otra manera, es decir, haciendo referencia ni al contenido ni tampoco al portador (o los portadores) de la opinión como criterios de definición, sino más bien a la «publicidad» como el *modo de expresión* de las opiniones correspondientes; con esta concepción, se llega necesariamente a una interpretación de la opinión pública como «espectro de opiniones», es decir, ella justamente no permite una interpretación como «opinión de la mayoría». Lógicamente posible sería también la elección de cierto sector, más o menos amplio, de la totalidad de estas opiniones; pero entonces, con respecto a la selección y su fundamentación, se estaría frente a problemas no menos graves que en el caso de la selección de una única opinión. Por ello, dejaré de lado esta posibilidad. No muy clara me parece la distinción de «opinión pública»

Cuando, por ejemplo, en el § 1 de la Ley de partidos políticos alemana se dice que una tarea de los partidos es «influir en la formación de la opinión pública», es perfectamente posible una lectura según la cual aquí se trata de la formación de todo el espectro de opiniones que son sostenidas públicamente acerca de los «asuntos públicos». Me parece que esta interpretación tiene un importante argumento a su favor: todos los partidos pueden influir directa e igualmente -ya debido a sus propias contribuciones a la discusión en lo «ancho» del espectro de opiniones y en la «profundidad» de la discusión pública al respecto; en cambio, la influencia en «la opinión pública» en el sentido de una única opinión determinada (por ejemplo, la opinión mayoritaria), sería en todo caso indirecta -justamente a través de la influencia en la composición del espectro total- y no les sería posible a todos los partidos en la misma medida. Sin embargo, la Ley formula manifiestamente un deber directo e igual para todos los partidos.

Con estas pocas observaciones, espero haber aclarado en qué consiste el problema fundamental de aquello que Popper llamó la «intangible y vaga entidad llamada opinión pública»[10]: Mientras que, en el fondo, las opiniones son atributos de individuos, el concepto de «opinión pública» se refiere a un sujeto *colectivo*. Pero, los miembros individuales de este sujeto pueden perfectamente sostener diversas opiniones.

Probablemente por ello, se usa a veces la expresión «la opinión pública» en el sentido de la interpretación como «espectro de opiniones». En este caso, el problema es que el uso del lenguaje puede inducir a error, ya que despierta la impresión de una única opinión, aun cuando en realidad se trate de una pluralidad de opiniones.

Si, en cambio, se habla de «la opinión pública» efectivamente en el sentido de una única opinión indivisible, entonces, si se admite que en última instancia las opiniones tienen que ser atribuidas a individuos, uno se ve enfrentado con otro problema: porque en este caso, o bien tenemos que indicar criterios que permitan en *cada caso* seleccionar esta opinión de entre la pluralidad dada de opiniones sustentadas individualmente, o estar dispuestos a admitir que en

---

como espectro de opiniones, por un lado, y como «opinión dominante», por otro. El libro clásico de Harold D. Lasswell y Abraham Kaplan, *Power and Society,* Newman Have, 1950, pág. 39, donde dicen: «Public opinion comprises all of the opinions maintained by various parts of the public in question, as well as a specification of the parts having no opinion. When 'public opinion' is spoken of in the singular, some one dominant opinion is refered to». También en la primera parte de esta frase, se refiere a la opinión pública en singular.

[10] Karl R. Popper, *Public Opinion and Liberal Principles,* en ídem, Conjectures an Refutations, 2.ª ed. Londres, 1965, págs. 347 ss., aquí 354.

determinados casos no existe *ninguna* opinión pública. Y finalmente, si se considera, por el contrario, que «la opinión pública» no debe ser imputada a individuos, sino a colectivos, habrá que indicar qué es lo que hay que entender por una tal *opinión colectiva* y cómo ha de ser determinada en cada caso concreto[11].

Ahora, ¿qué hacemos con estas alternativas lógica y semánticamente posibles para la definición del concepto de «opinión pública»? ¿Cómo podemos seleccionar una de ellas como la más adecuada? Propongo aquí seguir el criterio de Brian Barry según el cual «no podemos ganar nada si simplemente escogemos alguna definición y estipulamos que 'Esta es la que todo el mundo debería usar'. Más bien..., conviene analizar las implicaciones de las definiciones alternativas...»[12] dentro del contexto en que el concepto es utilizado. A ello quiero dedicar la segunda parte de estas reflexiones.

2. El papel argumentativo de la opinión pública

Dado que el concepto de «opinión pública», como ya señalé antes, se invoca a menudo en el contexto de la democracia representativa para fundamentar juicios sobre decisiones o acciones políticas, este es el contexto que más interesante me parece para examinar las implicaciones de las definiciones alternativas. Se trata, pues, de

---

[11] Cf., por ejemplo, José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, vol. 3, Madrid, 1981, Art. «Opinión», donde se distingue el concepto de «opinión» que «se refiere siempre a un sujeto o individuo que la sustenta» del concepto de la «opinión pública» de la siguiente manera: «Distinto es el caso, en cambio, cuando se trata de la llamada opinión pública, investigada sobre todo por la sociología. La opinión es entonces un fenómeno social que no se halla situado en el mismo plano del saber o de la certidumbre, sino que más bien expresa una forma especial de comportamiento. La 'opinión pública' es por esto más un modo de actuar que de pronunciarse sobre la realidad, aun cuando se trate de un actuar que implica su manifestación en ciertos pronunciamientos... Mientras la opinión individual es un acto intencional, la opinión pública es un estado, y ella misma se convierte, dentro de una investigación sociológica o histórico-filosófica, en objeto de cualquier posible opinión en el sentido primeramente mentado». Sobre la «opinión pública» como manera de actuar, cf. ya Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft,* 5.ª ed. Tübingen, 1976, pág. 566 (cap. IX, 2), donde «la llamada 'opinión pública', es decir, bajo las condiciones de la democracia de masas:... un actuar comunitario nacido de 'sentimientos' irracionales y por lo general puesto en escena o dirigido por los líderes de los partidos y por la prensa» se considera en tanto factor de influencia sobre «el curso racional de la justicia y la administración». Por lo demás, parece que tanto Weber como Ferrater Mora a veces utilizan la palabra «opinión» en el sentido de «expresión de opinión».

[12] Brian Barry, Power, *An Economic Analysis,* en ídem, Democracy and Power, Oxford, 1991, pág. 259.

saber en qué sentido la opinión pública puede apoyar argumentativamente tales juicios.

Por lo pronto, hay que tener en cuenta que las decisiones -también las políticas- pueden ser juzgadas desde varios puntos de vista, de forma tal que habría que analizar la relevancia posible para cada uno de ellos. En lo que sigue, quisiera considerar tan sólo dos aspectos que me parecen especialmente importantes.

Por una parte, sobre las decisiones políticas, o los actos que de ellas resultan, pesa siempre una *obligación de justificación;* dicho de otra manera, se pueden juzgar siempre con respecto a su *admisibilidad* o *validez.* Se trata aquí de la cuestión de la *legitimidad* de las decisiones. Los correspondientes juicios pueden ser formulados en dos niveles: en el *nivel jurídico-positivo* de la admisibilidad dentro de un sistema político dado; y en el *nivel suprapositivo* de la admisibilidad ética. Si se supone que el respectivo sistema político en tanto tal posee legitimidad ética, entonces para el juicio de las diferentes decisiones particulares dentro de este sistema, por lo que respecta a su legitimidad, basta, por lo general, considerar su conformidad con las normas del sistema. En lo que sigue, habré de suponer que una democracia representativa en un Estado de derecho es un sistema legítimo en este sentido.

Pero, por otra parte, justamente en una democracia representativa, las decisiones políticas están sujetas también a una *obligación o necesidad de convencimiento:* Sólo pueden ser estables -al menos a largo plazo- si no provocan un fuerte rechazo en la mayoría de sus ciudadanos; y, sobre todo, en la permanente competencia por los cargos políticos, sólo pueden tener éxito aquellos candidatos que con las fundamentaciones de sus propias decisiones y/o con sus críticas a las decisiones de otros, en general, logran generar un apoyo amplio. Por lo tanto, la oportunidad política, la eficiencia y la capacidad de imposición de las decisiones están estrechamente conectadas con las preferencias, actitudes y convicciones -es decir, en última instancia, con las opiniones- de los ciudadanos. Para la praxis política tiene, pues, una máxima importancia saber cuál es, *de facto,* el juicio de los miembros de la sociedad con respecto a determinadas decisiones. Nos encontramos aquí, obviamente, en el nivel de la *legitimación* de las decisiones, donde lo que interesa son enunciados descriptivos, mientras que en el nivel de la *legitimidad,* se trata de enunciados normativos[13].

---

[13] Para una distinción precisa entre el concepto normativo de *legitimidad* y el concepto descriptivo de *legitimación*, cf. Ernesto Garzón Valdés, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos,* Madrid, 1987.

2. 1. La opinión pública como opinión de determinadas personas

Consideramos, en primer lugar, la «opinión pública» en el sentido de la opinión de un grupo de personas *cualitativamente* determinado. Ciertamente, una vez que un grupo tal ha sido determinado, es relativamente fácil clasificar las decisiones de acuerdo con su coincidencia o no coincidencia con la correspondiente «opinión pública». Pero, ¿qué importancia puede tener una tal constatación? O, más precisamente, ¿qué fuerza puede tener en este caso el muy difundido uso de la «opinión pública» como argumento en conexión con la fundamentación, justificación o crítica de decisiones?

1. Por lo que respecta al aspecto de la *legitimidad,* en un sistema de democracia representativa hay un solo tipo de grupo de personas que posee relevancia «legitimativa» en virtud de ciertas características *cualitativas:* se trata del grupo justamente de quienes desempeñan papeles políticos, que -por así decirlo- encarnan las instituciones políticas.

Es fácil comprender por qué ello tiene que ser así si se toma en cuenta de qué depende la legitimidad de una decisión política en un sistema de democracia representativa. Pienso que pueden indicarse dos condiciones:

i) Una se refiere al *contenido* de las decisiones legítimas y tiene un carácter puramente negativo: una decisión legítima *no* puede tener determinados contenidos, es decir, no puede violar el bien conocido «coto velado» garzoniano[14] de los derechos fundamentales que corresponden a todo miembro de la sociedad[15]. Es obvio que pueden ser objeto de discusión las características y la dimensión de este coto vedado; pero no he de entrar aquí en ella. En todo caso, con respecto a un Estado democrático de derecho puede decirse que están excluidos por lo menos aquellos contenidos que violarían el derecho vigente y, sobre todo, la Constitución[16].

---

[14] Ernesto Garzón Valdés, *Representación y Democracia,* en DOXA (Alicante) 6 (1989), págs. 143-163, aquí 157.

[15] Acerca de la relación necesaria entre el principio de la mayoría y el de la protección de las minorías, cf., sobre todo, Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* Tubinga, 1929, esp. págs. 53 ss.; también Bernard Manin, *On Legitimacy and Political Deliberation,* en Political Theory 15:3 (1987), págs. 338-368, aquí 362: «There are certain actions that the majority must be forbidden to take: it ought not, for example, exclude anyone from the right to vote and to participate in deliberation. Nor ought it to suppress the fundamental liberties necessary for the effective exercise of this right: freedom of conscience, of opinion, of speech, and of association».

[16] En el caso de la República Federal de Alemania, un sector del «coto vedado» hasta ha sido fijado inconmoviblemente a través de la llamada «garantía de eternidad»

ii) La segunda condición se refiere al *procedimiento* para la toma de decisiones legítimas y tiene un carácter *positivo:* vale aquí el principio de la mayoría. Desde luego, para la determinación de la correspondiente «totalidad», necesaria para el cálculo de la mayoría, habrá que recurrir en cada caso -según el tipo de decisión- a las respectivas provisiones de la Constitución o de las leyes competentes.

Si se acepta que estas dos condiciones son necesarias y conjuntamente suficientes para la legitimidad de una decisión política en una democracia representativa[17], entonces, por razones lógicas, hay que aceptar también que para las decisiones que *no* afectan el «coto vedado» sólo son relevantes las «opiniones» (de la mayoría) de los actores políticos competentes constitucionalmente determinados; en el caso de decisiones *dentro* del «coto vedado» tiene importancia *adicional* también el mencionado aspecto del contenido.

De aquí se sigue especialmente que la invocación de la opinión de cualesquiera *otras* personas o grupos de personas determinados cualitativamente -por ejemplo, de ciertas «autoridades morales» que gozan de reconocimiento general, o de un pequeño grupo de comentadores políticos cuya característica común es la amplia difusión de su opinión a través de determinados productos periodísticos- no puede nunca servir para juzgar la *legitimidad* de una decisión política[18]. Y hasta las propias opiniones de los decisores políticos

---

del art. 79, III, de la Ley Fundamental que excluye de cualquier reforma constitucional aquellos artículos de la LF que contienen el catálogo de derechos fundamentales y las características básicas del sistema estatal.

[17] Sobre diversas concepciones de las características de una democracia representativa, cf. sobre todo Hanna F. Pitkin, *The Concept of Representation,* Berkeley, 1967: además, Brian Barry, *Political Argument,* Londres y Nueva York, 1965, esp. cap. XIII: Justifications of 'The Public Interests'; Norman E. Bowie (comp.), *Ethical Issues in Government,* Philadelphia, 1981, espa. Part I: Should Legislators Serve Constituents or Conscience?; y el trabajo de Garzón Valdés, citado en nota 14.

[18] Con ello, no se quiere decir que tales opiniones no puedan a veces -o hasta regularmente- acertar con sus evaluaciones; lo único que se dice es que ni siquiera en este caso sería relevante -y, por ello, aducible para la legitimación- el hecho de que se trate de una «opinión pública» en el sentido indicado, sino tan sólo el hecho de que esta opinión tiene un determinado contenido. Por lo demás, para la idea de que la preocupación por la «opinión pública» puede estar vinculada más bien con posiciones anti-democráticas, cf. J. a. W. Gunn, *Public opinion,* en T. Ball, J. Farr y R. L. Hanson (comps.) *Political Innovation and Conceptual Change,* Cambridge, 1989, págs. 251 ss.: «...[Britain] the nation that enjoyed representative institution could afford to ignore unofficial pretenders to the people's voice... In France, by contrast, one detects more concern about the status of public opinion, perhaps for the very reason that there was no electorate to consult... and, in sum, little that Britons would see as a political process... the salience of a political concept may turn not on the presence of the conditions of which it speaks, but on its absence, a fact not always noted by those who exaggerate Gallic contributions to understandig public opinion».

competentes en cada caso tienen relevancia, por lo que respecta a la legitimidad, sólo en la medida en que se expresan en una *decisión concreta* tomada de acuerdo con el procedimiento prescripto. Por lo tanto, ni siquiera en el significado de la «opinión de un grupo de personas con determinadas características constituiría una instancia a la que pueda recurrirse argumentativamente en cuestiones de legitimidad[19].

2. En cambio, un concepto de «opinión pública» cualitativamente definido sí puede ser relevante cuando se trate de la cuestión de saber si una decisión política puede contar con la aprobación de un «amplio público» y, en última instancia, de una mayoría de la ciudadanía, es decir, cuando se trata de saber si posee *legitimación* (o si habrá de tenerla en un futuro próximo). Pero, tampoco en este caso la opinión de un grupo de personas cualitativamente determinado juega un papel «en tanto tal»; tiene más bien importancia sólo cuando puede suponerse que en el caso de este grupo de personas se trata de aquellas que «forman opinión», es decir, de los llamados *opinión leaders* cuyas opiniones de hecho influyen en la opinión de la mayoría por lo que respecta a determinados estados de cosas y, con ello, en la legitimación de ciertas decisiones, debido a la *autoridad* de estas personas y/o su «dominio» (en el doble sentido de «control» y «habilidad para el manejo») de los medios de comunicación de masas[20].

3. Resumiendo, puede decirse que en contra de una definición de la «opinión pública» a través de una determinación cualitativa de los sujetos puede objetarse no sólo que con ello se reduciría la utilidad argumentativa del concepto al nivel descriptivo de la legitimación y, consecuentemente, al de la oportunidad política, sino que,

---

[19] Cf. René Marcic, *Die öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie,* en Horst Ehmke *et al.* (comps.), Festschrift für Adolf Arndt zum 65.Geburtstag, Francfort d. M. 1969, págs. 267-292, quien contrapone la «opinión pública» en tanto manera de expresión «no orgánica» del pueblo que es «esencialmente abierta, amorfa, inarticulada» al modo de ser «orgánico», «constituido» (págs. 271 y 287); sobre la «opinión pública» como manera «inorgánica» de la expresión de la voluntad y opinión del pueblo, cf. también Hegel, *Philosophie des Rechts*, § 316 Zusatz.

[20] Como es bien sabido, John Stuart Mill estaba convencido de la existencia de una relación tal; en *On Liberty* (1859, citado según la edición de Curin V. Shields, Nueva York, 1956), dijo al respecto, con evidente disgusto: «... the mass do not now take their opinions from dignataries in Church or Stake, from ostensible leaders, or from books. Their thinking is done for them by men much like themselves, addressing them or speaking in their name, on the spur of the moment, through the newspapers» (pág. 80). Más optimista al respecto parece *Tönnies* cuando dice que «la Opinión Pública [tiene] carácter científico» y añade: «Así, los líderes del pensamiento científico, los eruditos en tanto profesores, son los líderes naturales y reales de la Opinión Pública, de manera inmediata, pero aún más de manera mediata...» (cit. en nota 7, pág. 207).

además, hasta esta misma relevancia dependería de la existencia de una *conexión causal* efectiva entre las manifestaciones de opinión de los supuestos «dirigentes de la opinión» y la formación de opiniones mayoritarias.

Por lo demás, hay que recordar que en estas consideraciones siempre se ha calificado a una *única* opinión como *la* opinión pública. Pero, con toda determinación cualitativa de los portadores relevantes de opinión que se refiera a una *pluralidad* de personas -por más homogéneo que pueda ser el grupo resultante- no se puede suponer sin más que necesariamente *todos* los miembros del grupo habrán de sostener *siempre* la misma opinión. En este caso, para caracterizar una única opinión, otra vez serían necesarios criterios adicionales, de tipo sustantivo o cuantitativo. Ya esta objeción debería bastar para rechazar la idea de un concepto de «opinión pública» en este sentido.

2.2. La opinión pública como opinión de la mayoría

Como, por definición, en un sistema democrático las opiniones pueden adquirir importancia sistemática sólo cuando son compartidas por una mayoría, parece ya desde el comienzo que la correspondiente definición *cuantitativa* de la «opinión pública» ofrece mejores perspectivas de conducir a un concepto al que puede recurrirse como argumento en pro o en contra en contextos de justificación o de fundamentación de decisiones políticas: para el nivel de la *legitimación,* la referencia a la mayoría está dada directamente por la propia definición y, por lo tanto, no depende ya de contextos causales inseguros. Y también para el nivel de la *legitimidad,* en virtud de la estrecha vinculación conceptual entre democracia y principio de la mayoría, parece haberse obtenido así un argumento.

Sin embargo, la concepción de la «opinión pública» como opinión de la mayoría tampoco deja de ser problemática.

1. Por lo que respecta a la relevancia de la «opinión pública» en el sentido de la opinión de la mayoría para la *legitimidad* de las decisiones políticas, resultan dudas directamente de lo expuesto antes con respecto a la toma de decisiones en una democracia representativa. Por cierto, en un sistema tal, lo que importa, por lo general, son las decisiones de una mayoría y, por lo tanto, las opiniones mayoritarias que las apoyan. Pero, en modo alguno el grupo total competente cuya mayoría determina el resultado en un caso concreto, es siempre el mismo: unas veces es la totalidad de todos los ciudadanos con derecho a voto, otras el parlamento como totalidad del poder legislativo y otras, el gabinete como totalidad de la conducción del poder

ejecutivo[21]. Si no se desea suponer un concepto diferente de «opinión pública» en cada uno de estos casos, sino más bien designar como «opinión pública» la opinión mayoritaria de una *determinada* totalidad fija, entonces resulta que sólo en pocos casos la «opinión pública» en tanto opinión de la mayoría de esta totalidad se encuentra en una relación directa con la respectiva mayoría competente, es decir, con la mayoría que -en la medida en que las decisiones se mueven fuera del «coto vedado»- determina la legitimidad. Esto vale especialmente para un sistema tal como, por ejemplo, el de la República Federal de Alemania en el que están excluidos en gran medida los elementos plebiscitarios, y expresamente prohibido el mandato imperativo.

2. Por otra parte, igual que en el caso del concepto cualitativamente definido, también el concepto de «opinión pública» en el sentido de la opinión sostenida mayoritariamente parece, por lo pronto, menos problemático cuando se considera el aspecto de la *legitimación.* Aun cuando se fije por definición la totalidad subyacente, puede siempre establecerse una conexión directa entre una tal «opinión pública» y la legitimación de una decisión concreta. Desde luego, evidentemente, aquí puede tratarse siempre tan sólo de la *legitimación dentro del respectivo grupo*[22].

Así, pues, la importancia de la remisión a una «opinión pública» de este tipo podría ser medida en cada caso sólo si se indicara siempre el correspondiente «grupo de referencia», algo bastante fatigoso y que, por lo demás, no responde a la praxis habitual. A ello se sumaría la necesidad de reflexiones teóricas adicionales a fin de poder inferir, a partir de proposiciones acerca de la «opinión pública» así entendida, alguna consecuencia significativa, por ejemplo, enunciados explicativos o que permitieran pronosticar el desarrollo político.

En caso de que se tratase de un «grupo de referencia» de alguna manera delimitado, es decir, no constituido por la totalidad de los

---

[21] Aquí, siguiendo a Félix E. Oppenheim, *Political Concepts. A Reconstruction,* Oxford, 1981, págs. 96 ss., se podría hablar de cambiantes «grupos de referencia» de los cuales, mediante la aplicación del criterio de la mayoría, en cada caso se determina un «grupo selecto» como portador de la opinión pública.

[22] Por ejemplo, podría definirse que por «la opinión pública» española se entiende la opinión mayoritaria del grupo de los fumadores residentes en España. Entonces, con respecto a cualquier decisión política tomada por cualquier grupo de actores competidores -de acuerdo con la legitimidad procedimental dentro del sistema político español- siempre podría determinarse sin mayor problema si encuentra o no aprobación por parte de «la opinión pública»; habría simplemente que investigar cuál es la opinión de la mayoría de los fumadores al respecto. Pero, con ello, lo único que sabemos, es que la correspondiente decisión tiene legitimación mayoritaria dentro del grupo de fumadores.

ciudadanos, se estaría en el fondo frente a una combinación cuantitativa (estableciendo la mayoría como criterio para el «grupo selecto») y otra cualitativa (para determinar el «grupo de referencia») de forma tal que volverían a presentarse las dificultades ya presentadas del concepto cualitativamente definido -con excepción del problema de la ambigüedad.

En cambio, si por «opinión pública» se entiende la opinión mayoritariamente sostenida en el «público amplio», es decir, en la totalidad de todos los ciudadanos que suelen expresar sus opiniones políticas, nos vemos enfrentados con un problema totalmente nuevo. Porque, cuál sea realmente en un momento concreto y con respecto a un tema concreto la opinión de la mayoría de los ciudadanos puede, en última instancia, determinarse sólo con la ayuda de una «encuesta popular», es decir, de una votación general. Pero, de acuerdo con el uso normal del lenguaje, por lo general no se cuenta con un resultado de una votación de este tipo cuando se habla de la «opinión pública»; por el contrario: en una democracia representativa, no plebiscitaria, como la de la República Federal de Alemania o la española, la invocación a la «opinión pública» obviamente es considerada, a menudo, como un buen instrumento a fin de influir, justificar o juzgar una decisión recordando una opinión *supuestamente* sustentada por la mayoría, justamente debido a la falta de una manifestación precisa de la opinión mayoritaria (bajo la forma de los resultados de una votación)[23]. En este sentido, en el fondo, la remisión a la «opinión pública» debe ser vista como una especie de *sustituto* con el que -obligadamente- uno se conforma cuando no dispone de datos exactos sobre la opinión mayoritaria «realmente» relevante[24].

Pero esto significa que, en el fondo, en estos casos las remisiones a la «opinión pública» sólo deberían tener, cuando más, un reducido peso argumentativo ya que, en última instancia, no se trataría aquí de

---

[23] Estoy pensando en afirmaciones tales como, por ejemplo, «Hace mucho que la opinión pública reivindica la aprobación de la medida X»; «Consciente de mi responsabilidad como representante del pueblo, he votado conforme a los deseos de la opinión pública»; «La Decisión Y obviamente no es compatible con la opinión pública», etc.

[24] En este sentido, cf. Karl Salomo Zachariä, *Vierzig Bücher von Staate*, vol. 3. 2.ª ed. Heidelberg, 1839, pág. 208 (según Hölscher, *op. cit.* en nota 6, pág. 455): «No debe confundirse la opinión pública con la opinión de la mayoría. Aquella es la opinión presuntiva (o supuesta), ésta la opinión verdadera de la mayoría. La opinión de la mayoría puede comprobarse tan sólo a través del cálculo de los votos, la opinión pública se infiere de las opiniones expresadas por algunos individuos».También Popper parece querer decir que la «opinión pública» en general se considera como sustituto -para él, evidentemente no satisfactorio- de la opinión de la mayoría cuando habla de «the majority (or 'public opinion')» (cit. en nota 10, pág. 351).

constataciones de hechos confirmadas empíricamente de manera indubitable, sino tan sólo de *suposiciones* acerca de la opinión mayoritaria existente, en el mejor de los casos, sobre la base de conclusiones inductivas más o menos bien fundadas o en el peor de los casos, simplemente inventadas.

Así entendida, la «opinión pública» no debería jugar ningún papel decisivo para la toma de decisiones en la democracia porque, como había dicho ya Karl Salomo Zachariä en 1839 en su *Cuarenta libros sobre el Estado:* «La opinión de la mayoría tiene (por presuposición) una voz decisiva; la opinión pública, sólo una voz consultiva»[25]. Y ni siquiera esto último vale incondicionalmente: por lo pronto, *de facto,* en modo alguno es correcto que los actores políticos competentes siempre reconozcan, tengan en cuenta o usen la opinión pública, así definida como «voz consultiva» en la fundamentación de sus decisiones. Tanto los representantes legislativos como los miembros del Ejecutivo adoptan, a veces, decisiones «impopulares», es decir, rechazan el «consejo» de la opinión pública después de haber tomado conocimiento de él, o quizá hasta conscientemente no lo toman en cuenta desde el comienzo. Evidentemente, la fundamentación de la decisión no puede entonces contener ninguna referencia a la opinión pública, sino que necesita una base totalmente diferente. Y manifiestamente, en estos casos, los correspondientes decisores (que, no hay que olvidarlo, siempre se encuentran en competencia política con sus opositores) suponen que no sólo pueden adquirir *legitimación* -en el sentido de la aprobación de las *mayorías* relevantes- sobre esta otra base, sino que hasta pueden adquirirlo en *contra* de la crítica posible a su decisión, justamente *por* no haber tomado en cuenta la opinión pública. Un argumento general que podrían aducir sería que el sistema de la democracia representativa y su *legitimidad* se basa, entre otras cosas, en el hecho de que los órganos competentes de decisión, en sus decisiones (mayoritarias) *no* deben «reflejar» la opinión (mayoritaria) de cualesquiera otros grupos, es decir, que no están sometidos a la «tiranía de la opinión pública» que tanto lamentaba John

[25] Zachariä, *op. cit.* en nota 24, ibíd. También *Tönnies* (*op. cit.* en nota 7. págs. 133 ss.) habla, en el contexto de la opinión pública, de las dos funciones de la consulta y de la decisión; pero, lo que le interesa aquí no es la aclaración de (los límites de) la función de la opinión pública, sino que él utiliza la imagen de una reunión en las dos fases de consulta y toma de decisión tan sólo para aclarar su concepción de la diferencia entre «opinión pública» y «la Opinión Pública»: en la fase de la consulta, se manifiesta un espectro de opiniones (corresponde a la «opinión pública»); a través de la toma de decisión, una de estas opiniones se destaca como opinión de la asamblea (corresponde a la «Opinión Pública»).

Stuart Mill[26], sino que deben preocuparse por tomar las decisiones independientemente y según su «leal saber y entender». A este argumento deberían añadirse, en cada caso particular, las respectivas razones materiales específicas de la decisión adoptada. Frente a una tal posibilidad de fundamentación, el recurso a la «opinión pública» en tanto supuesta opinión mayoritaria, se presenta claramente como un verdadero «pretexto», como la negación de una argumentación seria; en tanto tal, indica que tanto aquellos que se sirven de este pretexto como aquellos que se dejan impresionar por él, sostienen una comprensión de la democracia difícilmente sostenible desde una perspectiva ética.

2.3. La opinión pública como espectro de las opiniones

Como la «opinión pública» en el sentido de una única opinión «dominante» ha demostrado ser poco fecunda, ¿no se podría entonces atribuir una fuerza argumentativa más fuerte a la «opinión pública» como «espectro de opiniones»?

El problema es que aquí resulta aún más difícil que en el caso de la interpretación como «opinión de la mayoría» ver de qué manera una referencia a «la opinión pública» podría servir, en general, como argumento para la fundamentación o crítica de decisiones políticas. Quizá, cuando más en algunos casos, podría argumentarse con la

---

[26] Mill veía esta «tiranía de la opinión pública» como efectivamente dada y responsable de la cualidad mediocre de la política: «In politics it is almost a triviality to say that public opinion now rules the world... Those whose opinions go by the name of public opinion... are always a mass, that is to say, collective mediocrity» (*op. cit.* en nota 20, págs. 80 ss.). Además, veía en ello también una tendencia a una nivelación creciente de las opiniones y a la eliminación de todo impulso para un pensamiento independiente, no conformista: «A more powerful agency... in bringing about general similarity among mankind, is the complete establishment... of the ascendency of public opinion in the State... as the very idea of resisting the will of the public, when it is positively known that they have a will, disappears more and more from the minds of practical politicians, there ceases to be any social support for nonconformity -any substantive power in society which... is interested in taking under its protection opinions and tendencies at variance with those of the public» (ibíd. págs. 89 ss.). Cf. también Tönnies: «Una opinión pública se puede atribuir a cualquier círculo abierto o cerrado que en tanto tal tiene algún peso para sus miembros individuales, de manera que orientan sus comportamientos y también sus expresiones de opinión por la opinión dominante en él, que adquiere tanto más fuerza cuanto más unánime sea; ya que temen causar escándalo, pero se alegran y lo gozan cuando encuentran aprobación y aplauso...» (*op. cit.* en nota 7, pág. 130). Y, por otro lado: «La Opinión Pública siempre pretende ser decisiva, reclama la aprobación y hace obligatorio por lo menos el silencio, la omisión de protesta» (ibíd., pág. 138).

existencia de una estructura muy particular de la así entendida opinión pública; por ejemplo -para sólo mencionar los casos extremos- en el caso (improbable) de una opinión pública realmente «indivisa», unánime, se podría abogar en favor de la decisión que respondiera a esta opinión; o, en el caso «patológico» opuesto de una opinión pública extremadamente fraccionada en el que no puede percibirse ninguna opinión mayoritaria, en favor de una «abstención» o «moderación» política, es decir, en favor quizá de una decisión diferenciada o de una basada en el mayor «común denominador» posible. Pero, justamente en el conocido hecho de que las decisiones de este último tipo no necesariamente son políticamente las más inteligentes ni éticamente las mejores se muestra una vez más cuán problemática es la fundamentación o apreciación de decisiones sobre la base de la argumentación con la opinión pública. Por lo demás, naturalmente siguen valiendo para la interpretación del concepto de la «opinión pública» como «espectro de opiniones» todas las otras objeciones generales ya presentadas en contra de la obligación de los decisores políticos por otras opiniones que no sean las del respectivo órgano competente de decisión.

2.4. La opinión pública, ¿un «mito político»?

A pesar de las dificultades conceptuales y de la reducida fuerza de explicación y legitimación de la «opinión pública» presentadas, en la discusión de las decisiones políticas, es la cosa más común del mundo recurrir a este término. No hay duda que ha demostrado ser *políticamente eficaz*[27]. Pero, ¿en qué puede basarse esta eficacia?

Puede suponerse que justamente aquello que vuelve *científicamente* sospechosa a esta expresión -es decir, su ambigüedad- es lo que le confiere atractivo para el uso *político.* Por lo general, se presupone como algo evidente el significado de «opinión pública», y la expresión es utilizada sin mayores explicaciones, como si se tratase de un concepto perfectamente unívoco. Pero, el hecho de que realmente sea ambiguo, de que encierre al mismo tiempo la connotación de *unidad* y *pluralidad,* es quizá la razón por la cual suele atribuirse a la «opinión pública» un papel importante para democracia. En

[27] Es justamente su efecto político el que convierte la opinión pública en el peligro que Popper ve en ella: «Public opinion (whatever it may be) is very powerful. It may change governements, even non-democratic governments. Liberals ought to regard any such power with some degree of suspiscion. Owing to its anonymity, public opinion is an irresponsible form of power, and therefore particularly dangerous from the liberal point of view» (*op. cit.* en nota 10, pág. 349).

efecto, parece plausible que justamente en virtud de la ambigüedad pueda surgir la impresión de que esta *una*, única «opinión pública» -cualesquiera que sean los criterios de selección para determinarla- sea algo así como la «quintaesencia» verdadera, correcta (o, al menos, una especie «promedio» relevante) de las *muchas* y diferentes opiniones públicamente sostenidas.

Pero, si se concibe así a la opinión pública, entonces ya no está referida a individuos o a grupos de individuos que constituyen una parte más o menos grande e indicable de la sociedad, sino que se convierte en *atributo de la sociedad* en tanto tal. Si, además, se considera a la democracia como una forma de gobierno al servicio de la imposición de la «voluntad política del pueblo», entonces puede también parecer plausible considerar a una «opinión pública» que se imputa a la totalidad de la sociedad, como expresión de esta voluntad política del pueblo y, consecuentemente, concederle un papel importante[28].

En este sentido, la «opinión pública» puede convertirse en un apéndice del mito político de la «voluntad política del pueblo» unitaria cuya utilización -cuando es políticamente conveniente- habrá de ser tanto más eficaz cuanto más parezca que su relación con manifestaciones de opinión empíricamente constatables tiende un puente entre el nivel ficticio y el real[29].

---

[28] Cf. en este sentido las famosas palabras de Abraham Lincoln (1856: cit. según *The Collected Works of Abraham Lincoln,* edición a cargo de Roy P. Basler, 8 vols., New Brunswick, N. J., 1953, vol. II, pág. 385): «Our government rests in public opinion. Whoever can change public opinion, can change the government...Public opinion... always has a «central idea», from which all its minor thoughts radiate». La última frase de esta cita parece indicar una concepción de la (única) opinión pública como opinión de consenso unánime. La capacidad de esta «opinión pública» hasta para derrocar al gobierno aparentemente no le parece problemática a este autor.

[29] Cf. con respecto al mito de la opinión pública, sobre todo, Popper. *op. cit.* en nota 10, quien distingue varias variantes de este mito: «There is, first, the classical myth, vox populi vox dei, which atributes to the voice of the people a kind of final authority and unlimited wisdom. Its modern equivalent is faith in the ultimate comnonsense rightness of that mythical figure, 'the man in the street', his vote, and his voice. The avoidance of the plural in both cases is characteristic. Yet people are, thank God, seldom univocal; and the various men in the various streets are as different as any collection of V. 1. P.s in a conference room» (pág. 347). «One form of the myth... is the doctrine that truth is manifest. By this I mean the doctrine that... truth will always make itself known, as long as it is not suppressed... Like the vox populi myth, it is another myth of the univocal voice....A reaction to this rationalist and optimistic myth is the romantic version of the vox populi theory -the doctrine of the authority and uniqueness of the popular will, of the 'volonté générale', of the spirit of the people, of the genius of the nation, of the of the group mind, or of the instintct of the blood....An important and still very influential variant of the myth may he described

Sin embargo, desde el punto de vista *normativo,* el recurso a un mito político tal -que, en última instancia, significa un ocultamiento de los datos reales- encierra un peligro para la *legitimidad* del sistema político, que va más allá de los problemas de legitimidad a los que me he referido más arriba. En efecto, se lesiona así por lo menos uno de los intereses que Charles Beitz llama los «intereses regulativos de la ciudadanía» en un sistema democrático, es decir, el interés de la «responsabilidad deliberativa»[30]. Y hasta desde el *punto de vista de la oportunidad o conveniencia política,* no es necesariamente correcto que el mito político de la «opinión pública» pueda proporcionar, a la larga, la *legitimación* de las decisiones, pues, como dijo el mismo Beitz:

> «... para ciudadanos concebidos como los objetos de la política pública..., la toma de conciencia de que las instituciones estimulan la deliberación responsable es una base necesaria de *confianza* en la integridad de las decisiones políticas... Sin ella, la supuesta tendencia de los mecanismos democráticos a provocar resultados equitativos no sería más que una pía esperanza, y faltaría un fundamento importante de la *estabilidad de los regímenes democráticos*[31].

Por todas estas razones, parece que nos encontramos aquí en una de las raras ocasiones en las que podemos darle la razón a una afirmación de Carl Schmitt quien dijo que «no importa tanto la opinión pública cuando la publicidad de la opinión»[32].

---

as the myth of the progress of public opinion, which is the myth of public opinion of the nineteenth-century Liberal» (pág. 348). Cf. también Tönnies, *op. cit.* en nota 7, pág. 134: «... la Opinión Pública [parece] prácticamente como un ser inteligente y un poder uniforme, a menudo hasta se lo elogia... o se lo denuncia y censura como un ser misteriosamente sublime y casi mítico».

[30] Beitz 1989, *op. cit.* en nota 3, esp. págs. 107 ss.; los otros dos intereses básicos del ciudadano, según Beitz, son «reconocimiento» y «tratamiento equitativo». En este contexto, conviene recordar el proyecto de James Fishkin y otros de organizar un «deliberative opinion poll» para la campaña electoral presidencial de 1992 en EE.UU.; cf. James Fishkin, *Democracy and Deliberation.* New Directions for Democratic Reform, New Haven y Londres: Yale UP 1991, pág. 92, donde explica que el proyecto responde a la necesidad de disminuir la tensión entre las dos alternativas de «a kind of politically equal but nondeliberative direct democracy... and a kind of deliberative but not politically equal representative democracy».

[31] Beitz, *op. cit.* pág. 114 (subrayados de R. Z.).

[32] Carl Schmitt, *Die geistesgeschichtilde Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), 6.ª ed., reproducción inalterada de la 2.ª ed. publicada en 1926, Berlín, 1985, pág. 47.

Mi conclusión sería, entonces, que la llamada «opinión pública», lejos de ser una «hermana siamesa» conceptual de la publicidad y, en tanto tal, de vital importancia para el funcionamiento de ésta, resulta ser nada más que un apéndice totalmente prescindible, pero capaz de convertirse, en cualquier momento, en grave peligro para el funcionamiento del sistema.

LA PUBLICIDAD DE LOS PRINCIPIOS MORALES

Suele ser comúnmente aceptado entre los filósofos que los principios morales deben ser públicos, esto es, que todos sus destinatarios deben ser informados de su contenido. Para entender mejor el fundamento de esta posición tan difundida me parece adecuado emplear una estrategia oblicua y examinar qué es lo que resulta objetable de una moral secreta.

Hay por lo menos tres sentidos en los que se emplea la distinción entre moral pública y moral privada que deben separarse cuidadosamente: a) En un primer sentido, se trata de establecer una línea divisoria entre la vida privada y las responsabilidades públicas, y -si el intento resulta factible- de postular principios morales diferentes para cada una de esas áreas. Esta es la acepción que -por ejemplo- examina el libro de Hampshire[1]. b) En un segundo sentido, la moral pública es concebida como aquella que especifica deberes que se aplican a cualquiera, sin hacer referencia a persona o personas específicas: uno no tiene un conocimiento específico de la persona a la cual se le atribuye el deber. La moral privada, en cambio, es aquella parte del código moral que se refiere necesariamente a persona o personas específicas: son deberes que conciernen a las relaciones entre individuos específicos. En estos términos se estudia el tema -por ejemplo- en el libro de Gauss[2]. c) En un tercer sentido, finalmente, se trata de defender la idea de que ciertos principios morales no deben enunciarse en público, sino mantenerse en secreto, como patrimonio de una *élite* moral.

---

[1] Stuart Hampshire (ed.), *Public and Private Morality,* Cambridge University Press, 1978.

[2] Gerald F. Gauss, *Value and Justification,* Cambridge University Press. 1990. págs. 322-324.

Esta es la acepción que reiteradamente critica Rawls. Lo hace, por ejemplo, cuando reivindica la condición de la publicidad de los principios de justicia, que él considera un rasgo propio de las teorías contractualistas, o cuando caracteriza a las instituciones como sistemas públicos de reglas en el que todos los que participan conocen lo que las reglas requieren de él y de los demás[3].

Voy a concentrarme en examinar el tercero de los sentidos que he mencionado. La secretividad entendida de esta manera no ha sido por cierto patrimonio exclusivo de la moral, puesto que también la ciencia exhibe casos de este tipo. En el siglo V antes de Cristo los pitagóricos defendían por ejemplo el secreto en la ciencia de las matemáticas. Para ellos el número era la clave para encontrar el orden de la naturaleza como un todo. Esta doctrina sufrió un duro golpe cuando se descubrió que ninguna *ratio* podría describir la relación entre la diagonal de un cuadrado y su lado, lo cual ponía en duda la doctrina de que las cosas eran números[4]. Ante tal contingencia los pitagóricos decidieron mantener secreto su descubrimiento matemático.

En la vinculación de la política con la moral también puede descubrirse un elemento de secretividad. El ejemplo más claro lo proporciona Bernard Mandeville en un trabajo publicado en 1714, impreso adecuadamente como parte de una obra denominada *The Fable of the Bees: or Private Vices, Public Benefits*. La idea de Mandeville es que fueron los políticos habilidosos los que inculcaron los primeros rudimentos de la moral, y que lo hicieron con el fin -que obviamente mantuvieron secreto- de que los súbditos fueran útiles y tratables, de modo que ellos pudieran gobernar al mayor número de ciudadanos con la mayor seguridad y facilidad posibles. Para lograr tal fin, hicieron creer a la gente que era más beneficioso dominar los apetitos y no satisfacerlos, preferir el bien de los demás y no el propio. Como no era tarea fácil convencer a los individuos de tal cosa, y como los políticos no tenían recursos suficientes como para recompensar realmente a los individuos por esta conducta de auto-privación, concibieron una recompensa imaginaria, elogiando la excelencia de los que así se comportaban, la vastedad de su conocimiento y la racionalidad de sus almas. Fueron tan exitosos en esta tarea que muy pronto los que controlaron sus inclinaciones pudieron advertir que evitaban gran cantidad de dificultades y escapaban

---

[3] John Rawls, *A Theory of Justice,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1977, págs. 16 y 55-56.

[4] W. K. Guthrie, «Pythagoras and Pythagorteanisms», en *The Encyclopedia of Philosophy,* Paul Edwards (ed.), London, MacMillan Publishing Co., 1967, volumen 7, pág. 38.

a menudo a las calamidades que les sucedían a aquellos que eran demasiado ávidos en la persecución de sus placeres.

Se llamó entonces *vicio* a todo lo que gratificara los apetitos sin consideración a lo público, y *virtud* a toda actuación contraria a los impulsos de la naturaleza mediante la cual los hombres se esforzaban en beneficiar a los demás y en conquistar sus pasiones. Y todo esto permitía a quienes inculcaban estos principios recoger los frutos del trabajo y de la auto-privación de los demás, y satisfacer sus propios apetitos con menos perturbación. Según Mandeville los hombres no calmaron sus pasiones debido a ninguna religión ni a ninguna superstición idólatra, sino debido al manejo habilidoso de políticos cautos, que mantuvieron secretos sus designios[5].

Había en este caso, entonces, una moral privada (mantenida en secreto) que defendía el egoísmo y la auto- satisfacción, y una moral pública (que era la que se predicaba) que defendía el altruismo y la auto-privación.

Pero la crítica de Rawls tiene un destinatario más moderno y éste es el utilitarismo. Dentro de la teoría utilitarista, de un modo más específico, la crítica de Rawls se refiere a las ideas de Sidgwick. De modo que voy a dedicarme a explicar la manera de Sidgwick entendió -y defendió- la idea de la secretividad de ciertos principios morales.

En las páginas finales de *The Methods of Ethics* Sidgwick encara el problema del utilitarismo secreto, sin dedicarle por otra parte al tema más que un par de páginas. Comienza diciendo que desde el punto de vista de los principios utilitaristas podría ser correcto recomendar en privado lo que no sería correcto defender públicamente; podría ser correcto hacer algo si puede ser hecho en secreto, aunque sería incorrecto hacerlo a la vista de todo el mundo[6]. Por supuesto que Sidgwick advierte de inmediato el carácter paradójico de esta idea, teniendo en cuenta que usualmente se considera que si una acción es mala al realizarse abiertamente el secreto no la convierte en buena[7]. Los propios utilitaristas sostienen que aquellos actos que

---

[5] Bernard Mandeville, «An Inquiry into the Origin of Moral Virtue», en *British Moralists 1650-1800*, D. D. Raphael (ed.), Oxford, Clarendon Press. 1969, págs. 230 y 232-233.

[6] Henry Sidgwick, *The Methods of Ethics,* seventh edition, London, MacMillan Co., 1962, pág. 489.

[7] Conviene aclarar, sin embargo, que esto no ocurre con *todas* las acciones según la moral del sentido común. Se considera correcta, por ejemplo, mantener relaciones sexuales con el o la cónyuge siempre que esa acción se realice dentro de un comparativo secreto, pero se considera incorrecto realizar esa misma acción en público.

deben reprimirse mediante la desaprobación social deben ser conocidos, puesto que de otra manera la desaprobación no puede operar. No obstante, Sidgwick resuelve la paradoja aumentando el grado de secreto, esto es, incorporando un secreto de nivel superior. Dice, en efecto, que la opinión misma de que el secreto puede convertir a una acción en correcta debería mantenerse en secreto, y que la doctrina misma de que la moral oculta es expeditiva debería mantenerse oculta.

De modo que nos encontramos con dos niveles de secreto: en el Nivel Uno, la corrección de determinadas acciones se mantiene en secreto, y en el Nivel Dos, la doctrina que sostiene que hay acciones que son correctas si se realizan en secreto se mantiene a su vez secreta. Hay un secreto y un metasecreto: algunos principios se mantienen secretos y el hecho de que ese secreto es bueno *también* se mantiene secreto. El secreto sólo desaparecería, piensa Sidgwick, si viviéramos en una comunidad ideal de utilitaristas ilustrados[8].

Veamos primero el Nivel Uno, el nivel del secreto de algunos principios morales. Puede haber aquí dos posibilidades: a) se mantiene secreto el hecho de que un cierto x es un medio para conseguir la felicidad, y b) se mantiene secreto que debe perseguirse la felicidad como fin. (Asumo que la felicidad es el fin que debe perseguirse, puesto que Sidgwick considera el tema del secreto moral únicamente en relación a la teoría ética utilitarista). Puede haber entonces un secreto de medio o un secreto de fines. Pero no me parece que pueda haber -a la vez- ambos secretos. En otras palabras: creo que hay un límite a la secretividad de los principios morales en el Nivel Uno, que voy a mostrar en los ejemplos que siguen.

El caso del padre responsable (versión uno): Pedro es un padre responsable y quiere que su hijo Pedrito engorde porque esto es bueno para su salud. Pero Pedrito siempre se opone a los planes de Pedro, por lo que éste no le dice que es bueno tener buena salud. Aunque sabe que engordar es un medio para tener buena salud, Pedrito engorda porque le mantuvieron en secreto la bondad del fin.

El caso del padre responsable (versión dos): Con el mismo propósito que en el caso anterior Pedro le revela a Pedrito que es bueno tener buena salud pero le oculta que engordar es un buen medio

[8] Sidgwick, cit., pág. 490.

para ello. Igual que en la versión anterior,
Pedrito engorda porque le mantuvieron en secreto
la bondad del medio[9].

Adviértase un detalle importante que es común a los dos ejemplos anteriores: en ambos el hijo deseaba frustar los deseos del padre a su respecto, y éste era el motivo del ocultamiento por parte del padre. En el primer caso se le ocultaba el fin, y en el segundo se le ocultaba el medio. Con cualquiera de los dos ocultamientos el padre conseguía su propósito, esto es, que su hijo engordara. Puesto que Sidgwick mismo no considera al secreto como un rasgo elogiable de una teoría moral[10] creo que podemos asumir sin riesgo que una teoría moral será mejor cuanto menos secreto tenga. En consecuencia, si se puede obtener el fin deseado con el menor secreto posible, lo correcto es hacerlo así. Los ejemplos anteriores nos permiten entonces establecer el *límite de la secretividad de los principios morales*: si se mantiene en secreto el fin no es necesario mantener en secreto los medios, y si se mantienen en secreto los medios no es necesario mantener en secreto el fin. Y puesto que hemos visto que una teoría moral mejora cuando disminuye su grado de secreto, el hecho de que un nivel de secreto no sea necesario muestra que ese nivel es incorrecto.

Traslademos ahora los ejemplos anteriores a la propuesta de Sidgwick. En el primer caso, habría que ocultarle a ciertos individuos que la felicidad es el fin que debe alcanzarse. En el segundo caso, a su vez, habría que ocultarle a ciertos individuos que ciertos medios conducen a la felicidad. Esta circunstancia plantea un problema que estaba ausente en los ejemplos citados. En ellos, Pedro era un padre responsable y Pedrito un hijo menor de edad que ignoraba lo que le convenía. El paternalismo de Pedro, entonces, era un paternalismo elogiable, el de un padre que se preocupa por el bienestar de sus hijos menores, aún en contra de la voluntad de éstos[11]. Pero Sidgwick propone otra cosa: propone que tratemos a ciertos adultos como si fueran niños y los hagamos felices aún en contra de su voluntad. Este es el paternalismo que han criticado todos los partidarios de la autonomía, en especial a partir de la aparición de la

[9] Conviene aclarar que en ambos casos el «porqué» se emplea con el alcance de condición necesaria, pero no de condición suficiente.

[10] Si el utilitarismo requiere en ciertas circunstancias algún grado de secreto y Sidgwick no considera al secreto un rasgo elogiable en una teoría moral, es obvio que en este aspecto esté empleando criterios independientes del utilitarismo.

[11] Quiero aclarar que hay un sentido en el cual Pedro no actúa «en contra de la voluntad» de Pedrito. Al haber sido engañado, Pedrito actúa voluntariamente. Su voluntad está viciada, como se dice el uso ordinario, pero no puede afirmarse que no exista. Si el objeto de la voluntad es un hecho, Pedrito actúa voluntariamente.

tesis de Mill en *On Liberty*. Supongamos que un adulto es partidario del principio del ascetismo, tal como lo describía Bentham[12]: una acción es correcta en tanto tiende a disminuir la felicidad, e incorrecta en tanto tiende a aumentarla. Este principio se opone entonces de manera constante al principio utilitarista. ¿Estamos autorizados moralmente a obligar a ese individuo a ser feliz? ¿Podemos hacerlo feliz utilizando la técnica del secreto en la forma propuesta por Sidgwick? Como se aprecia con claridad, la tesis de Sidgwick enfrenta un problema que estaba ausente en los ejemplos del padre responsable: el problema de la variedad criticable del paternalismo, no del paternalismo del padre que trata de esa forma a sus hijos menores, sino de los individuos que tratan a otros adultos con los que no tienen relación de parentesco como si ellos fueran sus hijos menores.

El utilitarismo -por supuesto- no tiene por qué oponerse al paternalismo. Si el único fin que es tenido en cuenta es la felicidad, y el criterio de correlación de las acciones deriva del grado en que ellas promueven la felicidad general, no se sigue de esto que la autonomía de los individuos deba ser respetada en el caso de que su violación incremente la felicidad general. Pero el utilitarismo ha tratado siempre de mostrar que su teoría es compatible con los principios liberales: no es casualidad que *On Liberty* haya sido escrito por uno de los más famosos teóricos del utilitarismo. En este sentido, el paternalismo implícito en la tesis de Sidgwick constituye una dificultad para la teoría utilitarista. Volveré sobre este tema enseguida al ocuparme del otro nivel de la secretividad y explicaré allí el particular defecto moral del paternalismo mantenido en secreto.

Veamos ahora entonces el Nivel Dos, esto es, el nivel en el cual se mantiene secreto el hecho de que es bueno practicar el secreto en el Nivel Uno. Para ello, examinemos nuevamente

El caso del padre responsable (versión tres):
Pedro quiere que Pedrito engorde y le prepara
una dieta estricta. A veces sería mejor apartarse
de ella, pero Pedro cree que Pedrito no tiene
discernimiento como para hacerlo y le mantiene
en secreto las características de esos casos, y
la existencia misma de la posibilidad de apartarse
de la dieta.

Lo que diferencia a este caso de las versiones anteriores es que aquí Pedro y Pedrito coinciden en cuanto al fin: ambos quieren que

[12] Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* Oxford, Basil Blackwell, 1967, págs. 132-133.

Pedrito engorde. Si no fuera así estaríamos en la versión 1 o en la versión 2 de este caso. Aquí se mantiene el secreto en el Nivel Uno (Pedrito no sabe cuáles son los casos en los que convendría apartarse de la dieta) y en el Nivel Dos (Pedrito no sabe que hay casos en los que conviene apartarse de la dieta). Trasladado al plano en que Sidgwick defiende el Nivel Dos de secreto, a los individuos se les oculta dos cosas: a) cuáles son los casos en los que conviene apartarse de las reglas, y b) que es posible apartarse de las reglas. ¿Es éste un ejemplo de paternalismo? Depende. Aunque coincida con su padre respecto del fin, si Pedrito quiere decidir por sí mismo y el padre se lo impide con sus niveles de secreto, sí lo sería. Y el paternalismo aceptable en el caso de Pedro y de Pedrito sería inaceptable en el caso avizorado por Sidgwick. La única manera de evitar la acusación de paternalismo consistiría en mostrar que los individuos a quienes se mantiene en la ignorancia han manifestado claramente su confianza absoluta en el grupo que los dirige y le han pedido a ese grupo que se limite a darles las instrucciones que sean convenientes para incrementar la felicidad general. Un ejemplo real no es difícil de imaginar. Supongamos que un paciente adulto le diga a su médico: -«Yo confío en su capacidad profesional para curarme. Dígame el tratamiento que debo seguir, pero mantenga en secreto tanto el diagnóstico cuanto las eventuales ventajas que podrían seguirse de un eventual apartamiento de sus instrucciones en ciertos casos». Si el médico atiende al pedido de su paciente no puede decirse que se comporte de manera paternalista.

Pero el problema aparece, por supuesto, cuando Pedrito -tal como ocurría en las versiones 1 y 2- no comparte los fines de Pedro. Cuando, en el caso de Sidgwck, hay individuos que no desean contribuir a la felicidad general[13]. En esta circunstancia reaparece el paternalismo objetable y no hay manera de reconciliar la idea utilitarista de Sidgwick con la tesis liberal. Esto no debe sorprendernos. Cuando Sidgwick[14] estudia el principio de que un individuo no debería ser coercionado sólo por su propio bien señala que nadie afirma que este principio debe aplicarse a los niños, a los idiotas o a los locos. Pero si esto es así, pregunta, ¿podemos conocer *a priori* que debe aplicarse a todos los adultos sanos? Y responde: no es intuitivamente cierto que el mismo argumento no se aplique a la mayoría de la humanidad en su estado presente de progreso intelectual.

---

[13] O cuando desean contribuir a la felicidad general, pero no tienen confianza absoluta en el grupo dirigente, de modo que no aceptan ser mantenidos en la ignorancia.

[14] Sidgwick, cit., pág. 275.

Sidgwick no permitía ciertamente que su utilitarismo fuera limitado por consideraciones liberales.

¿Hay algún límite a la secretividad en el Nivel Dos que se corresponda con el límite que aparecía en el Nivel Uno? En el Nivel Dos se mantiene en secreto la posibilidad misma de mejorar la dieta por parte de Pedrito, y no ya los casos en los cuales esta mejoría podría operar. No hay que buscar un límite en este caso; hay en cambio una implicación que vincula a ambos niveles de secreto: el secreto en el Nivel Dos implica el secreto en el Nivel Uno. En efecto: mantener en secreto que la dieta tiene la posibilidad de ser mejorada implica mantener en secreto los casos específicos de mejoría de la dieta. En cambio, el secreto en el Nivel Uno no implica el secreto en el Nivel Dos. Pedro podría decirle a Pedrito: -«No es ningún secreto que la dieta puede ser mejorada en ciertos casos, pero voy a mantener esos casos en secreto».

¿Qué es lo que busca Sidgwick con la introducción del utilitarismo secreto? A mi parecer, busca algo curioso: defender al utilitarismo de reglas. Supongamos que exista una regla cuyo cumplimiento asegure la promoción de la felicidad general. Sin embargo, en ciertos casos concretos un apartamiento de la regla provocaría un aumento mayor en la felicidad general que el que provocaría su obediencia. Claro que no todos los individuos están capacitados para detectar esos casos concretos, por lo que la felicidad general se promoverá más efectivamente si mantenemos en secreto la existencia de tales casos, y aún la posibilidad misma de apartarse de las reglas.

Pero, ¿qué tiene esto de curioso, si es -en apariencia- una defensa bastante usual del utilitarismo de reglas, con el único agregado del recurso del secreto? La curiosidad deriva de la circunstancia de que Sidgwick es un fervoroso defensor del utilitarismo de actos. Cuando percibimos que los efectos de una tendencia felicífica son contrarios a la felicidad en un caso particular, dice Sidgwick, condenamos la tendencia en la medida en que opera de ese modo, y si se la sigue igualmente hablamos de fanatismo[15]. En otras palabras: seguir una regla en los casos en los que apartarse de ella maximiza la felicidad general es cosa de fanáticos. Pero el problema de Sidgwick parece consistir en averiguar cuáles son las personas capacitadas para apartarse de las reglas. (Sin embargo, también puede interpretarse el intento de Sidgwick como una política de promoción de las reglas y no como una defensa teórica de la superioridad del utilitarismo de reglas. Al admitir que se puede promover mejor

[15] Sidgwick, cit., pág. 428.

la felicidad general apartándose a veces de las reglas Sidgwick estaría defendiendo en realidad al utilitarismo de actos, si bien limitado a un cierto grupo de individuos. Esta interpretación tiene la ventaja de armonizar con el resto de la teoría utilitarista de Sidgwick).

Esto es precisamente lo que tiene de moralmente objetable la idea del secreto. No es lo único objetable, por cierto, y no es esta la tesis que defiendo. Gibbard, por ejemplo, muestra dos defectos importantes de la secretividad. El primero de ellos resulta de la circunstancia de que hablar de un modo insincero tiene un costo sicológico, puesto que priva al individuo que así lo hace de ciertas recompensas emocionales. El segundo radica en el hecho de que la falta de sinceridad afecta el propio juicio del individuo, puesto que el diálogo sincero contribuye a pensar correctamente[16]. Y Brandt comparte plenamente la crítica de Gibbard[17]. Pero el principal defecto, como acabo de señalar, radica en que la secretividad rechaza la igualdad moral de los individuos y sostiene la existencia de una *elite*. La *elite* está capacitada para apartarse de las reglas, pero el resto de los individuos no debe conocer siquiera esta posibilidad. La *elite,* por supuesto, consiste en el grupo de utilitaristas ilustrados de que habla Sidgwick. Esto es lo que resulta objetable si se acepta la idea de la igualdad. Y sigue siendo objetable aunque los utilitaristas ilustrados puedan hablar entre ellos con total sinceridad y sin padecer ninguno de los costos que señalaban Gibbard y Brandt. Es cierto que podría afirmarse que la igualdad moral no resulta afectada en estos casos porque la felicidad de todos los individuos cuenta por igual. Habría sólo una desigualdad fáctica, porque de hecho la generalización de ciertos conocimientos resultaría paretianamente ineficiente. Esta afirmación, sin embargo, no me resulta convincente puesto que la igualdad moral incluye la dignidad igual de todos los agentes morales, y negar que una persona posea la capacidad suficiente como para poner en práctica los principios morales significa privarla de su dignidad, aunque sea en forma parcial.

Pero, podría argumentarse, si la principal objeción a la secretividad reside en su aspecto paternalista, ésta no es una objeción específica al secreto. Porque el utilitarismo, secreto o no secreto, puede ser paternalista en la medida en que adoptar ese recurso maximice la felicidad general. Esto es cierto, desde luego. Sin embargo, hay algo particularmente objetable en la adopción del secreto. En este

---

[16] Allan Gibbard, «Utilitarianism and Human Rights», *Social Philosophy and Policy*, Vol. 1, Issue 2, pág. 101.

[17] Richard B. Brandt, *Morality. Utilitarianism, and Rights,* Cambridge University Press, 1992, pág. 206.

caso no sólo se emplean recursos paternalistas, sino que las «víctimas» del paternalismo ignoran incluso su carácter de tales. Al no tener conciencia de que son «víctimas» del paternalismo les resulta entonces más difícil rebelarse y procurar la restitución de su autonomía. Supongamos que en una sociedad determinada la *elite* dominante le niegue públicamente a sus súbditos la posibilidad del voto como medio de adoptar decisiones; las decisiones quedan circunscriptas a la *elite*. Los súbditos saben, entonces, que están privados de decidir por sí mismos y pueden luchar para remediar esta situación, la que -entre otras cosas- socava su autorrespeto. Pero supongamos ahora que esa misma *elite* mantiene oculta la circunstancia de que es posible votar para adoptar decisiones, diciéndole a los súbditos -por ejemplo- que Dios ha colocado en las manos de la *elite* la facultad de decidir. Este segundo tipo de paternalismo es peor que el primero, porque no sólo vulnera la autonomía de los individuos, sino que ni siquiera les informa que está vulnerando su autonomía. Es este rasgo el que, a mi juicio, toma particularmente objetable el tipo de paternalismo que proviene del secreto respecto de ciertos principios morales. El utilitarismo secreto contraría de manera especial el ideal liberal de la autonomía. (Acepto, sí, que lo contraría con un menor costo de felicidad, puesto que los individuos privados de autonomía no conocen esta circunstancia. Para condenar al utilitarismo secreto, entonces, hay que sostener la idea de la preeminencia absoluta de la autonomía sobre la felicidad).

Es este aspecto particularmente objetable de la secretividad el que pasa por alto la crítica de Bemard Williams a las ideas de Sidgwick. Williams -con toda razón- identifica la secretividad con una actitud colonialista y denomina irónicamente a la teoría que la emplea el «utilitarismo de la Casa de Gobierno», donde la *elite* ordena y los súbditos se limita a obedecer[18]. De modo que él considera al paternalismo como el defecto central de la secretividad, pero sin advertir dos cosas: a) que el paternalismo no es un defecto confinado al utilitarismo secreto, pues también puede aceptarlo el utilitarismo público, y b) que el paternalismo mantenido en secreto es aún más objetable que el paternalismo hecho público.

Es, pues, perfectamente legítimo hablar de grados de paternalismo (estoy pensando sólo en el paternalismo objetable y no en la relación de los padres con sus hijos menores), tolerándolo hasta un cierto nivel y rechazándolo en un nivel superior. Es posible, por ejemplo, aceptar el grado de paternalismo que conlleva el utilitarismo

[18] Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy,* London, Fontana Press, 1985, págs. 108-109.

público, donde la felicidad general prima sobre la autonomía del individuo, pero a sabiendas de todos. Y rechazar, sin embargo, el grado mayor de paternalismo que conlleva el utilitarismo secreto, donde no sólo la felicidad general prima sobre la autonomía del individuo, sino que ni siquiera los individuos privados de su autonomía conocen la realidad de su situación. (Sobre la base -vuelvo a insistir- de que la autonomía se valora más que la felicidad).

Los problemas derivados de la teoría del utilitarismo secreto no concluyen por cierto aquí. Tampoco se sabe -por ejemplo- cuándo finalizaría la situación de secreto. Sigdwick afirma que todo utilitarista ilustrado debe desear que los restantes miembros de la sociedad concluyan integrando la *elite,* pero que la distinción entre ilustrados y no ilustrados es «un mal necesario en la situación actual de las comunidades civilizadas»[19]. Además del *cuándo* también se ignora el *cómo*. En efecto: si los postulados utilitaristas se mantienen secretos, ¿cómo haríamos para convertir a todos los individuos no ilustrados al utilitarismo?

Claro está que el secreto puede a veces ser aceptado por todos, como he dicho antes. En la versión 3 de *El caso del padre responsable* Pedrito, cuyos fines -no olvidemos- coinciden con los de Pedro, puede acordar con su padre que se mantengan en secreto determinados aspectos relacionados con su dieta, simplemente para no tentarse. Este no sería entonces un caso de paternalismo. Sus rasgos revelan un parecido con la situación de Ulises y las sirenas y, por tanto, la conducta de Pedro no sería más objetable que la conducta de los marineros que se negaron a liberar a Ulises.

Sidgwick tiene todavía una afirmación paradójica más para proporcionarnos: si el secreto y el meta-secreto son difíciles de mantener, entonces sería deseable para los utilitaristas (ilustrados) que la mayoría de los individuos (no ilustrados) repudiara los postulados del utilitarismo[20]. ¿Cómo debe entenderse esta afirmación? La manera más razonable de interpretarla consiste en sostener que aquellos que se equivocan cuando persiguen directamente la felicidad no deberían entonces hacerlo. Como ha mostrado Parfit[21] a veces la persecución directa de un fin resulta autofrustrante. Los individuos en cuestión seguirían adhiriendo al *fin* utilitarista (la maximización de la felicidad), pero los *medios* para lograrla quedarían circunscriptos a la *elite,* a aquellos individuos ilustrados que

[19] Sidgwick, cit., pág. 490.

[20] Sidgwick, cit., pág. 490.

[21] Derek Parfit, *Reasons and Persons,* Oxford, Clarendon Press, 1984 especialmente capítulos 1 y 4.

no se equivocan[22]. De este modo, todos los individuos conseguirían más felicidad, que es el fin que todos ellos comparten. En esta interpretación puede haber o no paternalismo según se tome o no en cuenta la voluntad de los individuos que no pertenecen a la *elite*. Si ellos coinciden en que los utilitaristas ilustrados son más capaces de proporcionarles felicidad y les confían la elección de los medios para hacerlo, entonces no hay paternalismo. (Mi médico y yo coincidimos en el fin de que yo tenga la mejor salud posible. Yo creo que él conoce mejor que yo los medios para lograr ese fin y acepto obedecer sus instrucciones. Mi médico no obra conmigo de manera paternalista). Pero si la *elite* impone coercitivamente la elección de los medios, entonces se configura una situación paternalista. (Mejor desde el punto de vista moral -de todos modos- que la situación del secreto, porque ahora el paternalismo es conocido por todos).

Parfit está pensando en esta situación: un grupo de individuos que cree que la mejor teoría moral es aquella que produce las mejores consecuencias llega a la conclusión de que las consecuencias mismas serían aún mejores si ellos lograran creer en alguna variedad de la teoría moral del sentido común, y consiguieran tener éxito en su intento: terminarían entonces creyendo en la moral del sentido común. Pero se presenta un grave problema posterior: debido a ciertos cambios en el mundo, las consecuencias podrían mejorar si se revisaran nuevamente las creencias morales del grupo. Sin embargo, ¿cómo van a revisar ahora estos individuos sus creencias morales sobre la base de que se producirían mejores consecuencias en el caso de que lo hicieran si ellos ya no creen en la teoría que recomienda producir las mejores consecuencias, sino en la teoría moral del sentido común? Para evitar este resultado, Parfit sugiere una medida de precaución: unas pocas personas deberían continuar creyendo (en secreto) en la teoría primitiva, y producir evidencia en su favor en caso de que ella fuera necesaria para continuar produciendo las mejores consecuencias en el futuro[23]. Esta sugerencia no conlleva el defecto del paternalismo, puesto que está implícita la idea de que *todos* los individuos que aceptan cambiar sus creencias en la teoría primitiva -precisamente para conseguir mejor los resultados que ella se propone- están también de acuerdo en que algunos continúen creyendo en ella en secreto.

Dejando a un lado ahora las dificultades derivadas del paternalismo, queda por examinar un solo tema vinculado con el secreto de

[22] De otra manera de interpretar la afirmación de Parfit, por supuesto, es que la mayoría de los individuos debería ignorar la idea misma de que el fin que debe perseguirse es la felicidad.

[23] Parfit, cit., págs. 41-42.

los principios morales y es el de su relación con la neutralidad y la relatividad agencial. Dos palabras primero acerca de la terminología que voy a emplear respecto de este tema, introducido originariamente por Thomas Nagel y desarrollado luego por Parfit.

Cuando hablo de «razón» estoy pensando en algo que se utiliza como justificación o como fundamento. Una razón agencialmente neutral nos dice que debemos buscar imparcialmente la felicidad general (o, si no queremos vincular de una manera tan decidida la neutralidad agencial con el utilitarismo, nos dice que debemos buscar imparcialmente el bien intrínseco). Las razones agencialmente neutrales no son simplemente razones que todos tienen. Es posible que exista una razón para que todos los individuos puedan ocuparse especialmente de sus propios hijos, aunque esta conducta disminuya la felicidad general. Esta es una razón *general,* sin duda, porque todos la tienen, pero no una razón *neutral,* porque permite dejar de lado la felicidad general. La neutralidad agencial, en resumen, prescribe la consideración imparcial de la felicidad de todos los individuos.

Las razones agencialmente relativas, a su vez, son de dos tipos: razones de autonomía y razones deontológicas. Las razones agencialmente relativas de autonomía *permiten* dejar de lado la felicidad general en ciertos casos, cuando ello es necesario para desarrollar el plan de vida del agente. Las razones deontológicas, en cambio, obligan a dejar de lado la felicidad general en ciertos casos (ordenan no matar, por ejemplo, ni siquiera cuando matando se disminuye el número de muertes).

Las razones, tanto neutrales como relativas, sirven como fundamento de normas. Pero del simple contenido de una norma no puede inferirse si ella está fundada en una razón neutral o en una razón relativa. Supongamos que una norma nos permita salvar a un pariente con preferencia respecto de las demás personas. En apariencia, estamos aquí ante una norma fundada en una razón agencialmente relativa. Pero no es necesariamente así, por supuesto. Consideremos el caso del individuo que debe optar entre salvar la vida de Fenelón o de su criado, sobre la base de que el mérito de Fenelón es muy superior al del criado, pero el criado -a su vez- es el padre del salvador que debe optar entre ambos. Este es el caso que analiza William Godwin, llegando a la conclusión de que permitir salvar al padre estimula un hábito que ocasionará una serie sucesiva de utilidades futuras, de donde resultará en beneficio de la felicidad general[24]. Es

[24] William Godwin, «Toughts Occasions by the Perusal of Dr. Parr's Spital Sermon, Preached at Christ Church, April 15, 1800", en *Enquiry Concerning Political Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1971, pág. 325.

así que una norma que permita tomar en consideración relaciones de parentesco puede ser una norma instrumental, en el sentido de estar basada en una razón agencialmente neutral y ser el medio de maximizar la felicidad general. Por supuesto, que no cabe excluir la posibilidad de que esa misma norma esté basada en una razón agencialmente relativa y que se permita tomar en consideración a las relaciones de parentesco, aunque la felicidad general disminuya. Pero para averiguar esto no podemos detenemos en el contenido de la norma.

¿En qué tipo de razones estaba pensando Sidgwick cuando introdujo el tema del utilitarismo secreto? A primera vista, parece claro que los ciudadanos comunes y los utilitaristas ilustrados deben estar gobernados por normas diferentes. Las normas que guían a los ciudadanos comunes no hacen referencia a la felicidad general, mientras que las normas que guían a los utilitaristas ilustrados, por supuesto que hacen referencia a la felicidad general. No se trata, entonces, en ninguno de los dos casos, de normas generales, puesto que no son normas que valen para todos. Pero ya hemos visto que no había que confundir la generalidad con la neutralidad. Ahora podemos agregar algo más: tampoco hay que confundir la ausencia de generalidad con la ausencia de neutralidad. Porque si bien las normas que guían la conducta de los ciudadanos comunes y de los utilitaristas ilustrados son distintas, la *razón* que fundamenta estas normas es la misma: es la razón agencialmente neutral de que debe promoverse la felicidad general.

La diferencia en las normas se explica muy sencillamente. En el caso de los ciudadanos comunes se trata de normas instrumentales: sin mencionar a la felicidad general son medios aptos para conseguirla. En el caso de los utilitaristas ilustrados el contenido mismo de la norma ya menciona la felicidad general. Pero en los dos casos el fundamento es el mismo: la razón agencialmente neutral de promover la felicidad general.

Es en este sentido Sidgwick sigue la ortodoxia utilitarista de basarse sólo en razones agencialmente neutrales. Nótese, en especial, que el utilitarismo no acepta que disminuya la felicidad general para que puedan llevarse a cabo determinados planes de vida. Si el utilitarismo quisiera acercarse al liberalismo debería aceptar -en cierta medida- la existencia de razones agencialmente relativas de autonomía. Pero el utilitarismo estricto quiere maximizar la felicidad, no la autonomía.

Resumo, entonces, las conclusiones de este trabajo:

1. Hay dos niveles de secreto en la teoría del utilitarismo secreto. En el Nivel Uno, la corrección de determinadas acciones se mantiene en secreto, y en el Nivel Dos la doctrina que sostiene que

hay acciones que son correctas si se realizan en secreto se mantiene -a su vez- secreta.

2. Hay un límite a la secretividad en el Nivel Uno: si se mantiene en secreto el fin no es necesario mantener en secreto los medios para alcanzarlo, y viceversa.

3. Hay una implicación en la secretividad que vincula a ambos niveles: el secreto en el Nivel Dos implica el secreto en el Nivel Uno, pero no a la inversa.

4. El paternalismo secreto es particularmente objetable desde el punto de vista moral, puesto que sus víctimas ignoran el carácter de tales.

5. Hay grados de paternalismo, y aunque se acepte el paternalismo que eventualmente puede aparecer en el utilitarismo público, igualmente puede rechazarse el paternalismo que aparece en el utilitarismo secreto.

6. El utilitarismo secreto emplea sólo razones agencialmente neutrales, exactamente como lo hace el utilitarismo público.

Las conclusiones cuarta y quinta muestran que la estrategia oblicua que anunciara al comienzo ha dado algún fruto. Lo objetable de los principios morales secretos habla en favor de la publicidad de tales principios[25].

---

[25] Agradezco a Hugo Zuleta sus valiosas observaciones sobre este trabajo.

«OPINIÓN PÚBLICA LIBRE» Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

> «The Court of Public Opinion, open day and night, is to lay down for everything all the time. It is not workable. And when you consider the nature of news, it is not even thinkable».
>
> *Walter Lippman*

El concepto de opinión pública, o de «opinión pública libre» (en adelante O.P. y O.P.L.) forma parte del discurso jurídico constitucional del Estado democrático. Aunque no aparezca en el texto constitucional, dicho concepto es utilizado frecuentemente, con un valor normativo, en la argumentación de las sentencias y resoluciones de los tribunales constitucionales. También el Tribunal Constitucional español ha recurrido a él en diversas ocasiones, sobre todo como base legitimadora capaz de proyectar determinadas condiciones para la regulación jurídica de los medios de comunicación de masas, especialmente de la televisión. El T.C. se ha servido de él para justificar una organización de los medios independiente del poder y pluralista, requisito que estima indispensable para la libre formación de la O.P. Una O.P.L. vendría exigida por el paradigma de legitimidad del Estado democrático, puesto que, sin ella, quedarían vaciados de contenido otros derechos y garantías constitucionales, y su ejercicio no respondería al sentido democrático con el que esos derechos y garantías han sido dotados.

Este trabajo pretende analizar la estrategia argumentativa que ha desarrollado el alto tribunal a partir del concepto de O.P.L. Pretende mostrar las implicaciones filosófico-políticas que hay en el uso de ese tópico, y cuestionar la consistencia que tiene su utilización como fundamento de un discurso tendente a la legitimación democrática del

Estado. Es un trabajo, por tanto, de crítica de la ideología jurídica, porque, adelantando conclusiones, el que suscribe está convencido del carácter mítico que tiene la opinión pública (libre) en una sociedad dominada por los medios de masas, y especialmente de la televisión.

Para ello voy a exponer, en primer lugar, brevemente las sentencias del T.C. en las que aparece el concepto de O.P.L., respetando la coherencia interna de la argumentación y señalando las líneas fundamentales que jalonan el discurso jurídico del Tribunal (I). En segundo lugar, voy a proceder a explicar el alcance normativo que el concepto de O.P. tiene desde el punto de vista de la legitimidad democrática del Estado (II). Finalmente, me voy a referir a los obstáculos que desde los medios de comunicación de masas pueden surgir para la formación de una O.P.L., y que, incluso a pesar de todas las precauciones jurídico-políticas, suponen un desmentido a las pretensiones legitimadoras del discurso jurídico acerca de la O.P. (III).

I. Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la opinión pública y los medios

Los argumentos del T.C. se inscriben en la tradición filosófico jurídica del pensamiento liberal, completados con las aportaciones y correcciones que como consecuencia de la vigencia histórica del Estado social han sido realizadas a dicha tradición. El punto de partida de tales argumentos lo constituye sin duda la Constitución española de 1978, que en su artículo 20.1 apartado a) garantiza el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», y en su apartado d) «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión».

En su primera sentencia sobre el tema, pronunciada el 16 de marzo de 1981 (STC 6/1981), el T.C. esboza las líneas básicas configuradoras de la interpretación de los derechos y libertades del artículo 20 CE, que serán confirmadas y desarrolladas en sentencias posteriores[1]. En el contexto de esta interpretación, el T.C. recurre al concepto de «comunicación pública libre» como finalidad objetiva de

[1] Se trata en esta sentencia de resolver un recurso de amparo interpuesto por unos periodistas contra las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que confirmaban un acuerdo del Consejo de Dirección del Organismo Autónomo «Medios de Comunicación Social del Estado», por el que suspendió la publicación de dos diarios de San Sebastián. El recurso es desestimado, pero de los razonamientos del T.C. se desprenden importantes conclusiones acerca del alcance sociopolítico de las libertades de expresión e información.

las libertades de expresión e información, y con este concepto, las garantías del proceso democrático de formación de la voluntad política entran a formar parte del sentido de esas libertades: «El artículo 20 CE, en sus distintos apartados», dice el Tribunal, «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre exige la garantía a ciertos derechos fundamentales, «pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social (...)» (F.J. 3.º).

Ya desde esta primera sentencia, la argumentación del T.C. enfoca los derechos subjetivos a la libertad de expresión e información desde el punto de vista de su función política objetiva. A partir de aquí, el ejercicio de tales derechos podrá experimentar los condicionamientos que se estimen necesarios para asegurar que la mencionada función política no quede desvirtuada. Consecuentemente, los poderes públicos están legitimados para adoptar las medidas que estimen necesarias a fin de preservar la libertad de la comunicación pública, sobre todo por lo que respecta a la organización jurídica de los medios.

Una segunda sentencia del T.C., de fecha 31 de marzo de 1982 (STC/1982), reitera y amplía los argumentos utilizados en la primera. Se puede decir que ésta es la sentencia más importante que ha pronunciado el T.C. sobre los medios de comunicación, en la que de una forma más explícita insiste en la relación entre la O.P., la democracia y los medios[2]:

1.º Según el Tribunal, el artículo 20.1 CE protege ante todo un derecho de libertad, que se traduce en la ausencia de interferencias o intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación.

---

[2] En esta ocasión el T. C. se pronuncia sobre la posibilidad de organizar la televisión privada en España. Según la ley, la radio y la televisión son consideradas como «servicios públicos esenciales cuya titularidad corresponde al Estado» (art. 1º, 2 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión), y la gestión de la televisión está en ese momento monopolizada por el ente público RTVE. Al T. C. llega un recurso de amparo en el que se solicita el reconocimiento del derecho a gestionar, por parte de una compañía privada, el servicio público de la televisión para todo el ámbito nacional. El Tribunal desestima el recurso, y entre sus argumentos ocupa un lugar destacado la necesidad de preservar el pluralismo comunicativo.

Pero también significa «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático». Como derecho de libertad común a todos los ciudadanos, «comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible». Pero este derecho «presenta indudables límites», entre los cuales se encuentra «la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos». La escasez natural o tecnológica de los bienes que se utilizan como medio de reproducción determina una tendencia oligopolística que es preciso evitar, e igualmente es necesario articular jurídicamente el goce de tales bienes y resolver los problemas técnicos que plantea su utilización (F. J. 3.º).

2.º «La configuración de la televisión como servicio público, aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político, se encuentra dentro de los poderes del legislador». Tal configuración, establecida en el artículo 1.º, 2, de la Ley 4/1980, de 10 de enero, se fundamenta en la concepción que el legislador mantiene respecto a la radio y la televisión, y que manifiesta en el preámbulo de dicha ley: la radio y la televisión «son un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones y de medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean efectivas». Ahora bien, «adoptar el sistema de gestión indirecta del servicio público requiere una decisión del legislador y un desarrollo legislativo que este Tribunal no puede suplir». (F. J. 4.º y 5.º).

3.º La televisión privada no está impuesta por el artículo 20 CE, ni se deriva necesariamente de él. Tampoco está constitucionalmente impedida. «Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley orgánica en la medida en que afecta al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 (artículo 81 CE) y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo, (...) sea como factores resultantes de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio, (...) porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder como el ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión» (F. J. 6.º).

Como vemos, esta sentencia insiste en la funcionalidad objetiva del derecho a la libertad de expresión e información. Este no se puede

considerar sólo como un derecho que protege un interés meramente individual, y que se traduciría en la abstención del Estado de cualquier regulación o actividad que pudiera perturbarlo, sino que hay que entenderlo también como garantía de una institución política fundamental, como es la «opinión pública libre». Es la primera vez que el T.C. utiliza literalmente este tópico, que volverá a repetir en multitud de sentencias posteriores. La O.P.L., indisolublemente ligada al pluralismo político, valor fundamental del Estado democrático, sirve como argumento orientado a limitar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, o mejor dicho, la libre iniciativa a la hora de crear los medios materiales que lo hacen posible. El derecho no puede ser absoluto, sino relativo: queda relativizado en aras del pluralismo político.

Nuestro T. C. sigue una lógica que en principio, es coherente con la ideología del individualismo liberal: el ejercicio del derecho de uno no puede impedir el ejercicio de los derechos de los demás. El derecho no se puede convertir en privilegio. Si la libre formación de la O. P. queda obstaculizada por el hecho de que no todos pueden jurídicamente contribuir a ella, entonces se imponen ciertas restricciones.

Pero no es solamente la limitación natural de los medios materiales de difusión (las ondas electromagnéticas) lo que exige una intervención reguladora del Estado, sino consideraciones de interés general, es decir, la conciencia de que el libre juego de las fuerzas sociales no conduce necesariamente al fin que se considera deseable. Es una lógica distinta, la lógica del Estado social, la que aquí se introduce y da sentido a las argumentaciones del Tribunal Constitucional.

Por eso, la limitación o relativización del derecho llega hasta el punto de su transformación en servicio público. Este es también el caso de la mayoría de los países democráticos, sobre todo europeos, cuyos ordenamientos jurídicos reservaron en su momento al Estado la actividad radiotelevisiva, dadas las condiciones no sólo tecnológicas (la aludida escasez de frecuencias), sino también económicas (necesidad de invertir grandes capitales) y sociológicas (amplitud de los efectos) de dicha actividad. El origen de la institución jurídica del servicio público para la radiotelevisión comienza en el mismo momento en que se inicia la actividad radiofónica, tanto por razones democráticas, dadas las peculiaridades del medio, como, en algunos países, por razones exactamente opuestas. Pero, en cualquier caso, la radiotelevisión se aparta, con pocas excepciones, de lo que era y ha seguido siendo característica de la libertad de prensa: la libre iniciativa privada. Y el hecho de que tenga un relevante papel en la formación de la O. P. es una de las razones determinantes de la transformación jurídica de este medio.

Nuestro T. C. parece admitir la constitucionalidad de la calificación que el legislador hace de la radiotelevisión como servicio público. Pero también se cuida de establecer la obligación que el legislador tiene, en caso de regular la gestión indirecta del servicio, de respetar los principios de libertad, igualdad y pluralismo. Estos principios pueden ser el resultado de las relaciones del conjunto de los medios (pluralismo externo), o pueden ser inherentes a cada uno de ellos (pluralismo interno), pero de una u otra forma habrán de inspirar necesariamente la regulación jurídica de la comunicación pública para que el proceso democrático no quede falseado.

El alcance de los derechos y libertades del artículo 20 CE vuelve a ser planteado por el T. C. con ocasión de un recurso de amparo en el que se reivindicaba la prevalencia de estos derechos frente a la lesión que su ejercicio puede provocar en el honor de otras personas. Se trata de la STC 104/1986, de 17 de julio. El T. C. otorga el amparo argumentado que si bien el derecho al honor es un derecho fundamental, los derechos del artículo 20 CE son más que eso. Citando las sentencias 12/1982 y 6/1981, el tribunal aduce que significan también «el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático». El hecho de que el artículo 20 de la Constitución garantiza el «mantenimiento de una comunicación pública libre» otorga a las libertades protegidas por ese artículo «una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales» (F. J. 5.º)[3].

Pero esta valoración que trasciende la simple consideración de la libertad de expresión e información como un derecho fundamental no implica que, cuando se haya de ejercer a través de la radiodifusión o la televisión, ese derecho deba transformarse forzosamente en un servicio público de titularidad estatal. La alternativa derecho

[3] Se puede rastrear este argumento a lo largo de una jurisprudencia constante que, sin embargo, no resuelve todos los casos concretos planteados ante el tribunal en favor de la libertad de comunicación. Cuando las opiniones o la información entran en conflicto con otros derechos subjetivos, es precisa una ponderación casuística, en la que el interés general en la libre formación de la opinión pública debe prevalecer sobre el derecho subjetivo. Pero ello no significa que la libertad de expresión e información carezca de límites. Sobre el tema de los límites, A. Aguilera Fernández, *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (Posibilidades y límites constitucionales),* Granada, 1990; C. Carmona Salgado, *Libertad de expresión e información y sus límites,* Madrid, 1991; Marc Carillo, *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978,* Barcelona, 1987; R. Rebollo Vargas, *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales,* Madrid, 1992.

subjetivo - servicio público es objeto en la actualidad de un vivo debate, sobre todo en el ámbito de la doctrina administrativista. La diferencia es manifiesta. Desde el punto de vista teórico, la declaración de servicio público transforma el derecho fundamental inherente al individuo (que puede, desde luego, ser restringido con las limitaciones que se consideren pertinentes en orden a salvaguardar el pluralismo) en el derecho concedido por la Administración a gestionar una actividad cuyo titular es el Estado. Y, desde el punto de vista práctico, la declaración de servicio público escamotea el ejercicio inmediato del derecho por los particulares y lo hace depender de la voluntad política del Gobierno, que puede regularlo o aplazarlo indefinidamente, como es el caso hasta ahora de la modalidad de televisión de ámbito local[4].

A pesar de que la argumentación del T. C. parece confirmar la admisibilidad de la declaración de servicio público para la radio y la televisión, la cuestión sigue abierta. Como el mismo T. C. ha afirmado en otra ocasión, concretamente en la sentencia 106/1986, de 24 de julio, hasta ese momento aún no se había pronunciado de una manera expresa y definitiva acerca de la validez del precepto del artículo 1.2 del Estatuto de RTV, ya que ninguno de los procesos constitucionales iniciados en virtud de un recurso de amparo «tuvo como objeto expreso y directo el control de dicho precepto» (E J. 2.º). El T. C. sigue sin pronunciarse frontalmente sobre la validez de este artículo, como tampoco lo ha hecho sobre el precepto correspondiente de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, de 8 de diciembre de 1987, que en su artículo 2.1 establece que «las telecomunicaciones tienen la consideración de servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público».

Aunque ya no se dan las condiciones tecnológicas y económicas que condicionaron inicialmente la reserva al Estado de la radio y la televisión, sí siguen existiendo las condiciones sociológicas. Es, efectivamente, la profunda incidencia que sobre la cultura, la política, las actitudes y el modo de vida en general tienen la radio y la televisión, sobre todo esta última, lo que hace que se siga defendiendo su consideración como servicio público. En esto se basa la sentencia 206/1990, de 13 de diciembre, en la que el T. C. desestima varios

---

[4] Sobre la alternativa servicio público - derecho subjetivo se pueden ver más amplias referencias en D. Cuadra y M. Saavedra: «Crisis del Estado social y política institucional alternativa: los medios de comunicación de masas», en M. Monereo (coord.), *Perspectivas del socialismo hoy,* vol. I, Madrid, 1992, págs. 171 y ss.: pero sobre todo Fr. J. Bastida, *La libertad de antena. El derecho a crear televisión,* Barcelona, 1990, y C. Chinchilla, *La radiotelevisión como servicio públicos esencial,* Madrid, 1968.

recursos de amparo contra determinadas resoluciones administrativas que denegaron la atribución de frecuencias y potencias de televisión y radio de alcance estrictamente local, y contra las sentencias que las confirmaron. Sus argumentos sobre el fondo de la cuestión son similares a los que ya conocemos, repitiendo sobre todo los que ya manifestó el tribunal en la sentencia 12/1982, de 31 de marzo.

No es esta la ocasión para entrar en el debate en torno a la calificación de la televisión como servicio público. De todas formas, también aquellos que, desde la doctrina jurídica, *no* se oponen a la calificación de la actividad radiotelevisiva como servicio público, recurren a la noción de O.P.L., en consonancia con la jurisprudencia constitucional, para tachar a nuestro sistema de televisión como gravemente deficiente desde el punto de vista constitucional[5]. Aun admitiendo que la declaración de servicio público para la televisión sea constitucionalmente legítima, no parece que la organización jurídica de la televisión en nuestro país cumpla las condiciones necesarias para la formación de una O.P.L. A pesar de la Ley de Televisión Privada, de 3 de mayo de 1988, nuestro sistema jurídico de televisión está lastrado por una fuerte dependencia de la Administración, por su insuficiente pluralismo y por su absoluta dependencia del mercado de la publicidad, lo cual, como veremos después, es uno de los más graves obstáculos para esa libre formación de la O.P. que el T.C. dice ser el objetivo de la regulación jurídica del medio.

II. La opinión pública libre y la legitimidad democrática

Dejando a un lado el enjuiciamiento, desde el punto de vista constitucional, del sistema de televisión en nuestro país, quisiera referirme a continuación al porqué del potencial legitimador de la O.P.L., a las razones por las cuales la jurisprudencia constitucional basa en ella sus propuestas de legitimidad y crítica normativas. No es tan evidente

[5] C. Chinchilla Marín, «El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en S. Martín- Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II: De los derechos y deberes fundamentales, Madrid, 1991, págs, 943 y ss.; J. Esteve Pardo, «Servicio público de televisión y garantía de la institución de la opinión pública libre», en *Revista de Administración Pública,* n.º 123, sep-dic. 1990, págs. 185 y ss. Yo mismo he manifestado algunas dudas en otras ocasiones sobre la constitucionalidad de las leyes que rigen nuestra televisión. Así, en «La libertad de expresión e información y el problema de la televisión privada en nuestro ordenamiento jurídico», en *Anuario de Filosofía del Derecho,* N.E., T. I., 1984, págs. 219 y ss.; y en D. Cuadra y M. Saavedra, «Crisis del Estado social...», cit.

que, ni siquiera en una sociedad democrática, la O.P. posea esa capacidad legitimadora que la hace convertirse en punto de referencia del ordenamiento jurídico-constitucional del Estado. No es tan evidente después de todas las experiencias que poseemos a estas alturas de la historia de las sociedades de «capitalismo industrial avanzado», por utilizar una expresión de uso frecuente. Los embates descalificadores que ha sufrido la O.P en este tipo de sociedades la han dejado en una situación problemática, que invita a cuestionar su potencial normativo y crítico.

El sentido y la valoración de la O.P. es algo controvertido. No es mi propósito ahondar en la teoría de este concepto. Han sido muchos y variados los planteamientos que han abordado el estudio del fenómeno al que alude la expresión, y muchas las definiciones que han intentado expresar sintéticamente su significado[6]. Doy por supuesto que en el lenguaje jurídico se utiliza sin demasiada precisión, recogiendo el uso ordinario del término. En ese sentido podríamos decir que alude a una forma de pensar, compartida por gran parte de los miembros de una sociedad, que incluye pretensiones normativas sobre asuntos socialmente relevantes, y que surge como resultado de un proceso de discusión en ámbitos y canales públicos. No es una magnitud homogénea, de tal manera que no podemos hablar de una única O.P., pero esto no le resta nada a su carácter representativo.

Entre las funciones de la O.P. figura en un primer plano la de actuar como instancia de legitimación política, y de ese supuesto partimos también aquí[7]. La dependencia del poder respecto a la opinión de aquellos que están sujetos a él se ha reconocido al menos desde Maquiavelo, es decir, desde antes de que, con los fisiócratas, se produjese una primera elaboración teórica del concepto.

Pero el adjetivo libre añade a la noción de O.P. una pretensión de autenticidad legitimadora. Ya no estaríamos en presencia de una mera función social de «legitimación», sino de una función ética de «legitimidad». El control y la influencia que una O.P. libremente

---

[6] Como muestra de esa variedad, véase el documentado estudio de C. Montón Arribas, *La opinión pública. Teorías, concepto y métodos,* Madrid, 1987. Un reciente intento de aclaración conceptual del término y de determinación de su alcance normativo en el Estado democrático, en Ruth Zimmerling: «Öffentliche Meinung. Öffentlichkeit und repräsentative Demokratie», en W. Krawietz y G. H. von Wright (eds.), *Öffentliche oder private Moral? Festschrift für E. Garzón Valdés,* Berlín. 1992, págs. 259 y ss.

[7] V. Rovigatti, *Lecciones sobre la ciencia de la opinión pública,* Quito, 1981, págs. 161 y ss.; E. Noelle-Neumann insiste también en la función de integración social que tiene la O.P.: *Öffentliche Meinung. Die Entdeckung der Schweigespirale*, Francfort/Berlín, 1989; «Public Opinion and the Classical Tradition: A Re-evaluation», en *Public Opinion Quarterlv,* 1979, págs. 143 y ss.

formada ejerce sobre el poder puede pretender calidades normativas porque equivale a una forma de realizar la democracia. Como el Parlamento, y junto a él, tiene una función representativa. Según el paradigma democrático de legitimidad de los primeros liberales, a través de la O.P. se expresa permanentemente la soberanía popular. A través de la O.P. libremente formada, se entiende, es decir, como resultado de las libertades de opinión, de expresión y de prensa. Para la ideología democrático-liberal la O.P. es una instancia crítica y reflexiva que se forma mediante el razonamiento público que ejercen las personas privadas sobre los asuntos de interés general[8]. Libertad de expresión, racionalidad, O.P. y democracia están esencialmente vinculadas para una gran parte de la tradición liberal. En su lucha contra el despotismo, los liberales acentuaron las virtudes racionalizadoras de la discusión pública, y reclamaron para la O.P. libremente formada la capacidad de reflejar la verdad política en lo que atañe a los asuntos de gobierno. En Bentham, y también en Kant, encontramos estos motivos en su defensa de la libre y pública discusión. La libertad de expresión tendía a producir un O.P. valorada positivamente[9].

Es verdad que, posteriormente, el liberalismo también ha vinculado la libertad de prensa a una O.P. valorada negativamente. También ha insistido en la necesidad de libertad de expresión y de prensa para oponerse a las verdades establecidas y denunciar errores, para criticar las convenciones que oprimen al individuo y disolver los prejuicios firmemente arraigados, es decir, para sacudirse el «yugo de la O.P.» (J. S. Mill, Tocqueville). De una O.P. que se percibe, ya no como un medio de racionalización del poder, sino como vehículo de la tiranía de una mayoría irreflexiva y susceptible de manipulación. Pero la insistencia en la necesidad de la crítica pública implica el reconocimiento del poder de esta última (de la crítica) para hallar la verdad, o al menos una nueva aproximación a la verdad, que sea capaz de fertilizar las opiniones y lograr puntos de vista que puedan ser compartidos. Un liberal de nuestros días, como K. Popper, comparte con Mill los mismos recelos ante la O.P. y el mismo optimismo ante las posibilidades racionalizadoras del debate público:

> «Esa entidad intangible y vaga llamada opinión pública a veces revela una sagacidad sin rebuscamiento, o más a menudo, una sensibilidad moral superior a la del equipo gobernante. Sin embargo, constituye un peligro para la libertad, si no está

[8] Véase J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública,* Barcelona, 1981.

[9] Ver M. Saavedra, *La libertad de expresión en el Estado de derecho. Entre la utopía* y *la realidad,* Barcelona, 1987.

moderada por una fuerte tradición liberal. Es peligrosa como árbitro del gusto e inaceptable como árbitro de la verdad. Pero a veces puede asumir el papel de un ilustrado árbitro de la justicia (...). Debe distinguirse la opinión pública de la publicidad de la discusión libre y crítica que es (o debería ser) la norma en la ciencia, y que incluye la discusión de problemas de justicia y otros temas morales. La opinión pública recibe la influencia de las discusiones de este tipo, pero no es el resultado de ellas, ni está bajo su control. Su influencia benéfica será tanto mayor cuanto más honestas, simples y claras sean tales discusiones»[10].

Esta distinción entre O.P. y publicidad debe ser retenida como una de las claves que puede ayudar a plantear correctamente el problema de la capacidad legitimadora de la O.P. Efectivamente, un planteamiento correcto confiere legitimidad, en primer lugar, a las instituciones de una publicidad crítica, entre las que se encuentran fundamentalmente las garantías jurídicas de la libertad de expresión, de información y de prensa. El potencial legitimador de la O.P. se deriva precisamente de la existencia de una publicidad activa, que permite el intercambio de información, la crítica mutua y el debate argumentativo[11].

Esto es coherente con el sentido procedimental de la democracia, e incluso con el sentido comunicativo-racional de la legitimidad normativa. La democracia política es el conjunto de condiciones cuyo significado es hacer posible el surgimiento, bajo condiciones limitadas, de un acuerdo razonado sobre pautas de acción colectiva. Aun cuando ese acuerdo no se logre en la práctica, se presupone como objeto intencional de una discusión a base de argumentos. La democracia obtiene la legitimidad por su carácter deliberativo[12]. Incluso aunque se entienda la democracia más bien como estructura que hace posible el disentimiento, como instrumento de control y como medio

---

[10] K. Popper, «La opinión pública y los principios liberales», en Id: *Conjeturas y refutaciones,* Barcelona, 1983, págs. 416 y ss., pág. 423.

[11] Esta distinción entre O.P. y publicidad se corresponde, por lo demás con la distinción que entre ambos conceptos puede trazarse desde un punto de vista sociológico. La publicidad -o esfera pública- sería un sistema comunicativo que actúa como intermediario entre el sistema político, los ciudadanos y otros subsistemas sociales, que selecciona, elabora y sintetiza información, y que produce opinión pública. Véase J. Gerhards y F. Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit. Fragestellungen und Ansätze,* Berlín, 1990.

[12] En el Prólogo a la última edición de *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (Francfort, 1990) Habermas conecta en este sentido las estructuras de la publicidad con la ética del discurso (págs. 38 y ss.). También en *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* Francfort, 1992, págs. 349 y ss.

para manifestar y reivindicar la oposición y el desacuerdo[13], ese carácter deliberativo es el que le sigue confiriendo la legitimidad.

Pero la existencia de una publicidad activa no garantiza que la O.P. sea el resultado de ese debate público y libre. Antes bien ésta puede escapar a su control, y esto es lo que ha originado el escepticismo sobre su capacidad legitimadora.

Las críticas reiteradas de que ha sido objeto el concepto de O.P. han denunciado desde distintos planteamientos su proclividad a dejarse influir por impulsos instintivos, estereotipos y prejuicios fuertemente condicionados por las fuerzas y factores operantes en una sociedad de masas. No quiero abundar en esas críticas, que han desvalorizado el potencial racionalizador y legitimador de la O.P. Desde Hegel hasta los estudios actuales sobre el funcionamiento y los efectos de los medios de comunicación de masas, puede ponerse en duda, por unas u otras razones, que la O.P. sea el resultado de un debate racional. Esta O.P. no sería más que una ficción de la que sin embargo sigue alimentándose el discurso jurídico-constitucional del Estado de derecho[14].

Si el discurso jurídico sigue alimentándose de esta noción normativa de O.P.L. es precisamente en el sentido democrático liberal originario de representar el parecer de la sociedad como resultado del funcionamiento sin trabas de la publicidad. La O.P.L. no es un hecho, es una aspiración. Una aspiración que proyecta determinados condicionamientos regulativos sobre las instituciones sociales que tienen más influencia objetiva en su formación: los medios de comunicación de masas.

¿Pueden los medios de masas cumplir esa aspiración? ¿Pueden actualizar el potencial democrático expresado en su función de contribuir a la formación de una O.P.L.?

En su «Teoría de la acción comunicativa»[15] Habermas habla de la ambivalencia de los medios, de su doble potencial, autoritario y emancipatorio, de las contradicciones a las que están sometidos y que hacen las comunicaciones que transcurren por ellos «nunca pueden quedar fiablemente blindadas contra la posibilidad de ser contradichas por actores capaces de responder autónomamente de sus propios actos»[16]. Ya en *Historia y crítica de la opinión pública*, tras el estudio histórico-crítico que realizaba en esa obra de la degradación de la O.P. debido a las transformaciones sufridas por el ámbito de la publicidad,

---

[13] J. Keane, *The Media and Democracy,* Cambridge, 1991: también *Democracia y sociedad civil,* Madrid, 1992.

[14] J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública,* cit., pág. 262. También C. Montón, *La opinión pública,* cit.. págs. 27 y ss.

[15] Vol. II, págs. 552 y ss.

[16] Ibíd., pág. 553.

dejaba ver la posibilidad de superar la dinámica comunicativa que había hecho del público una masa aclamadora y acrítica[17].

En el Prólogo a la edición de 1990 de esa misma obra se pronuncia de una manera mucho más expresa sobre esa posibilidad, considerando sus razonamientos primitivos sobre la capacidad de resistencia y el potencial crítico del público de masas como demasiado pesimistas. Según él, a las funciones integradoras de los medios se contrapone un proceso de comunicación pública «que se regenera espontáneamente de las fuentes del mundo de la vida»[18], un proceso de comunicación autónomo, que discurre horizontalmente, y que tiene lugar en distintos ámbitos de la sociedad civil, sobre todo en instituciones y por instituciones de carácter asociativo, lejos del sistema administrativo. Asociaciones culturales, clubs de debates, foros ciudadanos, academias, Iglesias, medios independientes, organizaciones alternativas, etc., formarían la trama de tales instituciones. Habermas plantea, no obstante, la pregunta, «que no puede ser contestada sin un considerable despliegue de carácter empírico: si y en qué medida una publicidad dominada por los medios de masas permite a los elementos que sostienen la sociedad civil competir prometedoramente con el poder mediático de los invasores políticos y económicos, y por tanto modificar el espectro de los valores, temas y razones canalizados mediante influencias externas, superar sus límites de manera innovativa y filtrarlos críticamente»[19].

Desde la teoría de los medios de comunicación de masas se han venido realizando propuestas organizativas para desarrollar un modelo de comunicación audiovisual alternativo a los tradicionalmente existentes, dominados por las instituciones burocrático-administrativas o por el mercado. Se trataría de aprovechar las posibilidades abiertas por la ampliación de las disponibilidades tecnológicas, superando las barreras físicas e incluso económicas que han impedido el pluralismo en el ámbito de la comunicación pública. Tal modelo democrático-participativo de comunicación se traduciría en una red pluralista y descentralizada de medios no sujetos al mercado, por la que circularían sin restricciones la información y las opiniones que no encuentran eco suficiente en los canales clásicos, ampliando el proceso de formación de la opinión y ganando espacios para una regeneración democrática de la publicidad[20].

Es impensable que tal modelo pueda funcionar como una alternativa a los grandes medios de comunicación, centralizados y dirigidos

---

[17] *Historia y crítica de la opinión pública*, cit.. págs. 257 y ss.

[18] *Strukurwandel der Öffentlichkeit*, cit., pág. 28.

[19] Ibíd., pág. 17.

[20] D. McQuail, *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*. Barcelona, 1985, págs. 118 y ss. M. Saavedra, *La libertad de expresión en el*

a grandes masas de audiencia. Es más realista pensar que ocuparía un lugar secundario, en los intersticios o en los márgenes del sistema dominante, representado por las cadenas de radio y televisión estatales y regionales, y por los periódicos de amplia difusión. Pero con los grandes medios, públicos o privados, seguiríamos contando con los problemas burocráticos y comerciales que limitan el pluralismo comunicativo.

Otra posibilidad es orientar democráticamente la comunicación a través del modelo dominante, es decir, conseguir que los medios, en su conjunto, se hagan portavoces *también* de los intereses y expectativas de las minorías, y de los hechos y acontecimientos que les afectan, y que la información que difunden no adolezca de esa parcialidad característica que es consecuencia de la sumisión de los medios a la Administración o al mercado. Esta posibilidad es admitida por Habermas en *Faktizität und Geltung,* donde vuelve a defender el potencial crítico y democrático de la publicidad, no sin antes señalar las sombras que sobre ese ámbito arrojan unos medios sesgados por las fuerzas políticas y sociales dominantes[21].

Ahora bien, la posibilidad de recuperar los medios para una publicidad legitimadora depende de que sean apartados los obstáculos que esos mismos medios oponen a una comunicación auténticamente democrática, y por tanto, a la libre formación de la opinión.

III. Los obstáculos que impiden una libre formación de la opinión pública a través de los medios de comunicación de masas

Los medios actúan como vehículos que transportan la información, que sostienen la comunicación, que median entre los participantes en el proceso de discusión pública, pero también hacen algo más importante. Los medios actúan como canales autónomos de información y de argumentación, es decir, no como simples portavoces, sino como instituciones que poseen su propia legalidad y que condicionan con su propia dinámica el debate del que resulta la O.P.

Tradicionalmente se ha pensado que los obstáculos a la libre formación de la opinión proceden del contexto regulativo de los medios: la censura, el monopolio y el mercado. Pero cada vez se hace más

---

Estado de derecho, cit., págs. 140 y ss. Sobre el potencial democrático de este sistema de comunicación, recientemente, J. Keane, *The Media and Democracy,* Cambridge, 1991; también «La democracia y los medios de comunicación», en RICS (UNESCO), 129, 1991, págs. 549 y ss.

[21] *Faktizität und Geltung,* cit., págs. 435 y ss.

evidente que también proceden de los mismos medios, que, en combinación con un determinado entorno sociocultural, impiden o fomentan un determinado tipo de discurso, de información, o de aproximación a la realidad, que puede poner en cuestión la integridad de la O.P. resultante.

Los obstáculos a los que me acabo de referir están graduados de mayor a menor evidencia, pero no de mayor a menor eficacia. La censura y el monopolio han constituido el blanco de los ataques clásicos de los defensores de la libertad de expresión y de prensa. La primera batalla en favor de la libertad de prensa se dirige contra la censura mantenida por el despotismo del antiguo régimen. Ganada la batalla contra la censura, la amenaza contra la libertad va a proceder, ya en tiempos más recientes, de la concentración producida por la dinámica de los derechos de la propiedad y de la libre iniciativa económica. Contra ella se dirigen, con más o menos éxito, las legislaciones de los países democráticos, adoptando diversas medidas que favorecen la pluralidad de fuentes de información o que impiden el monopolio económico y publícístico.

El mercado empieza a denunciarse como un obstáculo para la libre formación de la O.P. desde los mismos albores de la prensa comercial. No sólo porque conduce a la concentración, sino porque proyecta sus propios intereses, específicos, sobre la dinámica informativa y cultural de la que resulta la O.P., restringiendo, como la censura y el monopolio, la variedad de mensajes que tienen acceso a la publicidad.

Con todo, lo que creo más importante es que la misma forma de ejercer la comunicación a través de los medios es restrictiva. Y esto con independencia (relativa) de la forma de financiación del medio correspondiente. Y es restrictiva para la formación de una OPL. que para ser tal necesita tener acceso a una información lo más completa y objetiva posible acerca de la realidad. Sin embargo, la información que suministran los medios es, de una manera específica, incompleta y subjetiva.

No es reprochable para la constitución democrática de la publicidad la incompletud y subjetividad de la información ofrecida por los medios individualmente considerados. No es muy problemático el hecho de que un periódico seleccione, o resalte, de entre los datos que ofrece la realidad, aquellos que le parece que poseen un mayor valor informativo. Ni es tampoco problemático que un medio o un periodista deje traslucir sus propias preferencias políticas o ideológicas a través de la información que transmite[22]. Esto no es forzosamente negativo para la formación de la O.P., dando por supuesta la existencia

[22] H. M. Kepplinger habla de una «gestión de los acontecimientos» por parte de la prensa, y muestra, utilizando los métodos propios de las ciencias sociales empíricas, la parcialidad típica del trabajo periodístico, a la que denomina «actualización

de una pluralidad de medios con distintas tendencias políticas e ideológicas. Si el individuo cuenta con un acceso a distintas fuentes de información, podrá obtener un panorama más o menos completo y objetivo de la realidad[23].

Tampoco es problemático el hecho de que los medios «construyan» la realidad. Es decir, tampoco es problemático si no se pretende que el conocimiento, o el lenguaje, sea una representación objetiva de la realidad. En la actualidad nadie sostiene esta pretensión, y, como todo el mundo sabe, las distintas teorías del conocimiento postpositivistas han problematizado en uno u otro sentido la relación sujeto-objeto, para hacer partícipe al primero de la constitución del segundo. La realidad no es accesible si no es a través de alguna representación de la misma, y precisamente a través de los medios se nos ofrece una tal representación.

Los medios transmiten una noción de la realidad en forma de noticias, comentarios, informes, etc., de un lado, y tomas de posición, críticas, opiniones, etc., de otro. Con ser esto último importante, aún lo es más lo primero. Así, se ha dicho que los medios tienen una función de «agenda-setting», de tal manera que la realidad que llega a ser objeto de la O.P. es la que los medios transmiten, y en la forma en la que éstos la transmiten. Ya en 1963 pudo decir Bernard Cohen que «(...) la prensa es significativamente algo más que un proveedor de información y de opinión. Puede que no tenga éxito muchas veces en decirle a la gente qué tiene que pensar, pero es tremendamente eficaz en decirle a los lectores sobre qué tienen que pensar»[24]. Los medios son selectivos, como también lo es el historiador o el sociólogo que

---

instrumental». Ver *Ereignismanagement. Wirklichkeit und Massenmedien,* Zurich, 1992; también H. M. Kepplinger y otros, «Instrumentelle Aktualisierung. Grundlagen einer Theorie publizistischer Konflikte», en M. Kaase / W. Schulz (eds.). *Massenkommunikation. Theorien, Methoden, Befunde,* Opladen 1989, págs. 199 y ss.

[23] Sí es reprochable, evidentemente, que el periodista, en el ejercicio de su actividad informativa, no cumpla las reglas de deontología profesional. Una de las más importantes es la que obliga a presentar separadamente la información y las opiniones, exigiendo para la información que ésta no sea manipulada intencionalmente para engañar al público. Ello viene exigido por la responsabilidad que debe guiar el ejercicio de la libertad de expresión por los profesionales, en virtud del derecho a la información que tiene la audiencia. Pero no siempre se hace así. Sobre el tema, L. Erbing, «Nachrichten zwischen Professionalität und Manipulation. Journalistische Berufsnormen und politische Kultur», en M. Kaase / W. Schulz (eds.), *Massenkommunikation,* cit., págs. 301 y ss.

[24] *The Press and Foreign Policy,* Princeton, 1963, pág. 13. Sobre la función de tematización o «agenda-setting» de los medios hay una larga serie de estudios teóricos y empíricos a partir del análisis de M. McCombs, y D. Shaw sobre las elecciones presidenciales norteamericanas de 1968. Ver M. McCombs y D. Shaw, «The Agenda-Setting Function of Mass Media», en *Public Opinion Quarterly,* vol. 36, 1972, págs. 176 y ss.; D. Weaber y otros, *Media Agenda-Setting in a Presidential Election*

intentan transcribir una noción fidedigna de la realidad[25]. Más aún, también como en el caso del historiador y el sociólogo, la selectividad de los medios es constitutiva en el sentido de que se produce mediante la aplicación a un objeto externo de una serie de categorías, experiencias preconstituidas y reglas de la práctica profesional, cuya interacción da lugar a la realidad correspondiente[26].

Lo verdaderamente preocupante es que esa construcción de la realidad adolece de una parcialidad específica, que no es políticamente neutra y que contrasta con la que se puede obtener a través de otros medios. Estos otros medios pueden ser informes estadísticos, observaciones directas de los mismos acontecimientos, documentos oficiales, o incluso estudios históricos. Comparativamente, la imagen massmediática de la realidad posee unas características peculiares, cuyas repercusiones sobre la conciencia individual, la O.P. y el juego político son innegables.

Las características de la imagen de la realidad ofrecida por los medios han llamado la atención de sociólogos y teóricos de la comunicación desde fechas muy tempranas. Ya Walter Lippman, en 1992, advertía acerca de la simplificación de los acontecimientos realizada por las noticias de la prensa. Según él, debido a la enorme presión bajo la que trabaja, con limitaciones de tiempo y en competencia con otros periódicos, y movido por el objetivo de suscitar el interés de los lectores, el editor de prensa tiene que recurrir a la estandarización, al

---

Issues, Images, Interest, Nueva York, 1981; H.-J. Weiss, «Öffentliche Streitfragen und Massenmediale Argumentationstrukturen. Ein Ansatz zur Analyse der inhaltlichen Dimension im Agenda Setting-Prozess», en M. Kaase / W. Schulz (eds.), *Massenkommunikation,* cit., págs. 473 y ss.; recientemente, de nuevo M. McCombs y D. Shaw, «The Evolution of Agenda-Setting Research: Twenty-Five Years in the Marketplace of Ideas», en *Journal of Communication,* 43, 1993. n.º 2. págs. 58 y ss.

[25] Sobre el carácter selectivo del proceso de comunicación escribe N. Luhmann en «Veränderungen im System gesellschaftlicher Kommunikation und die Massenmedien», en Oskar Schatz (ed.): *Die elektronische Revolution. Wie gefährlich sind die Massenmedien?,* Graz, 1975, págs. 13 y ss. Para él. la O.P. hay que entenderla precisamente desde ese punto de vista: como una estructura que determina los temas sobre los que se articula el proceso de comunión política. Lo que importa de la O.P. no es tanto su carácter de opinión (su discutibilidad, su racionalidad, su capacidad de consenso, su justificabilidad pública), cuanto su función selectiva respecto a los temas discutibles. Ver «Öffentliche Meinung», en *Politische Planung,* Opladen, 1971, págs. 9 y ss.

[26] Este es, aproximadamente, el sentido que Kuhn ha dado a la noción de paradigma y que tanta fortuna ha tenido en la teoría de la ciencia. De una manera similar, por lo que respecta a los medios, Mark Fishman, *Manufacturing the News,* Austin, 1980. Roger Fowler mantiene esta misma tesis desde una perspectiva sociolingüística, *Language in the News. Discourse and Ideology in the Press,* Londres, 1991.

empleo de juicios rutinarios y al abandono de toda sutileza. La estilización aumenta el valor noticioso del acontecimiento. El concepto de estereotipo, introducido por él en las ciencias sociales, le sirve para caracterizar la forma de presentar la realidad que ofrece la prensa. El estereotipo es una simplificación de la percepción social determinada por prejuicios, mediante la cual se consigue llamar la atención de los lectores, suscitando una rápida orientación y provocando un sentimiento de identificación personal[27].

Posteriormente se comenzó a estudiar sistemáticamente el tipo de acontecimientos que eran recogidos por los medios narrados como noticias, cuáles eran sus características y qué factores influían en su selección. Si tenemos en cuenta que la tarea más importante de los medios es la ya mencionada de fijación de la agenda, es fundamental conocer los mecanismos por los cuales se selecciona y se da forma a la información de actualidad. Esta fue la intención de una serie de investigadores que, desde los años cincuenta, intentaron desarrollar la hipótesis del periodista como «Gate-keeper» que controla el acceso de la realidad a la calidad de noticia[28]. Con insuficiencias, contradicciones y nuevas aportaciones de otras corrientes de investigación, los estudios sobre la selección de noticias, tanto en EE.UU. como en Europa, han establecido y sometido a contrastaciones empíricas algunos criterios (o factores noticiosos) que aparecen como relevantes a fin de asignar a los acontecimientos el «valor noticioso» necesario para aparecer en los medios de información[29]. Cuando más marcados aparecen estos factores, o cuantos más de ellos coinciden en un determinado acontecimiento, mayor es la probabilidad de que dicho acontecimiento se convierta en noticia. Igualmente, también se recurre a ellos, acentuándolos o resaltándolos en el mensaje informativo, o reconstruyendo el mensaje en función de tales factores, para dotar de valor noticioso a un determinado acontecimiento[30]. Entre estos factores destacan la curiosidad (posibilidad de llamar la atención), el potencial

---

[27] W. Lippmann, *Public Opinion,* Nueva York, 1992, págs. 338 y ss.

[28] David M. White, «The 'Gatekeeper': A case Study in the Selection of News», en *Journalism Quarterly,* 27, 1950, págs. 383 y ss.

[29] Einar Östgaard, «Factors Influencing the Flow of New», en *Journal of Peace Research,* 2, 1965, págs. 39 y ss.; J. Galtung y M. H. Ruge, «The Structure of Foreign News», en *Journal of Peace Research,* 2, 1965, págs. 64 y ss.; W. Schulz, *Die Konstruktion von Realität in den Nachrichtenmedien,* Friburgo/Munich, 1976; Id.: «Massenmedien und Realität», en M. Kaase/W. Schulz (eds.), *Massenkommunikation,* cit., págs. 135 y ss.

[30] A esto obedece normalmente el éxito de ciertas campañas que, instrumentalizando tales factores, persiguen intereses políticos, económicos, corporativos, etc. A este procedimiento se ha referido especialmente H. M. Kepplinger, *Ereignismanagement,* cit.; también J. F. Staab, *Nachrichtenwert-Theorie. Formale Struktur und empirischer Gehalt,* Friburgo/Munich, 1990.

emotivo, el etnocentrismo, el énfasis en lo negativo (conflicto, agresión, destrucción, etc.), la personalización de los acontecimientos, la concentración en personas y en naciones de élite, la sorpresa, etc.

En conjunto, hay una vasta literatura que confirma la distorsión y el desequilibrio que se producen debido a la acentuación de estos factores. Así, por ejemplo, es frecuente que los grupos minoritarios de la población aparezcan subrepresentados y estereotipados, que los crímenes violentos, el terrorismo y la corrupción aparezcan sobredimensionados, que la imagen de los personajes, especialmente de los personajes políticos, acapare la preocupación de los que ejercen la actividad informativa, que los informes científicos y técnicos reproducidos por los medios aparezcan muchas veces con importantes deficiencias e inexactitudes debido a motivaciones sensacionalistas, etc.[31]

Otros análisis teóricos han puesto de manifiesto cómo, desde un punto de vista formal, la información massmediática adopta una estructura que inhibe la percepción de procesos que transcurren bajo la superficie de los acontecimientos diarios. La información de actualidad, la noticia, posee una forma narrativa, orientada a comunicar aspectos concretos de la realidad. De esta manera, sólo proporciona una imagen caleidoscópica y fragmentada de los hechos. A través de ella es imposible obtener un conocimiento sistemático de la realidad. Su objetivo es aprehender el momento, captar la historia en sus detalles actuales, resaltar los contingentes, pero no proveer un marco en el que se vinculen los acontecimientos para lograr un conocimiento de la realidad en toda su complejidad[32].

La organización institucional en la que se desarrolla el trabajo profesional de los informadores impone también unos condicionamientos

---

[31] B. Greenberg, «Minorities and the Mass Media», en J. Bryant y D. Zillmann (eds.), *Perspectives on Media Effects,* Hillsdale (N. J.), 1986, págs. 165 y ss.: K. Lang y G. E. Lang, *Politics and Television,* Chicago, 1968; Id., *Politics and Television Re-viewed,* Beverly Hills, 1984; Doris A. Graber, *Crime News and the Public*, Nueva York, 1980; W. B. Jaehnig y otros, «Reporting Crime and Fearing Crime in Three Communities», en *Journal of Communication,* 31, 1981, n.º 1, págs. 88 y ss.; M. Cronholm y R. Sandell, «Scientific Information: A Review of Research», en *Journal of Communication,* 31, 1981, n.º 2, págs. 85 y ss.; C. J. Glynn y A. R. Tims, «Sensationalism in Science Issues: A Case Study», en *Journalism Quarterly,* 59, 1982, págs. 126 y ss.; Sobre estos y otros testimonios, véase W. Schulz (eds.), *Massenkommunikation,* cit., págs. 135 y ss.

[32] Véase Robert E. Park, «News is not history, however, and its facts are not historical facts. News is not history because, for one thing among others, it deals, on the whole, with isolated events and does not seek to relate them to one another either in the form of causal or in the form of teleological sequences». («News as a Form of Knowledge», en Id., *On Social Control and Collective Behaviour* (ed. H. Turner), Chicago, 1967, págs. 33 y ss., pág. 39). También E. Barbara Phillips, «What is

sobre su actividad. Los criterios de organización son selectivos. Así, por ejemplo, la necesidad de cubrir un espacio y un tiempo determinados, y no otros, proyecta «kantianamente» unas determinaciones que filtran los acontecimientos sobre los que se podría, en principio, elaborar una información. Actúan como una red que captura algunos elementos de la realidad, ignorando otros, que pasan desapercibidos.

En resumen, podríamos citar a N. Luhmann, el cual indica que la actualidad de los acontecimientos, el interés en conseguir la atención del receptor, y los condicionamientos propios de la organización, actúan como criterios sistémicos que gobiernan el proceso selectivo de la información, añadiendo que tales criterios actúan de manera distorsionante[34]. Con la televisión se agudizan estas características, primando la orientación hacia el entretenimiento y el énfasis en el espectáculo sobre las cualidades informativas propiamente dichas. La disparidad entre la complejidad del proceso político y su reflejo en los medios se incrementa en el caso de la televisión. En este medio la política queda especialmente simplificada y «despolitizada»[35].

Todo esto nos permite concluir que la información massmediática, que es la base de la formación de la O.P., tiene unas características y unos condicionamientos que contradicen su valor informativo, tanto por la parcialidad o unilateralidad de sus contenidos típicos, como por la fragmentariedad y descontextualización de su estructura formal. Quedan excluidos de la publicidad toda una serie de temas que no se corresponden con las expectativas de la mayoría de la audiencia. Para que las minorías alcancen la resonancia necesaria en orden a influir en la formación de la O.P. con sus temas, intereses y preocupaciones, tendrían que utilizar otros resortes de la publicidad. Es decir, tendrían que hacerse oír en otros escenarios, desarrollando movimientos

---

News? Novelty without Change», en *Journal of Communication,* 26, 1976, n.º 4. págs. 87 y ss. Y, recientemente, Allan Bell, *The Language of News Media*, Oxford, 1991, esp. págs. 147 y ss., sobre las características del lenguaje informativo.

[33] Ver Gaye Tuchman, *Making News: a Study in the Construction of Reality,* Nueva York, 1978; Herbert J. Gans, *Decidibg What's News*, Nueva York, 1979; Mark Fisxhman, *Manufacturing the News*, cit.

[34] N. Luhmann, «Veränderungen im System gesellschaftlicher Kommunikation und die Massenmedien», cit., pág. 24 y ss.

[35] Ver David L. Altheide, *Creating Reality. How TV News Distorts Events,* Beverlly Hills, 1974. Max Kaase, «Vernsehen, gesellschaftlicher Wandel und politischer Prozess», en M. Kaase/W. Schulz (eds.), *Massenkommunikations,* cit., págs. 97 y ss.; Frank E. Böckelmann (ed.), *Medienmacht und Politik,* Berlín, 1989. Sobre la simplificación que la televisión produce, en general, en los contenidos que transmite, ver Neil Postmann, *Amusing Ourselves to Death. Public Discourse in the Age of Show Business,* Nueva York, 1985.

sociales, iniciativas ciudadanas, acciones de protesta, etc. Por esta vía es por donde J. Habermas intenta nuevamente recuperar el valor normativo de la O.P. Pero para lograr el éxito, según él, son necesarias determinadas condiciones sociales que definan una situación como crítica. El público tiene que sentirse afectado, a fin de que su atención se dirija a los mensajes correspondientes[36].

No está claro, sin embargo, que los temas sobre los que el sector crítico del público llama la atención de los medios permanezcan incólumes al hacerse objeto de referencia de la comunicación de masas. Frecuentemente se produce una trivialización que actúa como una fórmula para la insensibilización y normalización de la O.P., en beneficio de la integración sistémica y de la reproducción del statu quo. Lo hemos visto con los símbolos de la protesta juvenil, la ecología, el feminismo... los medios procesan estos mensajes a su manera, despojándolos de su carácter antagonista, de su radicalidad, para convertirlos en objeto de consumo por unas masas fundamentalmente despolitizadas.

Si esto es así, ¿cómo podemos contestar entonces la pregunta sobre la capacidad legitimadora de la O.P.L.? Según nuestro T.C., la O.P.L. es una condición indispensable para dotar de contenido real los derechos y garantías que la Constitución consagra. Sin ella quedaría falseado el principio de legitimidad democrática. Pues bien, después de lo que hemos visto, se impone cierto escepticismo sobre la autenticidad del proceso democrático en las sociedades de los medios de masas. No es nueva la crítica del Estado democrático por insuficientemente democrático. El modo de funcionamiento de los medios aporta un aspecto más que merece ese mismo tipo de crítica.

Por otro lado, según nuestro T.C., la O.P.L. es la condición que permite hablar de una constitución jurídica legítima de los medios. En virtud de ella se permite una intervención del Estado tendente a regular su organización, limitando la iniciativa privada o impidiendo el ejercicio espontáneo del derecho a la libertad de expresión. De nuevo, después de lo que hemos visto, se impone cierto escepticismo sobre el grado en que los medios pueden alcanzar ese objetivo. Por muy perfecta que sea esa constitución jurídica, los medios tenderán inevitablemente, por su misma naturaleza, a producir una O.P. más o menos restringida.

---

[36] *Faktizität und Geltung,* cit., pág. 461. Es una lógica consecuencia de la prioridad de las «reglas de atención» sobre las «reglas de decisión» para la resolución de los problemas políticos, de las que habla N. Luhman en «Öffentliche Meinung». cit.. págs. 15 y ss. Sobre las estrategias de formación de la O.P. hablan también J. Gerhards y F. Neidhart, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit,* cit., págs. 37 y ss.

Pero los medios no pueden dejar de ser medios, ni la democracia puede prescindir de ellos. Por eso hacen falta otros instrumentos que contrarresten sus efectos negativos y potencien sus efectos positivos para la formación de la O.P. El abanico de medidas que pueden contribuir a mejorar el producto de los medios, la información, es muy amplio. Desde luego, no se puede equiparar la prensa de prestigio con la prensa amarilla, los programas de televisión que podríamos llamar dignos con los subproductos a que nos tienen acostumbrados algunas cadenas comerciales. La crítica que he intentado realizar aquí ha prescindido conscientemente de estas distinciones. Para mejorar el producto de los medios se pueden utilizar resortes económicos y fiscales, por ejemplo, normas deontológicas y organizativas, normas que regulen el acceso y la financiación, etc.

Pero, dando por supuesto que todas estas normas desarrollen sus mejores efectos sobre la actividad de los medios, quedará siempre la inercia de dotar a la información de un carácter atractivo y seductor para el receptor potencial, con sus efectos distorsionantes. Frente a esto creo que se impone, como último recurso, la necesidad de educar a la audiencia. Y ello en dos sentidos. En primer lugar, en un sentido general. La parcialidad de la información de actualidad puede quedar compensada con la formación cultural del público. Un público entendido lee los periódicos de forma diferente. La formación cultural del receptor constituye el contexto capaz de dar sentido a las noticias. Ella es la que proporciona las claves explicativas que permiten entender «lo que pasa». En segundo lugar, en un sentido específico, es decir, en el uso y consumo de los medios. Dada la importancia que éstos tienen para la vida social, el público no puede ignorar su forma de funcionamiento, las necesidades a las que se ven sometidos los profesionales, los factores que dan lugar a la elaboración de la información, la dinámica de la producción de noticias, etc. Ya desde la escuela habría que inducir en el consumidor la mentalidad crítica necesaria para enfrentarse a la prensa y a la televisión de una manera menos pasiva e ingenua de lo que es habitual[37]. Tal vez así quedaríamos menos expuestos al poder de los profesionales y podríamos ser más dueños de nosotros mismos, más autónomos, que es, en definitiva, el presupuesto esencial y el objetivo final de la democracia.

---

[37] Como muestra de la importancia que está adquiriendo últimamente la conciencia de esta necesidad, véase el libro editado por la Fundación Bertelsman *Medienkompetenz als Herausforderung an Schule und Bildung,* Gütersloh, 1992, que recoge un simposio germano-norteamericano sobre el tema, con contribuciones de Ulrich Saxer, George Gerbner, Elihu Katz, Hertha Sturm, etc.

A R T Í C U L O S

LA NOCIÓN DE PROCEDIMIENTO EN LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La noción de procedimiento es una noción clave en las teorías actuales de la argumentación jurídica y de la argumentación práctica racional. Algunos autores hablan incluso de una «teoría procesal de la argumentación»: de acuerdo con tal teoría, una norma es justa *(richtig)* si es el resultado de un determinado procedimiento, el del discurso práctico racional[1]. La teoría tiene diversos presupuestos e implicaciones: algunos de ellos son filosóficamente triviales, ya reconocidos y ampliamente difundidos en la literatura filosófica; otros son más exigentes, controvertibles y controvertidos.

Es inherente a nuestra cultura filosófica y jurídica la idea misma de que la racionalidad es un procedimiento, o un método; que *ser racional* no significa nada más que *actuar de una manera racional.* Muchas razones pequeñas desplazan a la «Razón» mayúscula. El procedimiento racional es una carrera de obstáculos, en la que aportar una razón significa superar un obstáculo, dar un paso adelante hacia la conclusión, al reducir la serie de conclusiones argumentativamente permitidas (si, al final, podemos tener sólo una conclusión, o no, es asunto altamente controvertible).

Estos caracteres identifican la caracterización *más débil* de la teoría procesal de la racionalidad. Esta no es algo peculiar de la razón práctica: el concepto kantiano de razón formal contiene ya, de hecho, este concepto de racionalidad procesal, de la que derivan las pretensiones de validez de nuestras creencias justificadas, no sólo

[1] R. Alexy, «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation», en *Rechtstheorie,* Beiheft 2: «Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation», pág. 176.

en la esfera práctico-moral, sino también en las esferas teorética y estética[2].

2. Otras dos teorías del procedimiento son, definitivamente, mucho más exigentes. Ambas han sido construidas para resolver problemas práctico-morales; cada una de ellas se fundamenta en una concepción específica de las relaciones entre racionalidad científica y racionalidad práctica. Mi tesis es que los dos grupos de reglas distinguidos por Alexy en su código de la razón práctica[3], se refieren, cada una de ellas, a estas dos diferentes concepciones del procedimiento; es decir, que no son reglas procedimentales en el mismo sentido de la expresión.

De acuerdo con la primera de ellas, una *(menos)* débil concepción de la racionalidad procedimental, la que llamaré teoría de la racionalidad de-las-reglas-del-juego, el procedimiento no es más que un sustitutivo, aunque sea precioso o verdaderamente inevitable. Necesitamos un procedimiento como un conjunto de reglas-del-juego siempre que hemos de alcanzar un consenso sobre materias que no pueden ser juzgadas en términos de verdad o de justicia material. De acuerdo con esta teoría, el procedimiento identifica una clase de *racionalidad formal*, la única que rige propiamente en el campo de las *normas*, de los *debe*, de los *valores*, de las *ideologías*.

De acuerdo con esta concepción (soberbiamente representada por la concepción de la democracia de Kelsen[4]) una conclusión que se obtenga siguiendo las reglas no puede definirse como correcta o como justa por esa misma razón. De acuerdo con esta concepción, la justicia, concebida como un valor intrínseco y no derivado, como un valor último y no instrumental, no es demostrable. No hay prueba para la justicia: no la hay de racionalidad, ni tampoco de racionalidad procedimental.

Los valores, y entre ellos el valor de la justicia, ciertamente existen; pero son irracionales, o mejor no-racionales. Afirmar o aceptar un valor es un acto monológico, no relacionado con reglas: por consiguiente, nada tiene que ver con la racionalidad. Las reglas y los procedimientos son necesarios cuando no se trata de asumir un valor, sino de imponerlo: siempre que se trata de dictar normas. En este preciso momento, de acuerdo con esta concepción, las reglas

---

[2] Ver J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln,* Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1983, cap. 1.

[3] R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begtründung,* Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1978, B. 4.

[4] Ver H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* Tübinge, Mohr, 1929.

no sólo han de existir: también han de ser racionales. Racionales en el sentido de racionalidad práctica, que sólo puede querer decir racionalidad instrumental, idoneidad para el fin. El fin de que se trata es el de acercar tanto como sea posible la utopía de una libertad absoluta, de una ausencia de restricciones y de deberes, donde no existan normas dictadas, sino sólo valores ampliamente difundidos, universalmente aceptados.

El modelo al que esta concepción hace referencia esencialmente es la clase de procedimiento que se ejemplifica en las reglas de la mayoría de la democracia parlamentaria. Esta se concibe como un *procedimiento racional,* más que como una *racionalidad procedimental*; y se distingue del procedimiento científico esencialmente porque sus reglas no tratan de justificar el contenido del juicio que se obtiene siguiendo el procedimiento; lo que se pretende es que las reglas coloquen a este juicio de antemano a resguardo de los ataques discrepantes. El resultado del procedimiento, entonces, no es visto como *la conclusión de un procedimiento,* sino que realmente sigue siendo el resultado de una *decisión;* esta decisión, ciertamente, se ha alcanzado siguiendo las reglas, pero no hay una relación material entre las reglas aplicadas y la decisión.

La regla fundamental, de acuerdo con esta concepción del procedimiento, es el principio de la mayoría. Es correcto y racional seguir este principio; lo es, sin embargo, no porque la resolución mayoritaria sea la resolución correcta y racional. De hecho, la observancia de las reglas procedimentales, al dejar por completo intocado el asunto de que se trate, producen una restricción meramente externa. Internamente, cada cual es totalmente libre de ver como justa, o como más justa, otra resolución que pudiera haberse adoptado.

Esta concepción del procedimiento, entonces, tiene un componente que es una característica peculiar de la modernidad: me refiero a la distinción entre la actitud externa y la creencia interna, entre el Derecho y la moral. El imperio de la práctica, de la creencia, de la moralidad es el imperio de la libertad; dentro de él la conciencia individual tiene sus propias certezas, aunque las mismas no son demostrables.

3. En este sentido, la tercera concepción de la racionalidad procedimental -la concepción *fuerte,* de la que voy a hablar- no es «moderna»: su meta es la restitución de la racionalidad a los asuntos práctico-morales.

Exactamente de la misma forma que una proposición descriptiva, una proposición normativa -de acuerdo con esta teoría- pretende y aspira a la racionalidad, lo que equivale a estar racionalmente

justificada. No es lo mismo decir: «Debes hacer esto y aquello» que decir «¡Haz esto y aquello!». Si digo «¡Haz esto y aquello!» o «¡Ven aquí!», «¡Páralo!», «¡Cállate!», no hay algo en juego más que relaciones entre tú y yo. Estoy sólo desafiándote a que confrontemos nuestras fuerzas: y puedo, bien tener éxito, bien fracasar. Mi oración imperativa, entonces, no es un *discurso;* es una *acción estratégica*[5]. La situación es totalmente diferente si digo «Debes hacer esto y aquello», o «debes venir aquí», «debes pararlo», o cualquier otra cosa. Haciendo esto, estoy o bien ejerciendo autoridad o bien simplemente dándote un fragmento de información. En el primer caso, estoy haciendo algo más que ejercer poder; en el segundo, estoy haciendo otra cosa.

Al decir «debes», estoy afirmando implícitamente que estoy preparado para implicarme en un *discurso o acción comunicativa.* Al decir «debes» presupongo como permisible, en principio, una confrontación acerca de las razones por las cuales debes.

La confrontación acerca de las razones en favor de una proposición normativa cuenta como un *discurso o* una *argumentación práctica racional.* No tiene, *qua* premisas, principios generales a aplicar: tiene, *qua* premisas, proposiciones normativas que han de ser justificadas, en la medida en que se requiera tal justificación.

Qué razón, o qué clase de razones pueden contar como una buena razón, es decir, como una justificación en favor de una proposición normativa es enjuiciado por un conjunto de reglas que articulan, conjuntamente, el procedimiento de la argumentación práctica racional. El resultado del procedimiento es una proposición normativa justa, o justificada.

4. Me parece que las diferencias entre esta teoría procedimental *fuerte* y la teoría *moderadamente débil* -la teoría a la que he llamado la teoría de la racionalidad de las-reglas-del juego son muy claras.

En primer lugar, en la teoría procedimental *fuerte,* el procedimiento no es visto como un mero sustituto. No se trata de que allí donde, como en la esfera práctico-moral, la *objetividad* sea inalcanzable uno haya de contentarse con el *consenso.* De lo que se trata es de que *objetividad* significa *consenso.*

Esta idea puede desarrollarse de diferentes maneras. La versión más fuerte es la de Habermas, autor de una *teoría consensual de la verdad.* Pero ahora, dejando aparte el perplejante asunto de la verdad, limitémonos a reflexionar acerca de cómo la identificación entre *objetividad* y *consenso* restaura la conexión entre *racionalidad*

---

[5] J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns,* Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1981. formal

material y racionalidad formal que la teoría de la racionalidad de las-reglas-del-juego había roto (y restaura también, al mismo tiempo, la conexión entre *justicia material y justicia formal*).

En este sentido de «procedimiento», la distancia entre el procedimiento racional en asuntos práctico-morales y el procedimiento racional en el razonamiento científico resulta acortada. En ambas situaciones, si alguien no tiene nada que objetar a la corrección del uso del método, o bien aprueba la conclusión a la que se ha llegado por medio de él, o bien tiene algo que objetar (quizá en términos de oportunidad) a la selección del método. Lo que no puede hacer consistentemente es estar conforme con, pero no convencido por, el resultado del procedimiento. En el imperio de la racionalidad, sea teorética o práctica, si el procedimiento se ha desarrollado correctamente, el resultado es correcto. En lo que concierne a la racionalidad práctica, de acuerdo con esta concepción, el procedimiento racional no es más que el lugar en el que los valores son puestos a prueba.

El modelo al que esta concepción hace referencia esencialmente es la clase de procedimiento diseñado por las reglas de los procesos jurídicos, de los procedimientos judiciales. Lo peculiar de esta clase de procedimiento es que en él, en efecto (a diferencia del procedimiento parlamentario), *se alegan pruebas.* Al final del procedimiento, se adopta aquella decisión que, de acuerdo con las reglas, ha sido *descubierta* -es decir, *probada*- como correcta. La voluntad del juez, como componente de la decisión, es mucho menos importante que su certidumbre. Ambas son componentes *internos,* pero mientras que la voluntad es por definición arbitraria, la certidumbre -por definición- ha de estar fundamentada. Ahora bien, tenemos una antigua concepción del procedimiento judicial, de acuerdo con la cual la decisión del juez está fundamentada en reglas, y, por consiguiente, cuando el juez tiene certidumbre, tiene responsabilidad también. La concepción moderna es diferente: de acuerdo con ella, la tarea del juez es aplicar reglas con exactitud, más que alcanzar certidumbre; como consecuencia, se supone que el responsable de la particular decisión obtenida es el autor de las reglas y no el juez.

Resulta claro que aquí estamos frente a dos diferentes significados de la frase «fundamentado en reglas». Vale la pena hacer notar que encontramos la misma diferencia de interpretación del procedimiento judicial en una controversia entre los dos principales elaboradores de la teoría procedimental de la racionalidad práctica. Jürgen Habermas, por un lado, no concibe el procedimiento judicial como un *discurso,* sino como una *acción estratégica* llevada a cabo por dos partes enfrentadas; en su opinión, las partes no pueden pretender un fin común, porque su objetivo no es obtener la verdad,

sino decidir un caso, y cada parte pretende una decisión favorable[6]. Robert Alexy objeta: «Las partes o sus abogados plantean con sus intervenciones una pretensión de corrección, aunque sólo persigan intereses subjetivos. Lo que exponen como razones en favor de una determinada decisión podría, al menos en principio, estar incluido en un tratado científico-jurídico. No es infrecuente, sobre todo en procesos ante altos tribunales, que las fundamentaciones procedan de discusiones doctrinales. Además, los argumentos formulados ante el tribunal son recogidos a menudo en las fundamentaciones judiciales y difícilmente puede ponerse en duda que éstas se elaboran bajo la pretensión de corrección»[7].

5. Puede ser que los dos autores no se refieran a la misma cosa: puede ser que Habermas tenga en mente los comportamientos reales, mientras que Alexy tendría en mente modelos ideales. Pero, si no tomamos en cuenta el nivel fenomenológico, podemos también decir que Jürgen Habermas presupone como un modelo del procedimiento judicial moderno el procedimiento judicial que Alessandro Giuliani ha llamado «asimétrico»; mientras que Robert Alexy, al concebir los procedimientos judiciales como *discursos*, adopta un paradigma pre-moderno, el procedimiento judicial que Alessandro Giuliani ha llamado «isonómico»[8].

Pues bien: estoy segura de que hay una relación estrecha entre el modelo del discurso práctico racional y el del procedimiento judicial isonómico, pero en mi opinión la relación no es tal como la presenta Alexy. Encuentro más aceptable un tipo de relación como la presentada por Perelman, de acuerdo con la cual las figuras de los participantes en la argumentación práctica racional están modeladas sobre la del juez en el procedimiento judicial isonómico, y no viceversa[9].

Junto con esto, deseo subrayar que una de las principales fuentes de la teoría procedimental de la argumentación es la teoría de la retórica, a la que hace referencia el propio paradigma isonómico del procedimiento judicial.

---

[6] J. Habermas, «Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?», en J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?,* Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1971, págs. 149-290, en pág. 200.

[7] R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation,* cit., pág. 270.

[8] A. Giuliani, «Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo», *Sociologia del diritto,* 1986, págs. 81-90.

[9] Ver Ch. Perelman, «Ce que la philosophie peut apprendre par l'étude du droit», en Ch. Perelman, *Droit, moral et philosophie,* París, Pichon et Durand-Auzias, 1968, págs.135-147.

La regla fundamental del procedimiento, de acuerdo con esta concepción, es el principio de universalización. Este principio es claramente, por ejemplo, la matriz de algunas reglas muy importantes en el código de razón práctica desarrollado por Robert Alexy.

Véanse, por ejemplo, las siguientes reglas:

1.3. Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto que sea como *a* en todos los aspectos relevantes[10].

1.3'. Todo hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor o de deber que afirmaría, asimismo, en los mismos términos en todos los casos que se asemejen al caso dado en todos los aspectos relevantes[11].

3.1. Quien propone tratar a una persona A de forma diferente que a una persona B está obligado a proporcionar una justificación para hacerlo así[12].

Podemos, ahora, reflexionar sobre las diferencias que hay entre aplicar este principio, aplicar el principio de mayoría y aplicar el Derecho sustantivo. Me parece obvio que en primer caso de aplicación-de-regla, a diferencia del segundo, las reglas a aplicar afectan al contenido del resultado del procedimiento (al que podría llamarse, por esta misma razón, una *conclusión* del procedimiento mismo, y no sólo una *decisión* a la que se llega a través del procedimiento). Además, este primer caso, a diferencia del tercero, es una aplicación de reglas *formales,* las cuales no pueden más que dejar a la persona que las aplica la completa responsabilidad por el particular juicio al que llegue, es decir, por el valor *sustantivo* encarnado en tal juicio.

6. Ahora bien, en relación con esta versión *fuerte* de la teoría procedimental de la racionalidad, surge un problema espinoso, dado que esta teoría adscribe este doble carácter -son a la vez reglas *formales* y *sustantivas*- a una serie de reglas que no pueden considerarse, en ningún sentido significativo, como reglas *lógicas,* por cuanto son reglas acerca de la conducta de los hablantes, o reglas acerca de la admisión en los discursos.

Podemos tomar en consideración aquí la regla de razón fundamental, de acuerdo con Robert Alexy:

---

[10] R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., págs. 234-235.
[11] R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pág. 237.
[12] R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pág. 243.

2. 1. Todo el que pueda hablar puede tomar parte en el discurso[13].

¿Qué puede querer decir que una proposición normativa no está fundamentada y, en consecuencia, no puede ser justa, si alguien, contra su voluntad, fue dejado fuera del discurso? Pienso que la única manera de justificar esta regla es afirmar que la *justicia,* a diferencia de la verdad, no es un valor objetivo, sino, en la mejor hipótesis, un valor ampliamente difundido.

Así pues, pienso que al menos algunas de las reglas de la argumentación práctica racional no pueden ser, incluso en esta versión *fuerte,* más que «reglas de un juego»; lo mismo vale para el procedimiento judicial, de acuerdo con el modelo isonómico que puede considerarse como un paradigma para la teoría de la argumentación práctica racional. El fallo correcto o justo, de acuerdo con este modelo, no es ni el fallo que «se sigue lógicamente» de los mandatos dictados por una remota autoridad, ni tampoco el fallo «arbitrariamente» dictado por la autoridad efectiva que toma la decisión. El fallo correcto o justo, de acuerdo con este modelo, es el resultado de una ponderación comparativa de los argumentos, interpretaciones, pruebas alegados por las partes.

Si esta concepción del fallo justo o correcto se toma como una regla semántica de acuerdo con la cual «justo», en la medida en que se refiere a un fallo, significa: «el resultado de una ponderación comparativa de los argumentos, las interpretaciones y las pruebas alegados por las partes», yo encuentro algo difícil aceptarla.

Por otra parte, yo encuentro mucho más fácil aceptar esta concepción, si se la entiende como un principio moral, que no se refiere al significado de «justicia», sino a la selección de un método para alcanzar la decisión o conclusión justa.

Y, desgraciadamente, puede suceder que los tribunales lleguen por el procedimiento correcto a una conclusión injusta, o viceversa.

Lo mismo vale para la argumentación práctica general (en una situación real -lo sé- y no en la situación lingüística ideal).

Se puede obtener la conclusión de que los Negros y los Blancos, los Judíos y los Cristianos son iguales y han de ser tratados por igual en un discurso del que los Negros y los Judíos hayan sido excluidos; o se puede obtener la conclusión de que los hombres y las mujeres no deben ser tratados por igual en un discurso en el que participen hombres y mujeres.

Es probable -estoy de acuerdo- que ambas situaciones sean transitorias. Si los valores en conflicto, y en juego, son *igualdad* y

[13] R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pág. 240.

desigualdad, como en nuestro ejemplo, es casi seguro que, una vez alcanzada la conclusión de que los Católicos y los Judíos, los Negros y los Blancos son iguales, se aceptará a los Judíos y a los Negros en el discurso. Por otra parte, una vez aceptadas las mujeres como participantes en el discurso, al final se obtendrá la conclusión de que los hombres y las mujeres son iguales y han de ser tratados por igual.

¿Pero qué ocurre, por ejemplo, con la uniformidad [*sameness*] y la diferencia? Si los valores en conflicto, y en juego, fueran uniformidad y diferencia, yo no podría decir de antemano qué tipo de conclusión se alcanzaría en un discurso que tuviera una determinada participación y no otra[14].

En la medida en que se trata de la vida real, sería mejor -pienso- distinguir entre verdad y justicia, por una parte, y el valor moral de la selección de un método para alcanzar la verdad y la justicia por otra.

Y el Derecho positivo y los procesos jurídicos son, indudablemente, asuntos de la vida real.

(Trad. de Juan Ruiz Manero)

[14] Ver I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference,* Princeton N.J., Princeton University Press, 1990.

JÚPITER, HÉRCULES, HERMES: TRES MODELOS DE JUEZ

En el número de junio de 1990 de la *Revue de l'Ecole nationale de la magistrature* se describe en estos términos la profesión de magistrado: «No existe de manera evidente ningún otro modelo de referencia, ninguna otra definición unívoca de una profesión que tienda a volverse tan multiforme y pluralista». La constatación, a su vez, se inscribe en la observación de un campo judicial y jurídico definido como «heterogéneo y complejo», de tal manera que las evoluciones en curso impiden «toda referencia a la idea de un modelo»[1].

Paradójicamente, esta crisis de los modelos proviene, sin duda, no tanto de la ausencia de referencias como de su excesiva abundancia; como si el jurista, y particularmente el juez, no llegase a elegir, en el surtido de los accesorios de la justicia, el uniforme que convenga a los roles múltiples que en lo sucesivo se esperan de él. ¿Será la toga, el falso cuello o la blusa, por retomar el catálogo propuesto en su tiempo por André-Jean Arnaud[2]? Esta manera de proliferación -a la que no es extraña cierto sentimiento de burla engendrado por la conciencia misma de disfraz- podría ser, calificándola de entrada, uno de los rasgos del postmodernismo, caracterizado precisamente por la superposición y las interferencias constantes de los juegos del lenguaje.

¿Cómo construir entonces el modelo de quien parece sustraerse a la modelización? Podríamos, quizá, comenzar evocando dos figuras

---

[1] *Revue de l'Ecole nationale de la magistrature,* n.º 3, junio, 1990, págs. 14-15.

[2] A.-J. Arnaud, «Le Medium et le savant. Signification politique de l'interpretation juridique», en *Archives de philosophie du droit,* 1972, págs. 172 y ss.; y también F. Ost, «Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur. Trois modèles de justice, en *Fonction de juger et pouvoir judiciare. Transformations et déplacements,* bajo la dirección de Ph. Gérard, F. Ost y M. van Kerchove, Bruselas, 1983, págs. 1-70.

extremas de la juridicidad, para trazar inmediatamente, en el vacío que los separa o la saturación que a veces los aproxima, la vía de una tercera figura que, por su misma complejidad, podría responder a la presente diseminación de las teorías, valores y discursos.

Tomemos el modelo de la pirámide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia.

De este modo la aparición del segundo modelo, el modelo herculeano que nos trae sobre la tierra, toma la figura de revolución -gesto iconoclasta que hace del hombre, más concretamente del juez, la fuente del único Derecho válido-. En la huella de las diversas corrientes que se declaran realistas -pensamos especialmente en el «realismo americano» y particularmente en la *sociological jurisprudence-,* entra en juego un modelo que calificaría de embudo (pirámide invertida) o de dossier. Es Ronald Dworkin, como es sabido, quien, revalorizando hasta el extremo la figura del juez moderno, le da los rasgos de Hércules. Sin poder -lejos de pretenderlo- reducir la posición de Dworkin a la de los realistas americanos, mantendremos aquí el nombre de Hércules, particularmente acertado para designar a ese juez semidiós que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo. A partir de aquí no hay más Derecho que el jurisprudencial; es la decisión y no la ley la que crea autoridad. Al código lo sustituye el dossier; la singularidad y lo concreto del caso se superponen a la generalidad y abstracción de la ley. Este cambio de perspectiva nos lleva desde las cimas de la trascendencia de la ley hacia la inmanencia de nuestros intereses en conflicto. La pirámide sugería lo sagrado y lo ideal; el embudo evoca la materia, lo profano, incluso lo alimenticio. Al predominio de una justicia inspirada por el mandato jupiterino, le sustituye la balanza de nuestros cálculos y compensaciones cotidianas.

Podríamos, evidentemente, quedarnos ahí y comentar cómodamente el entrelazamiento de estas dos figuras. No sería muy difícil mostrar cómo el modelo de la pirámide traduce las exigencias del Estado liberal o Estado de Derecho del siglo XIX y el modelo del embudo, las actividades del Estado social o asistencial del siglo XX.

Sería fácil concluir a continuación que nuestra actualidad jurídica se caracteriza por una combinación, variable según las ramas del Derecho, de las dos racionalidades jurídicas que acabamos de distinguir sumariamente. De la primera habríamos heredado, junto a los códigos y las constituciones, los principios y los conceptos que estructuran nuestra disciplina; mientras que la segunda nos proporcionaría esos jueces que, desde la justicia constitucional hasta la justicia de los procedimientos de urgencia, parecen ejercer ahora el monopolio de la *jurisdictio*.

Sin embargo, esto supondría salir del paso sin demasiado esfuerzo, dejando de lado lo esencial. Todo lleva a creer, en efecto, que la complejidad que se nos presenta es todavía mucho más grande que la sugerida por la superposición de estos dos modelos. Además del hecho de que uno y otro han entrado hoy en crisis, ellos sólo ofrecen representaciones empobrecidas de la situación que pretendían describir en su época. La sociedad y el Derecho postmodemo merecen algo mejor que ese artificio teórico. Nos encontramos entonces ante la configuración de un nuevo modelo en el que conviene fijarse.

Proponemos representar este modelo bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses[3]. Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Dios de los mercaderes, preside los intercambios; psicopompo, conecta los vivos y los muertos; dios de los navegantes, supera travesías desconocidas. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados.

---

[3] La figura de Hermes no es desconocida en el pensamiento jurídico. Algunos autores la evocan, aunque con sentidos muy diferentes de los que nos ocuparemos. L. Sala-Molins (*La Loi, de quel droit?* París, 1977, págs. 29 y ss., y págs. 103 y ss.) lo presenta como el heraldo de la ley universal del deseo, que se aprovecha de la ley política. El autor le atribuye la filosofía de Ramón Llull, con la que está de acuerdo, y que podría expresarse en estas palabras: «Yo me basto, al diablo la ley». Esta aproximación a Hermes nos parece totalmente restrictiva; lejos de ser la expresión de una voz solipsista, Hermes es al contrario el intérprete, el mediador, el portavoz. Según Sala Molins, ningún lugar es reservado al diálogo y a la mediación; ya que la palabra no era más que monólogo, afirmación del yo, la ley no será más que violencia, y el juicio, inquisición. Otro autor contemporáneo evoca igualmente a Hermes: R. Dworkin *(Law's empire,* London, 1986, págs. 317 y ss.), quien lo traza esta vez bajo los rasgos del juez que interpreta la ley en función de la voluntad del legislador, método que critica el autor, particularmente por la imposibilidad de identificar tal voluntad. Varios rasgos diferencian nuestro Hermes del de Dworkin: 1.-Para Dworkin, se trata exclusivamente de un juez, mientras que, para nosotros, Hermes representa todo actor jurídico, todo locutor que se expresa en el discurso jurídico, aunque sea un simple particular, a condición de que adopte la actitud «hermenéutica»

Si la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto un polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos en interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas. Tal circulación de significados e informaciones no se deja ya contener en un código o en un dossier; se expresa bajo la forma de un banco de datos. El Derecho postmodemo, o Derecho de Hermes, es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos. Sin embargo, para intentar describir estos juegos del lenguaje infinitamente complejos y enredados, propondremos algunos aspectos de lo que se podrá llamar una teoría lúdica del Derecho. Finalmente, terminaremos dejando en toda su radicalidad la cuestión de la legitimidad: pues si Hermes no es ni trascendencia ni inmanencia, sino, una vez más, se encuentra entre la una y la otra (dialéctica) o, mejor todavía, paradoja (la una y la otra), entonces tendremos que, igualmente, aprender a reformular nuestras respuestas a la cuestión del «buen Derecho».

Pero antes de seguir con Hermes en las redes laberínticas del Derecho postmoderno, debemos profundizar un poco en el modelo de la pirámide y en el del embudo.

Júpiter, la pirámide y el código

El modelo jurídico clásico, que continúa siendo enseñado en las facultades de Derecho y que mantiene las representaciones canónicas de los juristas, modelo que además conserva alguna forma de aplicación práctica, es el modelo del Derecho codificado. La inspiración de tal Derecho está generalmente ligada a un autor único y supremo: Licurgo, Solón, Justiniano o Napoleón. Jean-Jacques

---

que representamos como la propia del «modelo de Hermes». 2.-Para Dworkin, el juez Hermes se consagra a interpretar la ley en el sentido correspondiente a la voluntad del legislador, mientras que, para nuestro jurista Hermes, la voluntad del autor del texto sólo representa un elemento entre otros que concurren a determinar el sentido óptimo de las normas a interpretar. En definitiva, el juez Hermes de Dworkin privilegia la voluntad del *legislador,* mientras que nuestro jurista Hermes se esfuerza por integrar, en la construcción del sentido jurídico, las creaciones normativas que emanan de otras fuentes como la jurisprudencia, las costumbres, las convenciones internacionales, los principios generales del Derecho, la doctrina, etc.

Rousseau, gran teórico de la religión civil, bosqueja el retrato de ese codificador fuera de lo común: «Para descubrir las mejores reglas de la sociedad que convienen a las naciones -escribe en el *Contrato Social*- haría falta una inteligencia superior que viera todas las pasiones de los hombres, que no tuviera ninguna relación con nuestra naturaleza y la conociera a fondo, cuya suerte fuera independiente de nosotros y, por tanto, quisiera ocuparse bien de lo nuestro, que en el progreso de los tiempos se procurara una gloria lejana, pudiera trabajar en un siglo y gozar en otro. Harían falta dioses para dar leyes a los hombres»[4].

Tal Derecho codificado, reducido a la simplicidad de una obra única, se articula en forma jerárquica y piramidal. Los teóricos modernos y positivistas del Derecho, como Merkl y Kelsen, que se creían libres de toda mitología, proponen la teoría bajo la forma de «construcción del Derecho por gradas» *(Stufenbau)*. Según Kelsen, un sistema jurídico «no es un complejo de normas en vigor, unas junto a otras, sino una pirámide o jerarquía de normas que son superpuestas o subordinadas las unas a las otras, superiores o inferiores»[5]. A una cascada de poderes, rigurosamente subordinados los unos a los otros, responde un escalonamiento de reglas jerárquicamente derivadas. El movimiento que anima esta construcción es siempre lineal y unidireccional: si se trata de apreciar el fundamento de validez de las normas, se ascenderá de la norma inferior a la norma superior para llegar a la norma fundamental que habilita a la autoridad suprema a crear Derecho válido; si se trata, en cambio, de prever la creación de una nueva norma jurídica, se tomará el camino inverso, partiendo de esta primera habilitación para recorrer seguidamente los siguientes escalones de la jerarquía normativa. Cada norma se analiza a la vez como aplicación o individualización de la norma superior y habilitación para el órgano creador de la norma inferior.

La ordenación lógica de esta construcción enmascara bastante mal, en nuestra opinión, la teología política implícita que la inspira. En este punto, W. Krawietz ha podido mostrar que la soberanía del legislador *(princeps legibes solutus)* no sería más que la laicización de la *suprema potestas* divina, mientras que la articulación de las normas jurídicas positivas transpondría la cascada normativa que, especialmente, santo Tomás establece entre *lex divina*, *lex aeterna*,

---

[4] J.-J. Rousseau, *Du contrat social. Des principes du droit politique.* París, 1972, pág. 107.

[5] H. Kelsen, *Théorie pure du droit,* 2.ª ed., trad. por Ch. Eisenmann, París, 1962. pág.255.

lex naturalis y *lex positiva*[6]. Por lo demás, el mismo Kelsen, que jamás ha cesado de reconsiderar el estatus de la norma fundamental, terminará por admitir que una norma debe necesariamente expresar el significado de un acto de voluntad y no sólo de una hipótesis intelectual. Suponer la norma fundamental significa suponer igualmente la existencia de una «autoridad imaginaria» que «quiere» esa norma. Esto es, sin duda, una ficción, pero una ficción necesaria para la validación positivista de los órdenes jurídicos en vigor[7]. Si se quiere asegurar la unidad y la validez de un sistema jurídico, se hará «como si» algún ser imaginario le hubiera dado el impulso inicial. Júpiter ya no está, decididamente, muy lejano.

La racionalización última de este modelo jurídico (fenómeno que -como ha recordado Max Weber- se extiende durante siglos) llega a las constituciones modernas. Se impone la idea de reunir todo el material jurídico en un *Codex* unitario que presente las cualidades de coherencia, completitud, claridad, no redundancia, simplicidad y manejabilidad. No sólo simple yuxtaposición o compilación de soluciones casuísticas, sino también verdadera transubstanciación de las reglas por el efecto de la sistematización de sus conceptos y de sus principios estrictamente derivados de algunos axiomas iniciales.

El logro de las codificaciones no pasa sólo por cierta racionalización formal; implica también una simplificación radical del material jurídico concomitante para una nivelación del propio sistema social. Haciendo tabla rasa del pasado, inspirado en una nueva concepción de lo social, el codificador reescribe el Derecho restableciendo algunas categorías esenciales. Una coincidencia destacable se observa así entre las codificaciones conseguidas y el reforzamiento del poder político; se trata del triunfo de una forma de despotismo ilustrado, de un fenómeno de liberación nacional o del resultado de un proceso revolucionario.

En nuestra opinión, el modelo del código conlleva, en definitiva, cuatro corolarios.

El primero es el del monismo jurídico. Por oposición a la dispersión de los focos del Derecho, el material jurídico adopta en lo sucesivo

---

[6] W. Krawietz, «Die Lehre vom Stufenbau des Rechts. Eine säkularisierte politische Theologie? en *Rechstheorie*, vol. 5, Berlín, págs. 257-261.

[7] H. Kelsen, «Die Funktion der Verfassung» en *Die Wiener Rechtsheoretische Schule Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross,* ed. H. Klecatsky, R. Marcie y H. Schambeck, t. I, Viena, 1968, pág. 1977. Sobre esta cuestión, cf. F. Ost y M. van de Kerchove, «La Référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen», en *Qu'est-ce que Dieu? Hommage à l'abbé Daniel Coppieters de Gibson,* Bruselas, 1985, págs. 285-324.

la forma dominante de la ley y ésta se acopla en códigos, reforzando aún más la sistematicidad y la autoridad.

El segundo corolario es el del monismo político o de la soberanía estatal. La codificación -del mismo modo que el establecimiento de la Constitución en la cúspide de la pirámide normativa- supone el resultado de un proceso de identificación nacional y de centralización administrativa que culmina en la figura del soberano. A la multiplicidad de instituciones, estados y cuerpos intermediarios del Antiguo Régimen le sustituye ahora el espacio míticamente unificado de la voluntad nacional. A los múltiples consensos sectoriales y locales los sustituye el consenso nacional -real o impuesto, poco importa aquí- cuyo código traduce las principales opciones.

El tercer corolario inherente a la idea de codificación es el de una racionalidad deductiva y lineal: las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios todavía más generales siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. El argumento fuerte de la controversia jurídica no es otro que la invocación, en apoyo de la interpretación que se sostiene, de la racionalidad del legislador, garante jupiterino de la coherencia lógica y de la armonía ideológica del sistema.

Por último, la codificación supone además una concepción del tiempo orientado hacia un futuro controlado. Por oposición al tiempo de larga duración (temporalidad que sobre todo mira hacia el pasado y caracteriza al Derecho consuetudinario), la empresa de la codificación descansa sobre la creencia, eminentemente moderna, del progreso de la historia: la idea de que la ley -anticipando un estado de cosas posible y considerado preferible- puede hacer llegar un porvenir mejor[8].

En resumen, como recuerda Pierre Bourdieu, «la codificación pone las cosas simples, claras, comunicables»[9]. Sin embargo, si es verdad que hemos entrado resueltamente en la era de la complejidad, puede sospecharse que el paradigma de la pirámide y del código ha entrado en una profunda crisis. Hay que extrañarse en estas condiciones de que algunos, deseosos de desprenderse radicalmente de este primer modelo, sigan la vía de la inversión completa -vía de la revolución, de la que por tanto habría que pensar que significa también «vuelta al punto de partida»-. Siguiendo entonces la «ley de la bipolaridad de los errores», de la cual hablaba Gaston Bachelard,

---

[8] Sobre esto cf. F. Ost, «Codifier en 1987?», en *Journal des Procés,* n.º 116, noviembre 1987, págs. 16 y ss.

[9] Bourdieu, «Habitus, code et codification», en *Actes de la recherche en sciences sociales,* n.º 64, septiembre 1986, pág. 42.

consistente en no abandonar una posición errónea, sino para ocupar inmediatamente la posición opuesta, que es igualmente reduccionista y comparte sin duda con la primera un cierto número de rasgos esenciales[10], ciertos autores van a hacer del juez, de cada juez, el foco exclusivo de la juridicidad.

Hércules, el embudo y el dossier

Hay algo trágico en la figura de Hércules, como también en la de Prometeo, que no es ajeno a aquél (¿no se dice que es Hércules precisamente quien libera a Prometeo del peñón caucásico, al que estaba encadenado por haber robado el fuego de los dioses para regalárselo a los hombres?). Hércules, como es bien sabido, es castigado con la maldición de Hera; él no deja de expiar el infanticidio que ella le ha incitado a cometer. Su actividad desbordante determina el perdón de esta falta. ¿Qué falta expía entonces nuestro herculeano juez moderno? ¿La dureza del liberalismo económico que se desarrolló al amparo del «juridicismo» formal? ¿La miopía legalista de la exégesis del siglo XIX?

Nunca nada será perdonado al «juez-asistencial» de hoy. Conciliar las economías familiares en crisis; dirigir las empresas en dificultades evitando, si es posible, la quiebra; juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural, si la madre se opone (art. 319.3 del Código civil belga); apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el «estado de angustia» de la mujer embarazada (art. 348 y ss. del Código penal belga); intervenir «en caliente» en los conflictos colectivos de trabajo y decidir (en procedimiento de extrema urgencia un catorce de agosto a medianoche) si la huelga de los pilotos aéreos de la compañía nacional, prevista para el día siguiente a las seis, es o no lícita[11]; juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding, cuya cartera representa un tercio de la economía belga, es conforme a la ley[12]; imponer moratorias a los trabajadores o a las empresas que amenazan el equilibrio ecológico;

---

[10] Sobre este punto, cf. F. Ost y M. van de Kerchove, «De la 'bipolarité des erreurs', ou de quelques paradigmes de la science du droit», en *Archives de philosophie du droit,* París, Sirey, t. 33, 1988, págs. 177 y ss.

[11] Trib. civ. Bruxelles (réf.), 15 de agosto de 1987, inédito; acerca de toda la cuestión cf. F. Ost, «Rapport général de synthèse», en *Les conflits collectifs en droit du travail. Solutions négociées ou interventions judiciaires?,* bajo la dirección de J. Guillardin y P. Van Der Vorst, Bruxelles, 1989, págs. 109-131.

[12] Trib. comm. Bruxelles (réf.), en *Journal des Procés,* 1988.

juzgar si llevar el velo islámico es compatible con la disciplina y el espíritu de la escuela...

Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobla en ingeniero social.

Se comprende que tal evolución, sobre todo en lo que afecta a las jurisdicciones constitucionales habilitadas para apreciar la constitucionalidad de las leyes (o que progresivamente se van atribuyendo estas competencias, como la Corte Suprema de los Estados Unidos), conduce a relativizar el mito de la supremacía del legislador. Es precisamente en los Estados Unidos, con las corrientes del realismo y de la *sociological jurisprudence,* donde esta puesta en cuestión encontrará su expresión más radical.

Es el juez O. W. Holmes quien primero hace tambalear la relación jerárquica tradicional entre reglas y decisiones, creación y aplicación del Derecho, definiendo lo jurídico en estos términos: «Las profecías de lo que harán efectivamente los jueces y los tribunales, y nada más pretencioso, eso es lo que yo entiendo por 'Derecho'»[13]. Desde esta perspectiva, el Derecho no es tanto un deber-ser, un conjunto de reglas, sino un fenómeno fáctico complejo formado por los comportamientos de las autoridades judiciales. Se opera así un cambio radical de perspectiva que representa desde ahora el Derecho en forma de pirámide invertida o de embudo. J. Frank ha calificado oportunamente este cambio de paradigma de «revolución copernicana»: mientras que el pensamiento jurídico tradicional coloca las reglas en el centro del sistema y cree poder deducir mecánicamente las decisiones particulares, Holmes y el movimiento realista colocan las decisiones judiciales en el corazón del sistema[14]. Las reglas generales y normativas son configuradas con el rango de *paper rules* (Llewellyn), simples posibilidades jurídicas, correspondiendo a los jueces darles consistencia en sus decisiones particulares -*real rules*-, formuladas en indicativo.

El punto de vista clásico, impregnado de moralismo, que privilegia la regla y el deber de obediencia, se sustituye ahora por el punto

---

[13] O. W. Holmes, *The path of the law* (1987), reproducido en *The Bobbs-Merril law reprint series,* pág. 461.

[14] J. Frank, *Mr Justice Holmes and non-euclidean legal thinking* (1932), reproducido en *Readings in jurisprudence,* Indianápolis, 1938, pág. 368.

de vista del *bad man,* que se preocupa exclusivamente de las eventuales consecuencias desagradables de sus actos. La cuestión no es ya: «¿cuál es mi deber?», sino «¿qué probabilidad hay de que una jurisdicción sancione mi comportamiento?»[15]. Se entiende que, a partir del momento en el que la regla no constituye más que una justificación de la decisión (en la medida en que ella no se impone *a priori* al decisor), aquélla sólo representará una predicción de la futura decisión. No es tanto la decisión la que deriva de la regla, sino ésta de aquélla.

Sin duda, tal modelo es muy diferente del anterior; se puede pensar sin embargo que reproduce, por un efecto de espejo, la imagen inversa. Se trata, por una parte, de la incapacidad de los dos paradigmas para articular, de manera satisfactoria, el hecho y el Derecho y, por otra parte, -y esto no es ajeno a aquello- de una forma de obliteración de la vida jurídica real; el Derecho se disuelve, en última instancia, en los lugares imaginarios de los que se considera procedente: vértice de la pirámide o extremidad del embudo.

Tomemos el Derecho herculeano. Aquí la efectividad (la irrecusabilidad del hecho) es condición necesaria y suficiente para la validez; la legalidad de la regla y, *a fortiori*, su legitimidad no se toman en consideración. El Derecho se reduce al hecho, a la indiscutible materialidad de la decisión. Pero entonces es la idea misma de validez y, con ella, la de normatividad la que pierde pertinencia. ¿No reconocen los mismos realistas que sus *real rules* se conjugan en indicativo? Se asiste aquí no solamente a una atomización de lo jurídico, disperso en una multitud de decisiones, sino también, y fundamentalmente, a una disolución de lo normativo que se agota en una colección dispersa de manifestaciones esporádicas de voluntad. La decisión, en estas condiciones, ya no recoge nada de lo normativo de la regla (por definición ausente) y se analiza desde ahora como «el hecho del juez» que ninguna regularidad normativa quiere validar. Como bien lo ha entendido un representante de esta corriente, J. Brawn, el Derecho, en definitiva, no existe en ninguna parte: no está ni en la ley ni en las decisiones judiciales, pasadas o incluso presentes (salvo, en lo que concierne a estas últimas, para las partes en litigio). No es nunca otra cosa que devenir; su único lugar de emergencia es la decisión singular, pero en cuanto aparece, expira[16].

Tomemos el Derecho jupiternino. Aquí es la legalidad la que es condición necesaria y suficiente para la validez de la regla. Es suficiente, para una norma, haber sido dictada por la autoridad competente

---

[15] O.W. Holmes, *op. cit.*, pág. 459.

[16] J. Brown, «Law and evolution», en *Yale law Journal*, 1929, pág. 394.

y según los procedimientos; las cuestiones anteriores de legitimidad y ulteriores de efectividad no son pertinentes a este respecto. Todavía aquí es defectuosa la vía jurídica real, que es articulación del hecho y del Derecho, que es combinación de *legalidad,* de *efectividad* y de *legitimidad.* En última instancia, todo se reduce a un *volo* inicial, a la acción de un primer motor invisible que pone en marcha la máquina sin preocuparse, de ningún otro modo, de su trayectoria ulterior. Concentrada en el vértice de la pirámide normativa, la juridicidad se oculta tras la ficción de la autoridad imaginaria que, se supone, quiere la norma fundamental.

Dejemos, por ahora, estos análisis fundamentales y volvamos, aún un instante, a los trabajos cotidianos de Hércules. Nos queda mostrar cómo su gestión sustituye todos los atributos del dossier por aquéllos que hasta ahora habíamos asociado al modelo el código. El código, decíamos, implica el monismo normativo. El dossier, en cambio, acarrea la proliferación de las decisiones particulares. La generalidad y la abstracción de la ley dejan lugar a la singularidad y a lo concreto del juicio. Del mismo modo, si se considera el fenómeno jurídico por el lado de las prerrogativas individuales, se verá que la categoría del interés, difuso y proteico, tiende a auxiliar a las fronteras simples y a la estricta jerarquía de los derechos subjetivos que había instaurado el Código civil de 1804[17]. A la movilidad de los intereses en conflicto responde la flexibilidad de la norma concebida como instrumento variable de medida, compromiso precario, medio estadístico.

Del mismo modo, hay que notar que si el código supone el monismo político, el dossier, en cambio, ocasiona no ya el pluralismo (que supone un principio de articulación), sino la dispersión de las autoridades encargadas de aplicar el Derecho: de cualquier modo, dispersión sin sentido.

El tercer corolario del código era una racionalidad deductiva y lineal, resultando de ello que la vocación del Derecho es ser aplicado al hecho. Pero, desde que es privado de la regla, es recusado; la marcha se invierte y se pretende inductiva. Es del hecho del que surge la regla o, más concretamente, la decisión particular en la que se agota la juridicidad. A decir verdad, la pretensión de coherencia lógica se somete más a menudo a la búsqueda del resultado práctico (la apuesta de la intervención de Hércules era, sobre todo, proponer la regulación más judicial de los intereses rivales) que a asegurar la aplicación

[17] Sobre esta cuestión, cf. F. Ost, *Entre droit et non-droit, l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce l'intérêt en droit civil*, vol. II, de Droit et intérêt, bajo la dirección de Ph. Gérard, F. Ost y M. van de Kerchove, Bruselas, 1990.

más correcta de la ley. No es la lógica la que servirá de auxiliar al jurista, sino la economía, la contabilidad, la balística, la medicina y la psiquiatría.

Por último, habíamos asociado a la codificación una temporalidad voluntarista y continuista marcada por la pretensión de dominar el futuro de la ley, de asegurar el progreso del orden normativo. El dossier, en cambio, implica un tiempo discontinuo, hecho de irrupciones jurídicas esporádicas y desechables después del uso.

Quizá se puede observar que, con todo, Hércules y Júpiter no son más que dos imágenes del Derecho, dos modelos, dos tipos ideales bastante alejados de la realidad jurídica. Sin duda. Se admitirá, sin embargo, que ellos representan, uno y otro, dos figuras típicas de la imaginería jurídica y es sabido que sería un grave error subestimar la eficacia de este tipo de representaciones.

Sin embargo, advertidos del carácter restrictivo de estas teorías extremas, algunas de ellas intentarán siempre moderar, relativizar, combinar sus tesis respectivas. La mayoría de las teorías generales del Derecho (esas que sostienen en particular los manuales de las facultades) participan de este propósito. Se concebirá, por ejemplo, un legislador a la escucha de lo social, receloso de integrar las sugerencias de una doctrina atenta y de una jurisprudencia razonablemente creadora, capaz de modificar su texto en cada ocasión para ajustarlo a las necesidades del momento. En efecto, no está prohibido pensar que desde lo alto de su Olimpo Júpiter, dialogando con su pueblo, le propone cualquier nueva alianza.

Si Júpiter se humaniza, Hércules podría también, a la inversa, alejarse -al menos parcialmente- de su humana condición y elevarse a cualquier forma de racionalidad superior. Es exactamente por esta vía por la que camina el Hércules de Dworkin, este juez racional que «toma los derechos fundamentales en serio», que domina el «imperio del Derecho», que se consagra en toda ocasión, y particularmente en los «casos difíciles», a encontrar la «respuesta correcta» que se impone. Su religión, en efecto, es la unidad del Derecho, que él debe fortalecer en cada uno de sus juicios: unidad en el doble sentido de la coherencia narrativa que mejor se adapta al estado pasado y presente del Derecho, y de la jerarquía más satisfactoria de los principios de moral política compartidos por la comunidad en cada momento de su historia. Se está entonces muy lejos del decisionismo y del pragmatismo.

¿Hay un desprendimiento por lo tanto de los modelos clásicos? Puede dudarse. ¿No se apunta siempre a reconstruir la unidad ideal del Derecho en un foco único y supremo, garante de toda racionalidad? El juez jupiterino razonaría postulando la racionalidad del legislador; el Hércules de Dworkin postula la unidad del Derecho,

de la cual se hace a sí mismo paladín. ¿Es ésta realmente una diferencia?

¿No es tiempo de pensar la complejidad del Derecho a partir de ella misma, y no como enmienda y complicación de los modelos simples? ¿No es tiempo de pensar el Derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de la verdad? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a «aplicar el Derecho»?

Al monismo habría que oponer, no la dispersión, sino el pluralismo; el absolutismo binario (permiso/prohibición, válido/no-válido) habría que sustituirlo por el relativismo y el gradualismo, que no se transmuta por tanto en escepticismo[18]; a la linealidad jerárquica habría que oponer no la circularidad viciosa, sino la recursividad fecunda; la clausura y el determinismo del discurso habría que sustituirlos por la inventiva controlada de un discurso jurídico radicalmente hermenéutico.

Es en la teoría de un Derecho múltiple en la que habría que fijarse; multiplicidad que no significa, sin embargo, anomia y anarquía. Habría que llegar a mostrar cómo el orden jurídico se nutre del desorden periférico, o incluso interno, y reproduce a su vez desorden. Habría que pensar una autonomía que sea al mismo tiempo heteronomía. Habría que añadir aún el entrelazamiento incesante de la fuerza y de la justicia.

En una palabra, es en la teoría del Derecho como circulación del sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene el privilegio. «Privilegio», no se sabría decir mejor, en efecto: «ley privada». La circulación del sentido jurídico opera en el espacio público y nadie podría, sin violencia o ilusión, pretender acapararlo. Hay Derecho antes de los juristas y lo habrá todavía después de ellos. De la inagotable «idea de Derecho» o aspiración a la justicia, sin duda ellos son hoy los intérpretes más autorizados, pero esta consagración no les asegura, sin embargo, ningún monopolio.

Hay pues, en el sentido fuerte del término, «juego» del Derecho. Este sentido fuerte es un sentido neutro o medio: como se

[18] En este sentido, cf. A-J. Arnaud, «Repenser un droit pour l'époque postmoderne», en *Le courrier du CNRS. Les sciences du droit,* abril 1990, pág. 81: «Filósofos, teóricos y sociólogos se esfuerzan actualmente por sustituir el Derecho rígido, fundado sobre la todopoderosa ley, por un Derecho flexible que toma en cuenta el relativismo, el pluralismo y el pragmatismo característicos de la época postmoderna».

habla del «juego» de las olas o del «juego» de las luces; hay una especie de movimiento endógeno del Derecho, de producción interna, no como deseo de no se sabe qué orden jurídico hipostático, sino como proceso colectivo, ininterrumpido y multidireccional de circulación del logos jurídico[19].

Es a Hermes, dios de la comunicación y de la circulación, dios de la intermediación, personaje modesto en el oficio de representante y portavoz que es olvidado en beneficio de la prosecución del juego mismo, a quien confiamos la tarea de simbolizar esta teoría lúdica del Derecho.

Hermes, la red y el banco de datos

La imagen de la red se impone hoy en un buen número de campos. El peligro al que se expone el análisis de este paradigma nuevo y complejo es el de caer en el esoterismo. Se ha evocado, por ejemplo, la estructura en «rizoma»[20], la «heterarquía»[21], o incluso las «anastomosis» del Derecho[22]. El riesgo es grande desde el momento en que se descubre la imposibilidad de monopolizar la interpretación, de renunciar a toda interpretación y de contentarse con registrar una multitud de miniracionalidades en el seno de una racionalidad global incontrolable a partir de ahora. Se trata seguramente de uno de los riesgos de la cultura postmoderna[23]. El problema consiste, una vez más, en abandonar la monofonía por la polifonía sin caer necesariamente en la cacofonía -el «ruido», como se dice en lenguaje informático, lo carente de significado-.

Sin embargo, la peculiaridad de la red jurídica no es tal que sea imposible escaparse de las líneas de fuerza. Sólo es necesario aprender a identificar cuidadosamente todos los nudos, a reparar los flujos de informaciones, a mostrar las interacciones de las funciones. Se verá entonces que el sentido producido dentro de la red no es totalmente

---

[19] Sobre este sentido medio del juego, cf. II. G. Gadamer, *Vérité et méthode,* trad. por E. Sacré, París, 1968, pág. 30.

[20] G. Delcuze y F. Guattari, *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie,* París, 1980, pág. 32: «Sistema sin centro, no jerárquico y no insignificante, sin dirección y sin memoria organizadora o autómata central, únicamente definido por una circulación de estados».

[21] D. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach. Les brinds d'une guirlande éternelle,* París, 1985: programa desprovisto de monitores y consistente exclusivamente en redes de transiciones entremezcladas.

[22] J.-L. Vullierme, «Les anastomoses du droit. Spéculations sur les sources du droit», en *Archives de philosophie du droit,* París, Sirey, t. 27, pág. 11.

[23] En este sentido, cf. B. de Sousa Santos, «La Transition postmodeme: droit et politique», en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 1990, 24, pág. 32.

imprevisible, porque siempre hay textos a interpretar; se verá igualmente que las relaciones de fuerza que ahí se desarrollan no son totalmente aleatorias, porque también permanecen jerarquías, especialmente institucionales. Esta interpretación puede ser inventiva, del mismo modo que estas jerarquías pueden ser enmarañadas[24].

Esta situación combinatoria -se podría decir, en un lenguaje más antropológico, «intersubjetiva»- reenvía a la ontología del Derecho, a eso que Paul Amselek llamaba recientemente «la peculiaridad ontológica del Derecho»[25]. Signo lingüístico, el Derecho pide en efecto ser interpretado por sus destinatarios; manifestación de voluntad, el Derecho pide ser interiorizado y aceptado. A partir del momento en que los «sujetos de Derecho» -que no son sujetos *del* Derecho, sino mejor sujetos *de* Derecho, es decir, todo a la vez, seres susceptibles de derechos y coautores del Derecho- reconstruyen mentalmente el mensaje que se les dirige y mediatizan su puesta en práctica con una operación de voluntad (que es también una manifestación de libertad), el Derecho se configura como algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y siempre relanzado, indefinidamente retomado en la mediación del cambio.

Esta aproximación ontológica podría, a su vez, ser desarrollada y perseguida bajo el plano de la descripción de las formas inéditas que toman los sistemas jurídicos postmodernos.

Si es verdad que somos al mismo tiempo los herederos del Derecho liberal generado por el Estado de Derecho y del Derecho social producido por el Estado asistencial, si es verdad también que estas dos formas de Estado han entrado ellas mismas en crisis, sin por ello haber desaparecido, si es verdad, en fin, que de estos trastornos surge un Derecho postmoderno cuyos contornos no se delinean nítidamente, se comprobará entonces el grado de complejidad de la situación presente.

Primer indicio: la multiplicidad de los actores jurídicos. Se habla mucho, y con razón, del juez. Pero no habría que minimizar la intervención del legislador quien, más que nunca, «se despliega en normas». Incluso la técnica tradicional de la codificación, que se creía abandonada, está de nuevo de moda. ¿Hay que acordarse en este punto de que Francia ha empezado con mucha determinación, parece, la reforma de su Código penal? En la circular «Rocard» del

---

[24] Sobre este punto, J. F. Ost y M. van de Kerchove, «Creation et application du droit. Structure circulaire du système juridique?», en *Jalons pour une théorie critique du droit,* Bruselas, 1987, págs. 183-253.

[25] P. Amselek, «L'Etrangeté ontologique du dron», en *Droits. Revue française de théorie du droit,* 1990, págs. 88-92.

25 de mayo de 1988, de cara a la formulación de un «código de deontología de la acción gubernamental», se ha dicho que «la codificación ofrece un marco privilegiado para reunir un cuerpo de reglas hasta entonces disperso, modernizando y simplificando el Derecho». En cuanto a la administración, nadie discutirá que ella se ha atribuido (en favor del intervencionismo sistemático concomitante a la aparición del Estado asistencial, que se ha hecho paulatinamente compensador, redistribuidor, pedagogo, terapeuta, industrial y banquero) un lugar preponderante -algunos pensarán: el primero- en el proceso de producción normativa[26]. ¿Habría que estudiar igualmente el rol de los particulares, de las asociaciones y de las sociedades comerciales en la circulación de las normas jurídicas? Sería una grave confusión limitar su intervención al campo de las relaciones privadas. Puesto que el Derecho es concebido a partir de ahora al menos tanto como un sistema de recursos que como un conjunto de mandatos, aparece el papel esencial de «usuarios» del Derecho en la movilización de estos potenciales jurídicos. La suerte de muchas políticas públicas dependerá así de las iniciativas privadas tomadas por los usuarios, en el sentido de la ampliación de las normas jurídicas que las traducen o, al contrario, de la resistencia a ellas[27].

Esto conduce a formular un segundo indicio de los cambios actualmente observables: se trata de la imbricación sistemática de las funciones desde el momento en que las agrupaciones (como por ejemplo los sindicatos) son asociadas, con títulos diversos, a las responsabilidades del poder público; desde que la justicia presta a la administración sus procedimientos y su estilo; desde que esta última participa en la elaboración de las normas generales, mientras que la legislación parlamentaria no se distingue bien, en la mayor parte de los casos, de las disposiciones reglamentarias; desde que la función jurisdiccional se difunde en el conjunto de los otros poderes, públicos y privados (piénsese en las comisiones de encuesta parlamentaria, en las múltiples jurisdicciones administrativas, en los diversos comités de ética...).

Tercer indicio de complejidad: la multiplicación de los niveles de poder. A la división binaria que separa, en el marco del Estado liberal, el Estado y la sociedad civil, le ha sustituido una estratificación muy densa de poderes. El Estado debe negociar con las instancias

---

[26] En este sentido, cf. C.-A. Morand, «Le Droit de l'Etat providence», en *Revue de droit suisse,* Bâle, 1988, pág. 534: «Por razón de los problemas que debe resolver el Estado asistencial y de la acción en red que desarrolla, la administración es el centro de la producción y de la puesta en práctica de las normas».

[27] Sobre este punto, cf. P. Lascoumes, «Normes juridiques et mise en oeuvre des politiques publiques», en *L'année sociologique,* 1990, 40, págs. 50 y ss.

regionales y locales desde el momento mismo en que concede importantes transferencias de soberanía a los órdenes jurídicos supra-nacionales europeos. Del mismo modo, no es raro que se introduzcan formas de autorregulación de las cuales se sirven los poderosos operadores económicos transnacionales; estos códigos de buena conducta emanan de compañías petroleras para asegurar (y también para limitar) la indemnización de las catástrofes ecológicas de las que sean responsables. El Derecho de las Comunidades Europeas representa, en este punto, una nueva nebulosa en el firmamento de los fenómenos jurídicos. Por ejemplo, existen 20.000 directivas y reglamentos en vigor y, por eso, este Derecho constituye a la vez el resultado de un proceso de racionalización y de normalización que no está exento de un nuevo tipo de riesgo de burocratización: el «eurócrata»; sin embargo, se suscita un entusiasmo sin precedentes, como si la Europa, nuevo mito político, recondujera hoy a la figura del «legislador supremo», ese déspota ilustrado, ideal de las Luces, para escapar del cual tenemos decididamente problemas[28].

Finalmente, estos diversos cambios no dejan de ocasionar sustanciales modificaciones de las modalidades de acción jurídica. Si el Estado liberal podía satisfacerse sólo con las modalidades de permitido, prohibido y obligatorio (en aplicación de las reglas de bronce: para los particulares, «todo lo que no está prohibido está permitido» y para el poder público, «todo lo que no está explícitamente autorizado está prohibido»), en cambio, el Estado presente experimenta una gama casi infinita de intervenciones sobre las cosas y las conductas. Desde el momento en que pretende conducir el cambio social y no sólo enmarcar el mercado, el Estado promete, incita, planifica (o, a la inversa, disuade de llevar a cabo las conductas que considera no deseables). Para este fin pondrá en práctica una vasta panoplia de instrumentos flexibles para la dirección de la acción social: planes, recomendaciones, presupuestos, declaraciones gubernamentales, pactos políticos, circulares administrativas para asuntos externos, concertación y contractualización... Técnicas que se inscriben en secuencias complejas de acción que miran a la realización de programas finales, al servicio de los cuales estas modalidades (jurídicas y para-jurídicas) se otorgan un mutuo apoyo. De este modo es bien conocido que la concertación se realiza bajo la amenaza de la adopción de una legislación de autoridad, igual que en Derecho penal la transacción aparece como sustituta de una sanción

[28] «Cf. B. Oppetit, «L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême», en *Dalloz*, 1990, Chron., XIII, págs. 73-76.

más fuerte, mientras que, a la inversa, las leyes votadas por el Parlamento dejan generalmente a la administración un confortable margen de maniobra para permitirle prevenirse contra toda eventualidad. Y si, casualmente, se considera que la intervención directa se revela ineficaz, el Estado se hará *«reflexivo»,* como se dice en la teoría general del Derecho alemán: se contentará con instalar un marco procedimental para canalizar la autonomía de los subsistemas suficientemente diferenciados, y capaces de autorregularse[29]. Todas las estrategias, tanto simbólicas como instrumentales, parecen desde entonces ser utilizadas simultáneamente. Se desreglamenta, pero a menudo esto no es más que una manera de reglamentar de otro modo[30]; se despenaliza, pero con frecuencia es en provecho del redesarrollo de otras medidas coercitivas, tales como la medicalización o la fiscalización para los comportamientos indeseables[31]; se desjudicializa, pero es para colocar inmediatamente mecanismos de peritaje, de conciliación, de mediación o de arbitraje[32].

¿Quién se extrañará de que, en esas condiciones, el Derecho sea a la vez estable y efímero o experimental, duro y blando (*hard* y *soft*), coyuntural y principial (jamás se ha hablado tanto como hoy de los principios generales del Derecho, gracias especialmente al trabajo creativo de las altas jurisdicciones nacionales y europeas)? ¿Quién no se percata de que el Derecho proviene a la vez del centro del orden normativo mismo y de la periferia, del desorden (o de órdenes distintos) que prevé en el exterior? ¿Quién no se percata de que las fronteras entre interior y exterior se han convertido en porosas, incluso en reversibles, como si la juridicidad adoptara hoy el recorrido paradójico de la banda de Möbius que la dirige vuelta a vuelta, y sin transición, del centro a la periferia y del exterior al

---

[29] Cf. G. Teubner, «Reflexives Recht», en *ARSP,* LXVIII, 1982, págs. 13 y ss.; H. Willke, *Systemtheorie entwickelter Gesellschaften,* Weinheim, 1989.

[30] En este sentido, cf. Chevallier, «Les enjeux de la dérèglementation», en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 103, n.º 2, 1987, pág. 286 y ss.

[31] En este sentido, M. van de Kerchove, «Les différentes formes de baisse de la pression juridique et leurs principaux enjeux», en *Cahiers de recherche sociologique,* n.º 13, otoño 1989, págs. 11 y ss.

[32] Como bien muestra J. Commaille, una observación atenta del Derecho en vigor en las sociedades modernas complejas revela un flujo y reflujo alternativo de la regulación jurídica y de la regulación social, consideradas como las dos caras de una misma moneda. Todo movimiento de regulación o desregulación jurídica es entonces extensamente ambivalente; intenta, a partir de ahora, inscribirse en una regulación social más global («Familles, interventions et politiques. Nouvelles régulations sociales?», en n.º especial de los *Annales de Vaucresson,* Vaucresson (CRIV), 27-1987/2, págs. 101 y ss.

interior? No es suficiente hablar de Derecho «flexible», como lo hacía no hace mucho Jean Carbonier; o incluso de Derecho «blando», como se dice hoy. Es a un Derecho «líquido», intersticial e informal al que estamos confrontados ahora. Un Derecho que, sin cesar de ser él mismo, se presenta en ciertas ocasiones en el estado fluido que le permite colocarse en las situaciones más diversas y ocupar así suavemente todo el espacio disponible, soportando -llegado el caso- fuertes compresiones. El Derecho, asociado a la idea de rigidez -el Derecho, regla de acero- ¿podría entonces ser líquido? Se conocía ya, tolerada en los márgenes del sistema, la equidad, comparada a menudo con la regla de plomo, metal flexible, utilizado en Lesbos en la construcción para amoldarse a las sinuosidades de la piedra. ¿Pero una regla líquida? ¿Y por qué no, si incluso ciertos metales como el mercurio presentan esta particularidad?[33] ¿Es realmente una casualidad que los alquimistas de la edad media dieran el nombre de «mercurio», equivalente latino del Hermes griego, a un metal tan particular?

Aunque todavía muy incompleto, este cuadro ya es algo complejo. ¿No presenta el riesgo de desorientar al observador en los circuitos de la red, o de asfixiarlo bajo la proliferación de las informaciones? ¿Cuál es, pues, el hilo de Ariadna de este laberinto, el código de este banco de datos? No se encontrará en ninguna causalidad exterior (como la infraestructura económica en la vulgata marxista), ni en un mecanismo de mando central. Sólo la ley misma de circulación del discurso jurídico puede aclarar su génesis y su desarrollo. Es aquí donde nos encontramos con Hermes y la teoría lúdica que él simboliza.

Antes de ser regla e institución, el Derecho es *logos*, discurso, significado en suspenso. Se articula *entre* las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia. Dialéctico, es el uno *por* el otro; paradójico, es el uno y el otro. Sólo una teoría lúdica del Derecho está en condiciones, en nuestra opinión, de dar cuenta de las vueltas y rodeos de tal racionalidad paradójica.

Retengamos, por ahora, cinco rasgos de esta idea de juego.

En primer lugar recordaremos que el juego tiene en sí mismo su propio movimiento; como una figura de danza o un efecto de estilo, dibuja su propio espacio en cuyo seno se despliega su creatividad endógena. Es el sentido neutro o medio del juego el que hace que no entre impunemente en el círculo mágico que traza; se asumen

[33] En este sentido, cf. P. Amselek, *op. cit.*, pág. 89.

roles al menos parcialmente determinados, como en la comedia o en la estrategia, se adoptan estilos discursivos, se utilizan argumentaciones, se respetan los *topoi* (lugares comunes) y las autoridades que los imponen. Se dirá, en el lenguaje de Bourdieu, que el juego del Derecho baliza un campo generador de hábitos.

Segundo rasgo, que matiza lo que el primero podría sugerir de determinismo: el juego, y particularmente este inmenso juego de sociedad que es el Derecho, acepta un número indefinido de jugadores cuyos roles y réplicas no están enteramente programados. De una parte, pueden entrar en juego jerarquías enredadas en extraños bucles; como hemos visto, delante del escenario se ponen a veces roles secundarios. Por otra parte, cada participante en el juego del Derecho es simultáneamente introducido en otros partidos que se celebran sobre otros campos: particularmente familiares, económicos y políticos. Inevitablemente, se establecen interferencias entre estos diversos juegos sociales que son también juegos del lenguaje. De aquí resulta una transformación permanente, a veces lenta, a veces rápida, no sólo de las «jugadas» autorizadas por las reglas en vigor, sino igualmente de estas mismas reglas. Se comprende ahora el lazo que une este segundo rasgo con el primero: si el juego está abierto a todos (o al menos a la mayoría, la observación merecería, por supuesto, ser matizada), no está reservado exclusivamente a nadie. Ningún jugador, sea cual sea su posición de fuerza y/o autoridad, puede pretender decir la primera y la última palabra. Sin un mínimo de azar, de apertura y de incertidumbre no hay ya juego, ni historia, ni Derecho, sólo violencia pura o beatitud eterna.

El tercer rasgo, sin duda el más importante, insiste sobre la naturaleza mixta del juego que combina, en proporción variable, la regla y el azar, la convención y la invención, la apertura y el cierre. La lengua inglesa expresa bien esta dualidad, en cuanto dispone de dos términos para decir «juego»: *play* que apunta sobre todo al juego libre e improvisado, y *game* que reenvía al juego reglamentado. Pero bien se trate de la liberación más desenfrenada -como la inversión carnavalesca de las tradiciones- o bien del juego sometido a las convenciones más estrictas -como una partida de ajedrez-, todo juego comporta una parte de reglas y una parte de improvisación. De este modo, la práctica del juego no se reduce ni al respeto de las reglas, ni a la indeterminación pura y simple. Más allá de las reglas no está el vacío, sino un «espacio de juego» que evalúa y explota el «sentido del juego» como intuición práctica del sentido producido por el juego mismo. El elemento central de este «sentido» o «espíritu del juego» es sin duda la adhesión a las «metas del juego» y a sus «apuestas» más fundamentales. Este modelo muestra una gran fecundidad para presentar las operaciones de interpretación y de

validación a las cuales se dedican cotidianamente los juristas. Si Júpiter insiste en el polo «convención» y Hércules en el polo «invención», Hermes, en cambio, respeta el carácter hermenéutico o «reflectante» del juicio jurídico que no se reduce ni a la improvisación ni a la simple determinación de una regla superior.

Mencionaremos todavía, para no olvidarlos, otros dos rasgos de la idea de juego, aunque sin desarrollarnos aquí[34]. Se dirá, de una parte, que la idea de juego permite articular la distinción y concebir las relaciones entre un polo simbólico, el del juego como representación, y un polo utilitarista, el del juego como estrategia. Estas lógicas, tan pronto distintas, incluso opuestas, como luego combinadas, caracterizan con certeza a los juegos sociales y encuentran, en el campo jurídico, innumerables ilustraciones. Por fin, se revelará el último rasgo inherente al concepto de juego, que es situar la distinción del interior y del exterior, el límite del juego y del «fuera de juego», la frontera que separa el sistema y su medio ambiente. Pero, como se ha visto, tales fronteras no dejan de ser móviles y paradójicas: todo esto transcurre como si los límites del Derecho y del no-Derecho fueran reversibles. Todo esto transcurre como si las fronteras del sistema jurídico fueran tanto externas como internas: aparece Derecho en el corazón del no-Derecho, mientras que se desarrolla no-Derecho en lo más profundo del Derecho. Un juego, como el Derecho, es siempre, al mismo tiempo, algo más que él mismo, a pesar de los esfuerzos desarrollados por uniformizar su funcionamiento y homogeneizar sus datos. En él todavía subsiste, a veces en el estado de simples potencialidades, el «no-juego», el «otro juego» o el «doble juego».

He aquí entonces, muy sucintamente evocadas, algunas líneas de fuerza de una teoría del juego que podrían servir de base a una teoría general del Derecho adecuada al Derecho en red o al Derecho de Hermes. Nos queda, sin embargo, abordar una última cuestión que no nos es permitido eludir. Se trata de la cuestión ética. En efecto, quizá se piense que el modelo del juego, que evoca algo de la burla y del frívolo postmoderno, ha despejado, desde hace muchísimo tiempo, la preocupación por la legitimidad, guardada (como muchos otros discursos «modernos») en el armario de los recuerdos históricos. Y nuestros atentos oyentes se acordarán quizá de que en el panteón antiguo, Hermes, mensajero de los dioses y

[34] Para más detalles, cf. F. Ost y M. van de Kerchove, «Les rôles du judiciaire et le jeu du droit», en *Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du systeme de justice pénale. En hommage au professeur Christian Debuyst,* Lieja-Bruselas, 1990, págs. 271-293.

dios de los mercaderes, es igualmente el dios de los ladrones. ¿Conducirá entonces el cambio necesariamente a la explotación, la discusión pública a la demagogia, la interpretación o la traducción a la traición? ¿Cómo entonces, si se rechaza esta conclusión que significaría el fin del Derecho, moralizar a Hermes sin desnaturalizarlo? Dicho de otro modo: ¿Qué legitimidad concebir para un Derecho postmoderno incompatible con todo discurso de autoridad?

Para tratar de reflejar esta dudosa cuestión, querríamos sugerir una serie de observaciones finales. Las dos primeras pretenden insistir sobre logros a los cuales parecería difícil renunciar. Estos puntos deberían ser recordados desde el momento en que despunta el doble riesgo del fanatismo nacionalista y del integrismo religioso, como si la complejidad postmoderna, decididamente demasiado fluida para creer en ella, engendrara esos violentos brotes regresivos.

El primero de estos logros concierne a la legitimidad procedimental del Derecho. Sea cual fuere el contenido material de las soluciones que impone, el Derecho es ante todo un procedimiento de discusión pública razonable, un modo de solución de conflictos equitativo y contradictorio. Desde que nuestras sociedades se representan como autoconstituyentes y ya no buscan en alguna garantía meta-social el modelo a seguir, desde el momento en que nuestras reglas, incluso las más fundamentales, se muestran convencionales, la primera garantía de legitimidad reside en el respeto a las condiciones de la discusión sin coacción. Este respeto a las formas, a los plazos, a los procedimientos es realmente esencial y consubstancial al Derecho. Tiene el doble mérito de descalificar a la vez a la violencia que intentaría imponer su punto de vista por la fuerza y a la buena conciencia mayoritaria que arriesga todo por imponer sus opiniones en nombre del pretendido consenso. El procedimiento jurídico, parlamentario y judicial, traza (en sentido propio y también figurado) el espacio de la controversia; ella asegura la puesta en escena o la formulación de la contestación, de la disidencia, de la defensa. Vuelve visible la división social y propone las vías argumentativas para hacerla negociable. Tal es, seguramente, el mérito esencial y la radical originalidad de la democracia. Tal es también la virtud de la intervención del juez en el conflicto. Más que el mérito intrínseco de la decisión que sería llevado a tomar, es la interposición que opera en el corazón de una relación de fuerza lo que constituye su legitimidad. Es la triangulación misma la que es legítima: esta digresión, por mínima que sea, esta ligera separación que se impone entre una voluntad y su realización. Esta mediación, tan débil y formal como aparece, constriñe a las partes en el proceso a «decir» su situación, a verbalizar su pretensión, a justificar en el lenguaje común y también en forma jurídica su comportamiento y

su «buen derecho». Haciendo esto, están ahí, frente a frente, constreñidas a tomar los caminos de la discusión racional. Hermes ha desempeñado su oficio que, mediatizando las pasiones, les libra de la violencia pura y simple. La Comisión y la Corte Europea de Derechos del Hombre no se equivocan al privilegiar sistemáticamente, de entre todos los derechos fundamentales del Tratado de los cuales tienen la custodia, el sexto, que se ocupa precisamente de las garantías del proceso equitativo. «Jurisdiccionalizando» también los conflictos periféricos, tales como los disciplinarios y administrativos, los órganos de la Convención de Derechos del Hombre aseguran, al mismo tiempo, la penetración de los derechos fundamentales en los espacios cada vez más amplios de la sociedad. Esta consideración asegurará la transición a nuestra segunda observación.

Algunos, en efecto, sostienen hoy con entusiasmo que esta mediación procedimental constituye toda la legitimidad del Derecho que, por lo demás, puede presentar no importa qué contenido. Tal es, posiblemente, la debilidad intrínseca del liberalismo político auténtico: al profesar tolerancia hacia todas las opiniones por igual, no puede garantizar absolutamente ninguna, ni siquiera la suya propia; sabemos que algunas de nuestras democracias occidentales han tenido, a lo largo de siglo XIX, la experiencia dolorosa de este tipo de liberalismo. La Convención Europea de los Derechos del Hombre ha aprendido la lección recordando, en su artículo 17, que no ha de haber libertad para los enemigos de la libertad -la Corte vela, en lo que le concierne, por aquél que no haya abusado de este artículo-. Nuestra segunda observación tiende entonces a mostrar el lazo necesario que se establece entre el respeto a los procedimientos y los derechos fundamentales. Si se dirige, en efecto, a favorecer a la minoría, así como a dar sistemáticamente la palabra a la defensa, está bien que se reconozca a cada uno el derecho de expresión, incluyendo al más débil y al más extraño. Al encuentro de la dialéctica identidad («nosotros»)/exclusión («ellos»), los procedimientos jurídicos tienen este efecto de universalizar y, por lo tanto, de igualar, al menos parcial o potencialmente, el derecho a la palabra. Al mismo tiempo, estos son los principales derechos que son reconocidos: libertad de opinión y de expresión, integridad física y seguridad (no podría haber debate equitativo bajo apremio de la coerción física). Las diferentes formas que toman estas libertades de opinión y de expresión -libertad de sufragio político, derecho de asociarse y de sindicarse, libertad de prensa y de enseñanza...- serán cuestión de inventiva de las comunidades políticas, al igual que los nuevos derechos que serán reivindicados en la dinámica misma del derecho a la palabra, del derecho «a tener derechos» que ha sido reconocido. No es entonces exacto sostener que el Derecho y

la democracia conducen a una regla de juego puramente formal, compatible con no importa qué contenido material. Esta regla del juego implica, al contrario, el respeto al jugador y le garantiza, si no un *handicap* que le iguala con los participantes más experimentados o más poderosos, al menos el derecho a hacer valer su punto de vista.

Estas dos primeras observaciones se dirigen a preservar, en el modelo de Hermes, los logros de la cuestión de la legitimidad tal y como el pensamiento y la lucha de las generaciones que nos han precedido los han configurado. Las dos observaciones que siguen insistirán sobre nuevas cuestiones que estaría bien tomar en cuenta en protección de las generaciones que nos sucederán: ¿Hermes, encargado de la comunicación entre los vivos y los muertos, no podría igualmente, en una civilización seguramente volcada más hacia el futuro que hacia el pasado, preocuparse de los futuros huéspedes del planeta?

El primer punto se dirige a acreditar la idea de que el hombre no es solamente sujeto de Derecho, sino igualmente titular de responsabilidades. Al encuentro de una cierta retórica de los derechos del hombre, que, en ciertos casos, desvían esta categoría prestigiosa para cubrir las reivindicaciones inmediatas de los deseos más individualistas, hay que recordar que una comunidad descansa igualmente sobre las responsabilidades asumidas colectivamente. Esta idea, muy atacada desde la revolución de 1789, sólo se manifestará muy progresivamente. La primera generación de derechos, la de las «libertades-inmunidades», aparece como el escudo que protege al individuo contra las usurpaciones del poder público. En este caso todos los derechos están del lado de la persona, todos los deberes del lado del Estado. La segunda generación de derechos, la de los «derechos económicos y sociales», tiende a asegurar un igualación de las condiciones materiales y espirituales de existencia. Una cierta solidaridad se manifiesta aquí, pero sólo bajo la forma de retenciones fiscales y parafiscales destinadas a subsidiar los servicios públicos encargados de asegurar el buen fin de estas prestaciones, aunque esta solidaridad pasa a un segundo plano detrás de la reivindicación misma, de modo que no se sale, por tanto, del solipsismo. En cambio, la tercera generación de derechos -categoría que, a decir verdad, está todavía en los limbos jurídicos- se ocupa de dar contenido a la idea de solidaridad o, por seguir la progresión marcada por la divisa revolucionaria francesa, a la idea de fraternidad, que sucedería así a la libertad, característica de las «libertades-inmunidades», y a la igualdad, característica de los «derechos económicos y sociales». Estos derechos de solidaridad, como el derecho al respeto del medio ambiente, el derecho al reparto de los recursos comunes de la humanidad o el derecho a la paz, se analizan

más como intereses legítimos que como derechos subjetivos y libertades. Puede que, incluso, aquí la idea de obligación prevalezca sobre la del derecho. Se trata seguramente de responsabilidades colectivas más que de prerrogativas individuales. Sin duda, todo derecho subjetivo conlleva un deber correspondiente en la persona de otro; no se negará sin embargo que la imaginería jurídica, como el discurso político, han ocultado por mucho tiempo esta realidad, de modo que la insistencia sobre la idea de responsabilidad -¿para cuándo una «Declaración de las responsabilidades universales»?- conllevaría un profundo trastorno de las mentalidades.

Esto nos lleva a formular nuestra siguiente observación, que se ocupa esta vez de insistir sobre el cambio de escala al cual el jurista, como los demás contemporáneos, está hoy constreñido. Mientras que en el antiguo régimen sólo se concebía y practicaba la norma a escala familiar y local, el progreso de la modernidad tuvo que adaptarse a la escala nacional, la época actual nos obliga a razonar -realmente y no sólo verbalmente- a escala universal, eso que K. O. Apel califica de «macroesfera» que exige normas intersubjetivamente válidas de responsabilidad universal. Los nuevos peligros de nuestro tiempo, desde el más público, como la nube de Chernobyl, hasta el más íntimo, como el virus mortífero del SIDA, implican una reacción concertada a escala planetaria. Tal regulación no tiene la menor posibilidad de imponerse si no puede tener apoyo sobre una conciencia ética ampliada a las dimensiones de la comunidad universal. Elevar la democracia a la talla de una ciudad mundial, cuidando de la suerte de las generaciones futuras, constituye la apuesta más considerable del Derecho postmoderno.

Podríamos, sin duda, dejarlo ahí; tan vasto es el programa del cual se encarga nuestro Hermes. Sin embargo, le esperan todavía otros retos que se verá obligado a superar. Pensemos esta vez en las cuestiones ético-jurídicas radicalmente nuevas que suscita la acción combinada de los progresos científicos y de los deseos más delirantes: ingeniería genética y manipulaciones biológicas al servicio de la eugenesia, de la reproducción de clónicos, de la determinación del sexo de los hijos y otros comercios genéticos. Tal articulación de realización técnica y de autoridad volitiva muestra claramente déficits de sentido profundamente desestabilizadores. ¿Cuál podría ser aquí el mensaje de Hermes?

Ante todo, un mensaje muy antiguo, tan viejo sin duda como el Derecho mismo. Es la restauración de la vieja regla de prudencia de la que cierto Derecho extrae su nombre: *prudentia, jurisprudentia,* jurisprudencia. «En la duda, absténte», dice Hermes, el jurista. Y recordemos que el procedimiento es precisamente la institucionalización de la prudencia, la instauración de una tregua, el tiempo de

la reflexión. El procedimiento abandona su suerte a la duda. Esta suspensión de los proyectos societarios más soberanos tiene también por vocación dar tiempo a la memoria, esta memoria social que Hannah Arendt ha mostrado que era a veces el único escudo contra los propósitos del totalitarismo.

Pero es probable que esta temporalización y esta abstención prudenciales no sean suficientes. Un día u otro, Hermes será constreñido a decidir. Nadie sabe cómo lo hará. Se puede, sin embargo, desear que él, el virtuoso de los juegos del lenguaje, se acuerde de que cada uno de ellos tiene su especificidad y de que, concretamente, no corresponde al juego del Derecho ir a remolque del juego de la ciencia. Derecho y ciencia constituyen la inaccesible «realidad» según sus propios paradigmas. Si la ciencia tiene sin duda la ventaja de la intervención operativa sobre lo real -es el «reino de la técnica»-, nada en cambio le asegura un privilegio sobre el plano de la «verdad», y todavía menos sobre el plano de la legitimidad, de su discurso. Al contrario, en una sociedad organizada es al Derecho al que corresponde actuar sobre los aspectos más fundamentales. Más incluso que su función sancionadora y, *a fortiori*, gestionadora, es la función de nominalización, de clasificación y de jerarquización la que constituye la función propia del Derecho. Decir quién tiene qué, quién hace qué y quién es quién, es el rol esencial del Derecho. Sin duda esta palabra instituyente no es destinada a la inmovilidad, ni consagrada a la repetición pura y simple; como todo mensaje de Hermes, interpreta los discursos circundantes y se presta ella misma a la reinterpretación. Pero no por esto debiera abdicar de su autonomía.

Trazar, en algunas páginas y algunas decenas de minutos, un modelo para el Derecho postmoderno era sin duda un proyecto desmesurado, incluso con la ayuda de un guía tan preciado como Hermes. También, en el momento de concluir, querría evocar las palabras tan sabias del decano Vedel que, al término de una larga y fecunda carrera de jurista, decía: «Si no sé apenas qué es el Derecho, sé bien, en cambio, qué sería una sociedad sin Derecho»[35]. La tarea de aplicar el Derecho es entonces una obra hermenéutica, un trabajo siempre recomenzado.

(Trad. Isabel Lifante Vidal)

---

[35] G. Vedel, «Indéfinissable, mais présent», en *Droits, revue française de théorie juridique,* n.º 11, 1990, pág. 71.

RETÓRICA, RAZONABILIDAD Y ÉTICA. UN ENSAYO SOBRE PERELMAN

1. *Introducción*

No disponemos todavía de una perspectiva global de la obra de Chaïm Perelman. En vez de ofrecer tal panorámica, nos basta señalar que Perelman experimenta, en términos generales, un profundo cambio que nos permite dividir su obra en dos períodos. Sin embargo, esta afirmación es relativa: el mismo Perelman explica repetidamente lo que en su opinión es la causa de este cambio, a saber, el relativismo extremo al que le lleva su posición sobre la indiscutibilidad de los valores. Sin una síntesis de su trabajo, esta evolución y su explicación sólo podrían describirse muy superficialmente.

El artículo se divide en cuatro apartados. En el primero esbozaremos nuestra hipótesis, incluyendo una interpretación de «razonabilidad». En el segundo apartado, y como introducción al tercero, nos centraremos brevemente en la dimensión hermenéutica de su teoría. El tercer apartado aborda la dimensión filosófica y antropológica que, en nuestra opinión, está presente en la teoría de Perelman. Por consiguiente, vamos a situar nuestra interpretación dentro del esquema más amplio propuesto en la obra de George Herbert Mead. Creemos que la Nueva Retórica puede aclararse a la luz de la teoría del interaccionismo simbólico, tal y como es defendida por G. H. Mead. Los resultados obtenidos mostrarán, en el cuarto apartado, las opciones filosóficas y éticas básicas del pensamiento de Perelman.

Nuestro objetivo en esta contribución es intentar analizar algo más detalladamente la evolución de Perelman. Esto nos permitirá obtener un mayor conocimiento sobre la globalidad de su teoría. Como punto de partida, formularemos una hipótesis sobre esta evolución y sobre su relevancia para la propia teoría de Perelman.

2. *Perelman I y Perelman II*

En el primer período de su reflexión filosófica, el propósito de Perelman era desarrollar una teoría que le permitiera formular proposiciones objetivas sobre conceptos «prestigiosos» o «confusos». La pluralidad de concepciones que pueden cubrirse con tales conceptos es una objección seria a la consecución de un consenso sobre *el* significado de los mismos. Esto es resultado de que los conceptos prestigiosos o confusos -como «justicia»- están cargados emotivamente de manera muy fuerte. Esta carga emotiva implica una escala de valores que está representada por cada una de las posibles concepciones y que no se refiere necesariamente -y en la mayoría de las ocasiones, en absoluto- a un consenso. En ausencia de tal consenso o prueba, un filósofo se ve obligado a formular proposiciones objetivas de tal manera que, dadas diferentes opiniones en el nivel de las *concepciones,* pueda encontrarse un consenso más allá de éste, en el nivel de un *concepto*.

Puede advertirse que aquí se encuentra el primer punto de conexión con la obra posterior de Perelman: el hecho de que, en el primer período, el propósito de este filósofo era alcanzar un *consenso*. Esta idea no está exenta de problemas, porque cuanto más amplio sea un consenso, menos concreto será su contenido. En el análisis del concepto de justicia, por ejemplo, la formulación de la justicia formal se presenta como una descripción definitiva de todas las posibles concepciones de la justicia. Por un lado, esta formulación dice que los iguales deben ser tratados igualmente. Debemos recordar que esta idea no es específica del razonamiento jurídico; es igualmente válida para todas y cada una de las formas de razonamiento teórico y práctico que operan con reglas. Y, por otro lado, la fórmula de la justicia formal tiene un significado especial en el pensamiento jurídico, puesto que cubre todas las posibles concepciones de justicia.

Un segundo punto de conexión entre el primer y segundo Perelman se refiere a la relación entre razón teórica y razón práctica. En el primer período, los criterios de comprobación lógica o empírica (razón teórica) eran también criterios vinculantes para la razón práctica. En el segundo período esta relación se invierte; los criterios del razonamiento práctico se convierten, en la Nueva Retórica, en paradigmas del razonamiento teórico. A partir de entonces se tiene conciencia de que la ciencia no puede, por ejemplo, demostrar sus propios axiomas fundamentales, sino que está fundada en paradigmas (provisionales), que operan como una matriz para las actividades de resolución de problemas dentro de esa ciencia. En realidad, la imposibilidad de verificar un paradigma es similar a la imposibilidad de verificar las proposiciones valorativas. Esto significa que, en vez

de aplicar los criterios de racionalidad teórica a la razón práctica, se realiza más bien la operación contraria.

Se consideraba que la fórmula de la justicia formal era lógicamente neutral. Sin embargo, Perelman pronto se da cuenta de que esta neutralidad lógica deja abierta la puerta a opciones profundamente inmorales. Estas opciones, como han mostrado los horribles ejemplos de la ocupación nazi, serían incapaces de producir consenso.

La originalidad de la Nueva Retórica descansa, entonces, en el hecho de que la «neutralidad lógica» y el «consenso» son conducidos conjuntamente a un tronco común: la «aceptación».

El centro del nuevo punto de partida epistemológico de Perelman es la sustitución del requisito de prueba de la racionalidad de las proposiciones valorativas, por el requisito de la «aceptación». Se considera necesario aceptar proposiciones que son evidentes (por ejemplo, las deducciones lógicamente correctas); a la inversa se sigue que uno puede, pero no necesariamente tiene que, aceptar proposiciones que no son evidentes. La oposición entre «aceptación necesaria» y «aceptación no-necesaria» -esta última es la propia en las proposiciones valorativas- puede ser eludida una vez que se supera la distinción entre «necesario/no-necesario» como *«differentia specifica»* para la racionalidad. De este modo, Perelman centra su atención en lo que tienen en común la aceptación necesaria y la no-necesaria, esto es, la «aceptación». Mediante la idea de «aceptación», las proposiciones evidentes y las no-evidentes se mantienen unidas en un continuo bipolar. Lo que es evidente es, por ello, racional; pero lo que no es evidente no está, por esta sola razón, privado de racionalidad.

En un límite (interno) del continuo que mantiene unidas las proposiciones evidentes y las no-evidentes, encontramos la «evidencia», que implica aceptación necesaria. En el otro límite (externo) del continuo encontramos una aceptación puramente emocional, la cual, precisamente por estar basada en la emoción, no pretende ser racional. La sustitución del requisito de prueba por el de aceptación supone que, a partir de ahora, la razón práctica no se subordina a la razón teórica. Gracias a esta nueva perspectiva, la razón teórica y la razón práctica ya no están separadas. La diferencia entre las proposiciones teóricas y las prácticas se convierte en una cuestión de grado entre la aceptación necesaria y la no-necesaria, y esta diferencia se expresa en los términos «racional» y «razonable». Perelman escribe que:

> «El primer aspecto se refiere a lo que hay de necesario, de demostrable; el segundo se refiere a lo que hay de argumentativo y de no necesario en la razón». (Perelman, 1970, 294).

El enfoque novedoso de la Nueva Retórica consiste en que no se pretende, prioritariamente, encontrar una verdad demostrable sino, más bien, «razonabilidad». La razonabilidad es el objetivo de la aceptación. De acuerdo con el tipo de discurso («persuasivo» o «convincente», diferencia que se enlaza con el tipo de auditorio al que se dirige el discurso -auditorio «particular» o «universal»-), intentaremos ahora analizar cómo puede entenderse la «razonabilidad».

Un discurso razonable pretende obtener la aceptación de las personas razonables que forman parte del auditorio universal. Se supone que aquéllos que pertenecen a este auditorio aceptan únicamente las proposiciones razonables. Esta manera de presentar las cosas es innegablemente circular, pero ello es una consecuencia inevitable de la ausencia de criterios *a priori* de razonabilidad en la teoría de Perelman. En cambio, algunos estudiosos piensan que es demasiado vaga como criterio (Villey, 1969, 101; Legros, 1980, 45). En otro artículo he escrito que la idea de racionalidad comporta una fuerte concepción sociológica (Wintgens, 1987). Tal concepción de racionalidad presupone que las ideas fácticas también tienen un valor normativo.

Sin embargo, una mirada más detallada muestra que tal interpretación desvirtúa las ideas más provechosas que se encuentran en la teoría de Perelman. Un argumento a favor de esto último podría ser el siguiente:

Sin un criterio *a priori* de razonabilidad, nadie puede ser considerado irrazonable *a priori*; esto sería una contradicción. Por ello toda persona debe considerarse razonable hasta que no se demuestre lo contrario. Esta interpretación está de acuerdo con la concepción de Perelman de que el auditorio universal *no* es un auditorio de élite. Por otro lado esta interpretación evita una concepción sociológica, porque no toda persona forma parte del auditorio universal sin mayor cualificación.

En relación con esto puede notarse que, en la búsqueda de una lógica de valores a la que conduce la Nueva Retórica, permanecen claramente rasgos del pensamiento anterior de Perelman. Si la demostración de las proposiciones valorativas es aún imposible, en la Nueva Retórica esta imposibilidad ya no se considera problemática. Por otro lado, la evolución que lleva a cabo Perelman no es tan radical como pudiera parecer a primera vista.

En efecto, la fórmula de justicia formal y el mecanismo estructural real de la argumentación son básicamente similares. En realidad, la fórmula de justicia formal reaparece en la Nueva Retórica bajo la forma del principio de «inercia». Este principio implica que la conformidad con los precedentes se considera racional (Perelman, 1970,

298) y, como consecuencia de ello, la conformidad con los precedentes no tiene que ser justificada. En cambio, una desviación de los precedentes sí debe ser justificada (Perelman, 1976c, 198). En este principio se reconoce la fórmula de justicia formal, según la cual los iguales tienen que ser tratados igualmente. Es más importante el hecho de que el principio de inercia también permite una desviación de las reglas o precedentes, a condición de que ésta sea justificada.

Más adelante nos ocuparemos de nuevo de este asunto en relación con la filosofía de Perelman. Basta decir aquí que, de acuerdo con las observaciones que hemos hecho, es posible desviarse de la aplicación estricta de la regla respetando la fórmula de justicia formal. Esto implica lógicamente que un argumento basado en una concreta concepción de la justicia podría tener una justificación racional.

El punto central de nuestra interpretación de la obra de Perelman es la relación entre lo que llamamos el núcleo estricto de razonabilidad y la estructura de la argumentación. En las dos próximas secciones nos detendremos en ello.

3. *El punto de vista hermenéutico: la preponderancia del auditorio interno y la estructura de la argumentación*

La argumentación retórica -el tipo de argumentación que desarrolla Perelman- muestra una diferencia específica con otros tipos de argumentación: su relación con un *auditorio*. Un orador se dirige a un auditorio con la intención de convencer o persuadir a sus miembros. El propósito común de ambas formas de discurso es obtener o incrementar la aceptación del auditorio.

Perelman distingue entre diferentes tipos de auditorio. En primer lugar, encontramos el auditorio consistente en una persona deliberando consigo misma. Esto es lo que llamaremos el «auditorio interno». En segundo lugar, encontramos el auditorio universal, que contiene a todas las personas razonables. La relación entre estos dos tipos de auditorio es que el auditorio interno es una forma particular del universal (Perelman, 1976a, 54). De hecho, en la deliberación orador y auditorio pueden comprobar la razonabilidad del discurso. La idea del auditorio puede ahora unirse a la interpretación que dábamos antes de la «razonabilidad». Si cada persona es considerada razonable (mientras que no se demuestre lo contrario), entonces cada persona se supone capaz de sostener un discurso interno. En este discurso el «otro» parece representar un punto de vista normativo, porque el «otro» se considera como la encarnación de la razonabilidad.

La manera específica en que la razonabilidad se presenta a sí misma en el auditorio interno puede explicarse mejor si tomamos en

cuenta las ideas de persona y de identidad presentadas por George Herbert Mead. Parece como si Mead ya representara lo que después se llamaría un punto de partida «hermenéutico» en las ciencias sociales. Una perspectiva hermenéutica es aquélla en la que la conducta humana se explica a través de una interpretación del significado que tiene para los actores mismos (Mac Cormick, 1981, 29). En otras palabras, la explicación de la conducta contiene el punto de vista de los actores.

En términos de la teoría de Perelman, esto significa que no sólo puede analizarse lo externo y observable (la realidad del discurso, las reacciones visibles del auditorio, etc.), sino también el modo en que se llega a la «aceptación». No hay, sin embargo, muchas indicaciones en el trabajo de Perelman concernientes al funcionamiento del auditorio interno. Para aclarar las ideas sobre esto, creemos que sería interesante tener una panorámica más completa del trabajo de Mead, el padre fundador del interaccionismo simbólico. Esto nos permitirá entender mejor la dimensión hermenéutica de la teoría de Perelman.

Antes de esto, señalaremos brevemente los principales puntos de la propia teoría de Mead. La estrategia de este enfoque se basa, en primer lugar, en una idea no desarrollada del propio Perelman: que su concepto de razonabilidad se refiere a una antropología (Perelman, 1976d, 72). En segundo lugar, se basa también en algunas observaciones de un autor que sostiene que podemos encontrar una dimensión psico-social implícita en la teoría de la argumentación de Perelman, o que esta teoría presupone una forma de explicación psicológica (Apostel, 1963). El mismo autor analiza la teoría de Perelman a través de las teorías del equilibrio cognoscitivo, de las dinámicas de grupo, etc. (Apostel, 1963). Creemos, sin embargo, que es posible otra perspectiva fructífera: utilizar las aportaciones de la teoría del interaccionismo simbólico.

4. *Componentes filosóficos y antropológicos de la Nueva Retórica: una comparación con el trabajo de George Herbert Mead*

La aportación más importante de Mead a la estructura de la conciencia consiste en la idea de que la conciencia humana no es algo *dado* que puede ser presupuesto en la explicación de la conducta humana (Mead, 1974, 189 y 223). No es la conciencia individual, sino la sociedad la que es lógicamente anterior (Mead, 1974, 189 y 223).

En la sociedad los individuos interactúan. La interacción interindividual es comunicación en la medida en que el «significado» se

transmite. Pero de nuevo, así como la conciencia no es dada, el significado tampoco lo es. Ocurre, más bien, que el significado surge a través de la comunicación, concretamente a través de la «comprensión» entre los participantes en la interacción.

La conciencia y el significado, como elementos del proceso comunicativo, tienen una mutua relación especial. La conciencia se origina en la medida en que los participantes en la interacción son capaces de incorporar la reacción de otros en sí mismos (Mead, 1974, 63 y 67). Este es, por excelencia, el caso del lenguaje humano, en el que un orador puede escucharse a sí mismo mientras habla y al mismo tiempo observar las reacciones de su auditorio. Como veremos a continuación con algo más de detenimiento, éste es el primer punto en el que coinciden Perelman y Mead.

Debido a nuestra capacidad para asumir el papel del orador y el del auditorio podemos, mientras hablamos, imaginarnos a nosotros mismos tal como lo hace nuestro auditorio. Podemos, al menos implícitamente, hacernos con la reacción de los otros. Cuando hacemos esto, cuando conversamos con nosotros mismos por medio de símbolos significativos, *pensamos* (Mead, 1974, 47, 186 y 260).

Pensar es una operación de nuestra «mente». Puesto que según Mead cuerpo y mente no están separados, las mentes no empiezan a pensar a partir de la nada. Esto es así porque el significado no es algo dado, y la comunicación es algo más que una transmisión de significados preexistentes, lo que implica que la mente es el foro preexistente donde ocurren las cosas físicas. Mead guarda cuidadosamente la distancia con la teoría de Descartes de las ideas innatas y con su dualismo. En primer lugar, sostiene que pensar sólo es posible en términos de símbolos significativos (Mead, 1974, 268) que surgen a través de la interacción. Mead sostiene acertadamente que el significado o sentido es siempre significado compartido. Los términos con los cuales se piensa son siempre portadores de sentido compartido. En segundo lugar, Mead lleva a extremos más radicales su punto de partida con la tesis de que la mente no sólo opera en términos de significado social, sino que no puede operar de otra manera (Mead, 1974, 222). Esta radicalización contiene toda la crítica de Mead al sustancialismo cartesiano.

Consecuencia de todo esto es que la interacción precede al pensamiento. La interacción es, por tanto, lógicamente anterior al pensamiento. Para concluir este punto, Mead dice que lo mental sólo puede emerger y operar a través de la interacción (Mead, 1974, 51). Esto significa que Mead puede saldar las cuentas con la separación cartesiana entre cuerpo y mente, entre mente y comunicación.

El proceso de comunicación del cual surge el significado provoca, al mismo tiempo, la aparición de lo mental (Mead, 1974, 133),

dado que los mecanismos de creación de significado ya están inmersos en un acto social antes de que surja una idea (Mead, 1974, 112). La conciencia o el «reconocimiento de significado» es el siguiente paso en la formación de lo mental. De nuevo, la conciencia no es, como lo mental, algo dado, sino el resultado de una interacción.

Hasta ahora nos hemos centrado en la cuestión de cómo «mente» y «conciencia» surgen de la interacción. Ahora queremos analizar más profundamente la actividad de la mente, es decir, el pensamiento.

La comunicación por medio de símbolos significativos implica que el significado es siempre significado compartido, porque el significado de los símbolos deriva de la respuesta de los otros. Sin embargo, sería erróneo suponer que pensar en términos de símbolos significativos se adecúa a las propiedades particulares de las cosas. Para explicar el proceso del pensamiento, Mead introduce una forma específica de respuesta, el «reconocimiento» (Mead, 1974, 84). Un estímulo es particular, una respuesta es universal. Un concepto universal es un concepto cuyo significado es -como en el caso de un concepto particular- social. Un concepto surge en el individuo que se pone a sí mismo en el lugar de otros individuos en relación con un cierto asunto. Las distintas perspectivas posibles que pueden ser adoptadas por individuos diferentes son, en algunos puntos, idénticas. Es precisamente esta identidad la que constituye el rasgo distintivo de la universalidad, el núcleo de este concepto. Y es precisamente porque los individuos son capaces de ponerse a sí mismos en el lugar de otros por los que son capaces de pensar, es decir, de usar conceptos universales.

Siguiendo esta línea, Mead realiza otra distinción entre «yo» y «me» [*«I» and «me»*]. Todos los otros individuos tienen, desde sus distintas perspectivas, una actitud hacia un objeto. Esta actitud es, en algunos aspectos, compartida por los demás. Cada individuo incorpora a sí mismo esta actitud compartida, y el resultado de esta incorporación es lo que Mead llama «el otro generalizado» (Mead, 1974, 90). Este «otro generalizado» es lo que significa el componente «me» de la personalidad. Frente a este aspecto social de la identidad de los individuos se sitúa el componente «yo», la única parte impulsiva y espontánea de la persona. «Yo» y «me» interactúan como aspectos personal y social de la personalidad. El pensamiento de mí mismo es, en opinión de Mead, condicionado por el pensamiento de «me» como una identidad socialmente condicionada, aunque es precisamente compensado por alguna influencia personal suministrada por el «yo».

5. *Consecuencias para nuestra interpretación de la teoría de Perelman*

La originalidad de la teoría de Mead se encuentra en el hecho de que se separa del sustancialismo cartesiano. Subraya el punto de que la edificación y el funcionamiento de la conciencia presuponen procesos idénticos. Más concretamente, la comunicación observable externamente presupone una forma de comunicación interna, que es la que encontramos en la teoría de Perelman como deliberación del sujeto consigo mismo. Interpretándolo a la luz de la teoría de Mead, la encarnación del auditorio universal en el auditorio interno se lleva a cabo en el compañero de deliberación y, de hecho, éste es sólo la internalización de otros en nosotros mismos. En realidad, hay dos puntos importantes dignos de atención. El primero tiene que ver con el modo en que los sujetos deliberan consigo mismo y con los otros, y con la relación estructural entre estas formas de deliberación. El segundo se ocupa de la relación entre razonabilidad (como la hemos presentado aquí) y argumentación.

Las aportaciones de Mead referentes a la estructura de la personalidad como una combinación de aspectos «yo» y «me» pueden contribuir a nuestra aproximación a Perelman de la siguiente manera. En primer lugar, un orador que expresa proposiciones que cree razonables ha llevado a cabo una deliberación consigo mismo, un diálogo entre el otro generalizado y su «yo». Puede suponerse que, al menos parcialmente, el otro generalizado (aun incluyendo las reacciones concretas del auditorio) inspira la opinión del orador sobre el auditorio que está frente a él. Esto está de acuerdo con la tesis de Perelman de que el auditorio es una construcción del orador. Pero, tal como nosotros lo entendemos, esta construcción es cualquier cosa menos una fantasía. Existe, por así decirlo, una relación recíproca entre el auditorio y el orador, que se manifiesta ante todo en la mente de éste último. Un proceso similar se desarrolla en los miembros del auditorio. Como un compuesto de individuos (1, 2,..., n), es un conjunto de personalidades, cada una de las cuales tiene una identidad «yo» y «me». Las reacciones del auditorio son, por tanto, entendidas como reacciones de personalidades después de deliberar con ellas mismas. De nuevo, la interacción entre «yo» y «me» en la mente de los sujetos determinará el resultado de la argumentación: la aceptación o el rechazo de las afirmaciones del orador. Y este resultado será nuevamente integrado en la concepción que el orador tiene sobre el otro generalizado. En esta perspectiva dinámica de la argumentación se advierte que el modo en el que el orador y el auditorio intervienen en el desarrollo de la argumentación es, por así decirlo, estructuralmente idéntico; es decir, las reacciones del auditorio

en el orador y viceversa están enlazadas a una forma de identidad estructuralmente similar.

La segunda idea en la que queremos detenernos es la relación entre razonabilidad y argumentación. Como ya hemos sostenido, no existen criterios *a priori* para la razonabilidad. Lo que ocurre es, más bien, que la razonabilidad surge a través del discurso, sostenida por la deliberación interna. Sin embargo, este concepto evolutivo de razonabilidad está lejos de ser relativista. Al contrario, creemos que incluye una justificación teórica del núcleo infranqueable de la subjetividad humana. La subjetividad individual, esencialmente unida a la existencia de los otros, no se confunde con ellos, sino que, al contrario, preserva un núcleo de individualidad a través de su existencia social. La conciencia moral del individuo implica la existencia y el reconocimiento de los otros como actores moralmente independientes. Como ser social por excelencia, el individuo social no puede existir de otro modo que constituido por una forma de individualidad que encuentra su origen en, pero que al mismo tiempo aparece como un límite de, lo social.

Se ha criticado a Perelman el que su teoría acepta demasiado fácilmente la idea liberal de los derechos humanos (Haarscher, 1986, 226). Junto a las observaciones hechas hasta ahora, puede sostenerse la posición de Haarscher. Pero una vez puesta en relación con la estructura del auditorio interno, sería más correcto decir que la teoría de Perelman es, de hecho, capaz de conceptualizar esa individualidad infranqueable del sujeto. Haarscher no parece negar que la Nueva Retórica incorpore una dimensión ética, sino que afirma que esta dimensión es fundamentalmente un *a priori* no reflejado en la teoría de Perelman. Debido a estos valores implícitos en la Nueva Retórica pensar en términos de razonabilidad en vez del razonamiento matemático convierte al Derecho en una disciplina ejemplar para la filosofía.

Sin embargo, tal análisis reduce excesivamente la dimensión normativa de la teoría de Perelman, en la cual el aspecto «yo» de las personalidades humanas desempeña un papel esencial y apuntala la teoría de la argumentación. Está fuera de toda duda que, en la teoría de la argumentación, uno se encuentra con las libertades clásicas, entre las cuales las libertades de opinión y de expresión son las más importantes. Además, es cierto que ninguna teoría de la argumentación funcionaría correctamente sin una garantía de esas y otras libertades. Pero en nuestra opinión, esas libertades no tienen que ser aceptadas acríticamente sino que, tal y como muestra nuestra interpretación, puede darse de ellas una explicación teórica. Debido a que estas libertades forman parte de una visión más amplia del hombre, una visión que se conceptualiza en la Nueva Retórica, la búsqueda

argumentativa de la razonabilidad en el Derecho puede funcionar como un paradigma de la razonabilidad en general.

De acuerdo con nuestra interpretación del individuo como un ser social, Perelman inserta su idea en una perspectiva que toma a los derechos humanos, filosóficamente hablando, en serio. La dimensión comunicativa de esta teoría nos permite situar a esos derechos humanos en un esquema en el que pueden fundarse, a través de su efectividad, en el proceso de comunicación. En este proceso comunicativo, la libertad de opinión y de expresión desempeña un papel fundamental, no como algo dado a *priori,* sino como una condición necesaria y un vestigio de una concepción en la que la comunicación ocupa un lugar central.

Si la comunicación es una condición esencial para la formación de la conciencia -tal como vimos en la obra de Mead-, ésta, como una huella indeleble, es también una condición necesaria para que opere esta forma de comunicación entre individuos libres.

Partiendo de todo esto, parece claro que la visión ética de Perelman sobre el hombre no está completamente cubierta por una concepción pluralista de los valores. Si esto fuera así, esta interpretación llevaría a la teoría de Perelman hacia el relativismo práctico, en el cual la tolerancia es una condición absoluta y necesaria. Al mismo tiempo, esta condición hace inconsistente al relativismo.

Sin embargo, en nuestra interpretación, la visión ética de Perelman sobre el hombre se refiere más bien a una condición para la concepción pluralista de los valores, una concepción en la cual pueden defenderse distintas posiciones sobre las cuestiones prácticas. Esto implica que la teoría de Perelman introduce, tomando en cuenta las premisas que subyacen a la misma, un metanivel, un nivel más allá del cual no se puede argumentar.

6. *Resumen y conclusión*

En esta breve contribución a la obra de Perelman, hemos intentado ofrecer un esbozo la evolución de Perelman, un análisis que nos permite ver algunas líneas de continuidad entre su primer y segundo período. A continuación presentamos nuestra interpretación de la razonabilidad defendida en la Nueva Retórica. En ausencia de cualquier criterio *a priori* de razonabilidad, sostuvimos que cada persona debe considerarse razonable hasta que no se demuestre lo contrario. Intentamos después formular una interpretación de la llamada «deliberación del sujeto consigo mismo», en los términos de la teoría del interaccionismo simbólico sostenida por Mead. Esto nos llevó a la conclusión de que las premisas subyacentes a la Nueva Retórica

conforman una visión ética del hombre como persona autónoma con libertades básicas.

BIBLIOGRAFÍA

Apostel, L.: 1963, «Rhétorique, psycho-sociologie et logique», en *La théorie de l'argumentation-perspectives et applications,* Nauwlaerts, Lovaina/París, 263-314.

Haarscher, G.: 1986, «Après Perelman», en G. Haarscher y L. Ingber (eds.), *Justice et argumentation*, Ed. Univ. Brussels, Bruselas, 223-228.

Legros, R.: 1976, «A propos de 'logique juridique' de Ch. Perelman», (73) *Logique et Analyse,* 33-51.

MacCormick, N.: 1981, *Hart,* en W. Twining (ed.), *Jurists: Profiles in Legal Theory,* Arnold, Londres.

Mead, G. H.: 1974, *Mind, Self and Society from the Standpoint of a Social Behaviourist,* Univ. of Chicago Press, Chicago/Londres.

Perelman, C.: 1970, «L'idéal de rationalité et la règle de justicie», en *Le champ de l'argumentation, Travaux de la Faculté de Philosophie et Lettres*, P.U. Brussels, Bruselas, 287-336.

Perelman, C.: 1976 a, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique,* Ed. Univ. Brussel, Bruselas.

Perelman, C.: 1976 b, *Logique juridique - nouvelle rhétorique,* Dalloz, París.

Perelman, C.: 1976 c, «Ce que la philosophie peut apprendre par l'étude du droit», en *Droit, Morale et Philosophie,* L.G.D.J., París, 191-202.

Perelman, C.: 1976 d, «Peut-on fonder les droits de l'homme», en ibíd., 67-73.

Villey, M.: 1969, «La nouvelle rhétorique et le droit naturel», en *Critique de la pensée juridique moderne - douze autres essais,* Dalloz, París, 85-103.

Wintgens, L.: 1987, «La nouvelle rhétorique et le droit», en *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique: droit et loi. Actes du 5ième colloque de l'Association française de philosophie du droit*, P.U. Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 139-150.

(Trad. de Isabel Lifante)

SOBRE LA ABDUCCIÓN

«Quien se guiase por la lógica podría inferir de una gota de agua la posibilidad de la existencia de un Océano Atlántico o de un Niágara sin necesidad de haberlos visto u oído hablar de ellos».

HOLMES, Sh., «El libro de la vida»

I. INTRODUCCIÓN

«Yo descubrí que usted había venido del Afganistán. Por la fuerza de un largo hábito, el curso de mis pensamientos es tan rígido en mi cerebro, que llegué esa conclusión sin tener siquiera conciencia de las etapas intermedias. Sin embargo, pasé por esas etapas. El curso de mi razonamiento fue el siguiente: «He aquí a un caballero que responde al tipo del hombre de Medicina, pero que tiene un aire marcial. Es, por consiguiente, un médico militar con toda evidencia. Acaba de llegar de países tropicales, porque su cara es de un fuerte color oscuro, color que no es natural de su cutis, porque sus muñecas son blancas. Ha pasado por sufrimientos y enfermedad, como lo pregona su cara macilenta. Ha sufrido una herida en el brazo izquierdo. Lo mantiene rígido y de una manera forzada... ¿En qué país tropical ha podido un médico del Ejército inglés pasar por duros sufrimientos y resultar herido en un brazo? Evidentemente, en el Afganistán». Toda esa trabazón de pensamientos no me llevó un segundo. Y entonces hice la observación de que usted había venido del Afganistán, lo cual lo dejó asombrado».

De esta manera describe Sherlock Holmes, en la primer novela que protagoniza[1], el procedimiento por el cual llega a conocer que Watson había estado en Afganistán. Holmes sostiene que su método debe «tanto a la observación como a la deducción», y de hecho el capítulo del cual se extrajeron tanto estos ejemplos como la frase que abre el trabajo se denomina: «La ciencia de la deducción». Sin embargo, pareciera que en este tipo de procedimientos la deducción

[1] Conan Doyle, 1887: 27-28.

y la observación solas no bastan, se intuye la presencia de otros elementos relevantes para explicar el proceso que lleva a la solución de un problema como el presentado.

Así lo entienden la mayoría de los autores que tratan el tema, el que por otra parte ha llamado la atención desde distintas áreas[2] y al que se ha intentado explicar diversas maneras.

Lo que motiva estos trabajos es la creencia de que elucidando el procedimiento utilizado paradigmáticamente en las novelas policiales podría lograrse un aporte importante a la metodología de la investigación científica. Dicho procedimiento parece ser el mismo que se emplea en cualquier investigación tendente a resolver un problema. El aspecto más relevante consiste en que con el mismo se puede abarcar la actividad generadora de nuevos conocimientos, comúnmente ubicada en el denominado «contexto de descubrimiento». Si se logra dar cuenta de estos procedimientos entonces también podría hablarse de «métodos de descubrimiento», los que si bien distarían de ser de aplicación mecánica, permitirían ampliar el marco de racionalidad, acotado generalmente al «contexto de justificación» y restringido al uso de la lógica deductiva.

Comencé a interesarme en la cuestión, pues entreví la posibilidad de utilizarla con provecho en el estudio de ciertos aspectos del fenómeno jurídico. Principalmente la imaginé como la herramienta teórica capaz de dar cuenta de una de las tareas más importantes que se llevan a cabo en un proceso judicial: la prueba de los hechos.

Como señala el profesor Atienza, «la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica» (1991:20). Esta situación justificaba el tratamiento exploratorio de la cuestión, como punto de partida de un trabajo más amplio que puede ser de gran utilidad tanto para el jurista teórico como para el práctico.

Una de las reconstrucciones más comunes del trabajo del detective parte de la obra de Charles Sanders Peirce, y cree reconocer en el

[2] Desde la semiótica (Eco: 1983), hasta la lógica (Hintikka: 1982), pasando por la historia (Ginzburg: 1979), se ha considerado importante analizar esta cuestión. Atienza (1991: 37) también se ocupa de la misma, mencionando las posibilidades de utilización en el campo jurídico.

procedimiento detectivesco el tipo de argumento al que Peirce denominó «abducción». De hecho, el filósofo ejemplifica en una de sus obras dicha inferencia con un caso similar al presentado al comienzo del trabajo (1892a: 271-272).

Uno de los epistemólogos contemporáneos que más ha defendido la abducción (a la que denomina retroducción) como método de descubrimiento fue Norwood Russell Hanson. Sostiene que los enfoques hipotético-deductivistas no pueden dar cuenta de ciertos procedimientos que los científicos utilizan racionalmente cuando intentan explicar fenómenos problemáticos. Dado que históricamente pueden encontrarse documentados estos procesos (Galileo, Kepler) los mismos no pueden ser ignorados por la epistemología. La explicación de estos procesos de descubrimiento por ende es la tarea que cumple la abducción.

Este trabajo persigue los siguientes objetivos: i) analizar los trabajos de Peirce y Hanson a los efectos de lograr una reconstrucción de la abducción/retroducción que aclare el alcance con que se utiliza la expresión en dichos autores; ii) indagar la viabilidad de la abducción como método de descubrimiento, señalando los problemas que se deben resolver antes de su aceptación; iii) mostrar que a pesar de que el planteo hipotético-deductivo de Popper puede dar cuenta de muchos de los aspectos que Hanson le atribuye en exclusividad a la abducción, el mismo Popper parece abrir la posibilidad de un desarrollo complementario de su propia concepción del descubrimiento científico. De sus propios escritos surge el espacio metodológico para una operación que, llámese o no abducción, tiende a hacer difusos los límites entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

II. LA ABDUCCIÓN COMO MÉTODO DE DESCUBRIMIENTO

1. Introducción: el planteo de Schuster

El profesor Félix Schuster en su exposición en el «Primer Coloquio Bariloche de Filosofía» realizado en 1992 (luego recogida en un artículo publicado en 1993), sostuvo que la construcción de un modelo racional de ciencia no debía estar rígidamente ligado al ámbito de la justificación, sino que existía la posibilidad de ampliarlo al campo del descubrimiento o la producción de conocimiento. La estrategia que exploró Schuster para conseguir este objetivo es la de discutir la posibilidad de una lógica del descubrimiento.

Reconoce que para poder discutir esta posibilidad previamente se deben superar ciertas cuestiones definicionales, como: i) evitar la

posición que sostiene que donde aparece la lógica ya se está en el contexto de justificación; ii) extender el concepto de lógica al de metodología; iii) reconocer la relevancia de los métodos en este intento de ampliar el ámbito de la racionalidad sin identificar método con racionalidad, pues esta última noción debe incorporar necesariamente la consideración de otros factores.

Partiendo de su tesis del pluralismo metodológico en las ciencias sociales [desarrollado con amplitud en Schuster (1992)], sostiene que son varios los métodos posibles para el descubrimiento. Analiza como ejemplos el método empleado por Marx en «El Capital», el método progresivo-regresivo planteado por Lefevre y recogido por Sartre y la abducción-retroducción a partir de los trabajos de Peirce y Hanson.

En relación a la abducción-retroducción afirma:

«(...) También la abducción (Peirce) ha sido reivindicada como posible método de descubrimiento, con una estructura que puede formularse así: 'Un (sorprendente) fenómeno F aparece. La hipótesis H permite explicar adecuada y corrientemente a F. Por consiguiente, hay buenas razones para suponer que la hipótesis H es verdadera'. Hanson menciona este procedimiento bajo el nombre de retroducción. Un inconveniente de la abducción, en tanto método para descubrir hipótesis, es que la hipótesis ya aparece en las premisas». (Schuster, 1992: 17).

«La inducción puede constituir un método descubrimiento, o también la abducción-retroducción (vía Peirce-Hanson): Un sorprendente fenómeno F emerge, aparece. La hipótesis H permite explicar adecuada y corrientemente a F. Por tanto, hay buenas razones para suponer que la hipótesis H es verdadera».

«Peirce consideraba que la abducción tenía una forma lógica definida, que él representaba así:

> El sorprendente hecho C es observado. Pero si A fuera verdadera, C sería corriente. De aquí resulta que hay razones para suponer que A es verdadera».

«Como el mismo Peirce observó, la hipótesis A ya está contenida en las premisas, por lo que esta manera de argumentar no puede representar, literalmente, la secuencia de pasos que conducen a la hipótesis». (Schuster, 1993: 208).

Es cierto lo que sostiene el profesor Schuster al valorar la abducción, pues si se reconoce como reconstrucción de la misma los

esquemas presentados anteriormente, es evidente que dado que la hipótesis ya está contenida en las premisas es difícil poder considerarla como un posible «método de descubrimiento», pues nada parece sugerir sobre el origen de la misma.

Pero lo evidente que resultan estas razones es lo que nos obliga a dudar de las mismas. Existe una incompatibilidad entre las expresiones de Peirce de estar ante el único procedimiento capaz de generar nuevo conocimiento o de Hanson de haber hallado el enfoque que supere las limitaciones de las posturas hipotético-deductivas y la reconstrucción que se toma como base para criticar sus posiciones.

Creemos que tanto Peirce como Hanson tienen que haber justificado mejor sus asertos, por lo que indagaremos en sus obras a los efectos de buscar una reconstrucción de la abducción/retroducción más defendible que la utilizada por Schuster, desde la que realizar un análisis crítico cuyos resultados no puedan ser cuestionados por partir de una versión debilitada de la propuesta de dichos autores. Al mismo tiempo permitirá señalar aquellos aspectos de la abducción que deben mejorarse antes de intentar obtener algún provecho de su utilización. También reconstruiremos la versión popperiana del descubrimiento científico a los efectos de dejar en claro las relaciones que guardan ambas propuestas.

2. La abducción en la obra de Charles S. Peirce[3]

Peirce utiliza la expresión «abducción» («hipótesis», «razonamiento hipotético» o «retroducción»)[4] en contextos diferentes y con alcances distintos en cada caso: Filosofía de la mente, Lógica, Semiótica, Metodología.

---

[3] La obra del filósofo norteamericano Charles S. Peirce (1839-1914) se halla dispersa en diferentes artículos y textos particulares. No publicó en vida ningún libro, y la obra de referencia más conocida es una selección y reagrupación de los mismos denominada Collected Papers (1931-1958), que consta de ocho volúmenes.

Las traducciones castellanas del mismo son a su vez parciales, es decir selecciones de esa selección. Esto constituye un problema al momento de reconstruir los aspectos de su pensamiento que nos interesan, dado que no se tiene la seguridad de haber podido relevar todos los textos que tratan la cuestión.

No obstante, a partir de las compilaciones que se señalan en la bibliografía y de las obras que analizan el tema de la abducción es posible intentar dicha reconstrucción tomando los recaudos del caso.

[4] Todas estas expresiones serán utilizadas con el mismo sentido. Algunos autores piensan que Peirce distingue entre abducción e hipótesis, según el procedimiento culmine con la fijación de una ley general o en la explicación de un hecho particular (Eco; 1983b: 273-4). Esta interpretación no parece ajustarse al tratamiento que Peirce hace de la cuestión. Las siguientes citas muestran cómo utiliza las diferentes

Dado que el interés inicial de Peirce es ampliar la lista de categorías kantianas en la construcción de la estructura que crea las posibilidades de todo conocimiento[5], y dado que en Kant la lógica ocupa un lugar importantísimo en dicha tarea, su primera mención se produce en dicho terreno. Para Kant el tipo de inferencia deductiva irreductible era *Barbara,* Peirce por su parte ampliará esta lista agregando la inducción y la abducción a partir de combinaciones en los enunciados que componen la estructura silogística mencionada, a los que denomina «regla», «caso» y «resultado» según su ubicación en dicho esquema.

La caracterización como argumento válido[6], común en todos los trabajos que intentan explicar las ideas de Peirce, parte de lo que éste denomina «silogismos explicativos» de cada inferencia, los que se pueden graficar de la siguiente manera:

Deducción	**Inducción**	**Abducción**
Regla	Caso	Regla
Caso	*Resultado*	*Resultado*
Resultado	Regla	Caso

El planteo lógico de Peirce expuesto anteriormente se basa principalmente

expresiones indistintamente en contextos similares: [1] «Hay tres tipos de razonamiento: deducción, inducción y abducción (...)» (1903b: 130); [2] «Las tres clases principales de inferencia lógica son: deducción, inducción e hipótesis(...)» (1892a: 270); [3] Asimismo, en una nota de la compilación de José Vericat (1988: 400, nota 5) se cita el siguiente fragmento de los Collected Papers que avalan nuestra interpretación: «En ciencia, hay tres modos de razonar fundamentalmente diferentes: deducción (...), inducción (...) y retroducción (...)».

[5] Pilar Castillo Criado en la introducción a Peirce, 1968, pág. 14. La importancia que el autor da a Kant puede apreciarse claramente en (Peirce, 1865).

[6] La lógica para Peirce puede entenderse en un sentido amplio como semiótica general (1903a: 169) y en un sentido estricto como lógica crítica, encargada de la clasificación de los argumentos (1901a). A su vez puede encuadrársela en el conjunto de las ciencias normativas como dependiente de la Ética y de la Estética (1903/1906). No detallaremos el por qué de estas distinciones ni la justificación de las relaciones que establece entre las disciplinas, pues excedería el marco de este trabajo. Sin embargo, vale su mención para mostrar que no estamos ante un filósofo convencional, y al mismo tiempo apoyar la decisión tomada en el sentido de evitar asumir su trama teórica global sin discusión para trabajar con la abducción.

En un artículo publicado en 1867 y denominado «Sobre la clasificación natural de los argumentos» (1867a), Peirce justifica la existencia de tres razonamientos irreductibles: deducción, inducción e hipótesis. Dicha justificación se lleva a cabo en términos exclusivamente lógicos, pero tomando como única referencia la silogística de tradición aristotélica.

en los siguientes presupuestos: i) toma como teoría lógica básica la silogística de tradición aristotélica, asumiendo que la tarea de la lógica es clasificar los argumentos dentro de ese marco teórico; ii) se maneja con un concepto particular de validez que permite considerar válidos esquemas inferenciales susceptibles de permitir el paso de premisas verdaderas a conclusiones falsas.

Ninguno de estos supuestos puede ser aceptado a la luz de la lógica tal como se la concibe comúnmente hoy en día[7], por lo que debemos tratar de caracterizar la abducción en base a textos en los que Peirce utilice otros medios para dar cuenta de ella.

Esto obliga a deslizar el terreno de caracterización de la abducción del plano lógico al plano metodológico, a los efectos de determinar si la misma puede ser reconstruida con provecho con independencia de los aspectos erróneos con la que se la intentó justificar. De lo contrario, habría que concluir que la imposibilidad de fundarla lógicamente nos obliga a eliminarla del discurso epistemológico. Esto no se condice con la actualidad del debate en torno a la abducción ni con el rol que Peirce le asigna en muchos de sus escritos, por lo que consideramos que antes de tomar una decisión tan drástica es menester agotar todas las perspectivas desde las que dicha operación pueda cumplir alguna función relevante desde el punto de vista epistemológico.

2.1. La abducción en el con texto metodológico

La metodología que utilizamos para construir este aparatado fue la siguiente: partimos de una serie de textos de Peirce que caracterizan a la abducción, tratamos de analizarlos en detalle (muchos parecían contradecirse entre sí) a los efectos de intentar una reconstrucción de la abducción como método que conjugue todos los elementos compatibles que habíamos identificado.

Recurrimos a algunas citas indirecta de Peirce con el objeto de morigerar el efecto que sobre nuestras conclusiones podría tener la

---

[7] La silogística de tradición aristotélica que toma como base es un sistema defectuoso y superado. pues por una parte no puede dar cuenta de muchos razonamientos válidos muy comunes, y por otra lleva a considerar como correctos esquemas inferenciales cuyas premisas no garantizan por sí solas la verdad de la conclusión. Cfr. Quine (1944: 86 y ss.) y (1950: 124 y ss.). Al mismo tiempo la utilización de un concepto de validez tan amplio que le permite fundar la validez lógica de la inducción no sería aceptado en la actualidad ni aun por aquellos autores propensos a sostener posturas flexibles al respecto. Cfr. Haack (1978: 34).

circunstancia desafortunada de no haber podido relevar todos los textos de Peirce de interés para la cuestión.

En los escritos publicados en los últimos años del siglo pasado, Peirce caracterizaba la abducción de una manera muy similar a la inducción, lo que podía llevar a considerar a la abducción como una especie particular de inducción[8].

Quizá la mejor manera de caracterizar aquello a lo que Peirce denomina abducción sea partir de uno de los ejemplos que da del mencionado procedimiento.

«(...) Por ejemplo, sé que el tipo de hombre conocido y clasificado como un Mugwump [persona independiente en política] posee ciertas características [enumeración de las características definitorias] (...) Son estas opiniones, entre otras, las que constituyen las señales visibles de un Mugwump. Ahora bien, supongamos que encuentro casualmente a un hombre en un ferrocarril, y que al empezar a conversar con él veo que mantiene opiniones de este tipo; naturalmente paso a suponer que es Mugwump. Esto es inferencia hipotética. Es decir, selecciono un cierto número de características fácilmente verificables de Mugwump, encuentro que este hombre las tiene, e infiero que tiene todas las demás que integran a un pensador de esta índole» (1892a: 271).

El procedimiento sugerido puede esquematizarse de la siguiente manera:

---

[8] La distinción entre abducción, inducción y analogía, si bien es analizada expresamente por Peirce, merece ser tratada en detalle teniendo en cuenta los distintos alcances con que suelen utilizarse actualmente esos términos. Esta tarea excedería el marco del trabajo, por lo que sólo haremos mención al criterio utilizado por el autor.

Respecto de la relación que guardan la abducción y la inducción sostiene que en ambos tipos de argumento se parte de la ausencia de conocimiento. Peirce asimila inducción y abducción, pues en ambas se intenta responder a la pregunta de «si ciertos objetos poseen ciertas características» (1868: 94). La diferencia está dada por lo siguiente: mientras en la inducción se desconoce si además de los objetos que se sabe poseen ciertas características existen otros que también las poseen, en la abducción en cambio se desconoce si además de las características que se sabe que poseen ciertos objetos los mismos tienen otras no implicadas por aquellas.

Por otra parte, respecto de la analogía, Peirce sostiene que es un argumento complejo que se compone de un momento inductivo y de un momento abductivo (1868: 62). Se parte de considerar objetos particulares. Se induce observando a uno de ellos que todos los objetos de su clase poseen ciertas características. Luego se constata que el otro objeto posee algunas características, por lo que mediante abducción se lo subsume en dicha clase. Luego mediante deducción se puede predicar de este último cualquier de las características definitorias de la clase.

1. (x) [MUGWUPx ≡ (Rx · Sx · Tx · Qx)] [Concepto conocido][9]
2. Ra - Sa [Enunciado fáctico sobre a]
3. MUGWUMPa [Hipótesis. Subsunción individual][10].
4. Ta · Qa [Deducción de 1 y 3]

Estamos en presencia de una operación a la que Peirce caracteriza como «una inducción a partir de cualidades» (1892a: 171). Ningún elemento que nos indique el origen de la hipótesis ni algún procedimiento para fijarla. Vemos cómo la misma nos permite explicar (subsumir en una clase que a su vez forma parte de la formulación de una ley conocida) al objeto «a» a los efectos de aumentar el conocimiento que sobre él poseíamos.

El paso de 1. y 2. a 3. no encuentra hasta el momento otra justificación más que en la decisión de quien analiza la cuestión, quien postula o conjetura una relación de subsunción que le permite explicar luego aquello que necesitaba de una explicación. Es evidente que si subsumiera los hechos o predicados conocidos en otro enunciado general diferiría la intelección que hiciera de los mismos. La abducción como procedimiento (si pretende dar cuenta de la tarea de descubrimiento) nos debería indicar los pasos a seguir antes de formular nuestras conjeturas, aunque más no sea para permitirnos reducir la posibilidad de error en las mismas.

En otro texto contempla la posibilidad de que se utilice la operación

---

[9] Utilizamos un bicondicional, pues consideramos que el enunciado general opera en el esquema con una definición del predicado P. Reconocemos, sin embargo, que el carácter suficiente y necesario de todas las características definitorias es uno de los puntos claves en la discusión, Eco (1984) se dedica detalladamente a esta cuestión. En el contexto en el que estamos trabajando no traerá mayores consecuencias no tomar en cuenta esta discusión, aunque sin lugar a dudas deberemos considerarla en futuros trabajos. La utilización del condicional material (más acorde con el sentido que puede tener la relación de significación en los lenguajes naturales y respecto de los denominados signos naturales -indicios, síntomas-) sólo afectaría la atribución de las otras características definitorias del predicado al objeto subsumido, las que no se derivarían deductivamente de la conjetura. No obstante, dado que por hipótesis se acepta la subsunción es evidente que con el mismo carácter se aceptan las notas características del predicado en cuestión, resultando irrelevante si las mismas pueden o no deducirse de la conjetura. Las relaciones más importantes, que son las que ligan el fenómeno sorprendente con todos aquellos enunciados en los que se utiliza el predicado en el que se lo ha subsumido, no se ven alteradas por la forma en que se simbolice la regla (ver *infra*).

[10] Para saber si el objeto b reúne otras características que las que se le conocen y exponen en 2.,«la inferencia procede como si se conociesen todas las características requeridas a la determinación de un cierto objeto, o clase» (1868: 93).

para determinar relaciones entre clases, esto es, a nivel genérico. El esquema sería el mismo, con la diferencia que no se necesitaría emplear constantes para hacer alusión a objetos determinados.

En este caso, «la función de la hipótesis es la de sustituir una gran serie de predicados, que en sí mismos no forman una unidad, por uno solo (o un pequeño número) que los implica a todos, junto (quizá) con un número indefinido de otros. Es, por tanto, también una reducción de una multiplicidad a una unidad» (1868: 96).

En este fragmento se contemplan dos posibles reconstrucciones de la abducción, en una la hipótesis cumple la función de sustituir una variedad de predicados que no forman una unidad por uno solo (o un pequeño número) que los implica a todos [A], en la otra se da el caso de que el predicado unificador implica además un número indefinido de otros predicados [B]. Esquematizaremos ambas posibilidades.

[A] 1. Px
2. Q [Predicados que no forman unidad]
3. Rx
4. (x) [(Px · Qx · Rx) ≡ Bx] [Hipótesis]

Esta caracterización difiere de las presentadas anteriormente en que no se hace hincapié en la atribución de propiedades a objetos (subsunción individual), sino en la llamada subsunción genérica, es decir de un predicado múltiple o complejo en otro predicado más simple equivalente en este caso. Opera en un plano estrictamente conceptual[11].

---

[11] «El proceso que conduce a la afirmación de que un predicado es verdadero de un cierto individuo, que implica que la propiedad designada por el predicado está ejemplificada en ese individuo o que el individuo pertenece a la clase que es la extensión del predicado en cuestión es tradicionalmente denominado en la jerga jurídica subsunción. Cabe subrayar que el problema de la subsunción no es un tema específicamente jurídico, sino un problema del uso empírico del lenguaje en general, esto es, de la aplicación de términos generales de un lenguaje a objetos particulares del mundo. En otras palabras, se trata del viejo problema filosófico de la relación entre palabras (generales) y cosas. Todo uso empírico del lenguaje entraña la existencia de ciertas reglas semánticas que especifican: a) qué objeto particular es referido por un nombre, b) qué atributo (propiedad o relación) es designado por un término general o predicado. (...) Por subsunción individual entendemos el problema de la determinación de la verdad de ciertos enunciados individuales contingentes (sintéticos) de la forma general «Fa», donde «F» representa un predicado del lenguaje y «a» es un nombre propio, esto es, el nombre de un objeto individual. Subsunción genérica es el problema de establecer qué relación se da entre dos predicados. (Alchourrón y Bulygin, 1989: 305-308-309). En este sentido, la abducción puede caracterizarse como el procedimiento que lleva a conjeturar una relación de subsunción a los efectos de mejorar el aparato conceptual o explicar fenómenos sorprendentes.

[B] 1. Px
2. Qx [Predicados que no forman unidad]
3. Rx
4. (x) [(Px · Qx · Rx) ≡ Bx] [Hipótesis]
5. (x) [Bx -> (Sx · Tx · Vx)] [Enunciado hipotético]

Esta formulación abre la posibilidad de que el predicado unificador postulado en la hipótesis no cumpla sólo la función de dar coherencia o hacer inteligibles a los otros predicados unificándolos, sino que también permita derivar de la presencia de ellos la presencia de otros predicados merced a la utilización de otros enunciados generales que involucren al predicado unificador. Así, por ejemplo, en este caso podríamos saber, si constatamos que determinado objeto presenta las características P, Q y R, que el mismo presenta también las propiedades S, T y V con sólo postular 4 como hipótesis, dándose por conocida 5.

6. Pa · Qa · Ra [Conocimiento fáctico]
7. Sa · Ta · Va [Deducción de 4, 5 y 6]

Esto pone de manifiesto el gran poder de elucidación que tiene el proceder a conjeturar una relación de este tipo, tanto sobre el aparato conceptual como sobre la aplicación del mismo para analizar los objetos de la realidad. Pero nada se dice aún sobre las vías a seguir para que la unificación postulada pueda considerarse correcta o al menos guiada.

Analizaremos textos posteriores a los efectos de hallar respuesta a este interrogante. En escritos posteriores, Peirce distingue de manera más clara abducción e inducción[12].

Esta relación entre los conceptos «subsunción» y «abducción» plantea el problema (analizado por Eco) de los límites entre inferencia y significación, que implica a su vez determinar las incumbencias de la lógica (metodología) y la semiótica, al mismo tiempo que acerca a la discusión la problemática de la «interpretación» (de hechos o textos). Dado que para Peirce la lógica forma parte de la semiótica todo argumento es una especie particular de signo, lo que lo lleva a no plantearse el problema que hemos mencionado. Así por ejemplo utiliza como ejemplo de índex (uno de los tipos de signo que distingue) el siguiente caso: «Examinemos algunos ejemplos de índices (...) Veo a un hombre patizambo, con pantalones de pana, polainas y una chaqueta. Son probables indicaciones de que es un jockey, o algo por el estilo (1893/1902: 148-149). La similitud con los ejemplos que utiliza para ilustrar el proceso abductivo (1892a: 271) es evidente. Esta cuestión debe ser analizada antes de emitir una opinión final sobre la abducción.

[12] «La deducción prueba que algo *tiene que ser:* la inducción muestra que ago es *actualmente* operativo; la abducción sugiere meramente que algo *puede ser*» (1903b: 136).

«La abducción es el proceso de formar una hipótesis explicativa. Es la única operación lógica que introduce alguna idea nueva (...)» (1903b: 136).

«La abducción arranca de los hechos, sin tener, al inicio, ninguna teoría particular a la vista, aunque está motivada por la sensación de que se necesita una teoría para explicar los hechos sorprendentes. (...) En la abducción, la consideración de los hechos sugiere la hipótesis. (7.218)» (Sebeok-Umiker-Sebeok, 1979: 47).

De la lectura de estos fragmentos surgen las siguientes características definitorias de la abducción: i) es el proceso de formar una hipótesis explicativa; ii) es la única operación lógica que introduce un nuevo conocimiento; iii) parte de los hechos con la sensación de que los mismos pueden explicarse mediante una teoría; iv) consiste en la búsqueda de esta teoría, la que es sugerida por la consideración de los hechos.

A la luz de esta caracterización debemos hallar en los textos de Peirce respuestas para las siguientes cuestiones: i) cuáles son esos pasos o procesos que llevan a la formación de una hipótesis; ii) de qué manera la búsqueda de la teoría es sugerida por los hechos.

2.2. El problema de la caracterización

Al encontrarnos con un fenómeno que, dada la circunstancia en la que nos hallamos, nos resulta problemático o sorprendente intentamos comúnmente explicarlo subsumiéndolo en enunciados que relacionan conceptos que nos son familiares o conocidos.

Para Peirce una persona en esta situación procede de la siguiente manera: examina las características del fenómeno sorprendente y «advierte algún carácter o relación especial entre ellas, que de inmediato reconoce como característico de un concepto que ya está almacenado en su mente, de manera que se avanza una teoría que *explique* (es decir, que haga necesario) lo que resulta sorprendente en el fenómeno. (2: 776)» (Harrowitz, 1983: 244).

Esta caracterización implica lo siguiente: i) que todo fenómeno puede ser analizado a partir de los caracteres que presenta y de las relaciones que entre ellos guardan; ii) que una consideración minuciosa de los mismos permite avanzar la hipótesis o teoría

---

En este fragmento parece referirse críticamente a su postura pasada cuando afirma que la «analogía entre hipótesis e inducción es tan grande que algunos lógicos las han confundido. La hipótesis ha sido llamada inducción de caracteres. (2.632)» (Sebeok-Umiker-Sebeo, 1979: 48)

explicativa; iii) y que esto ocurre cuando reconocemos que esos caracteres concuerdan con ciertos caracteres definitorios de conceptos que almacenamos comúnmente en nuestra mente, lo que permite conjeturar la subsunción del fenómeno sorprendente en dicho concepto.

La abducción como procedimiento podría reconstruirse entonces de la siguiente manera:

1. Se aíslan todos los caracteres presentes en el fenómeno sorprendente o problemático.
2. Se busca un concepto que reúna todos esos caracteres definitorios.
3. Se utiliza un enunciado que relacione el mencionado concepto con otros para explicar el fenómeno sorprendente, haciéndolo de esta manera inteligible desde nuestro marco teórico.

Esta reconstrucción continúa la línea trazada cuando sostuvimos que en Peirce la abducción consistía en plantear la explicación de un objeto o clase determinados subsumiéndolos en una clase que a su vez está relacionada con otras mediante un enunciado general. A su vez avanza en la caracterización del procedimiento que debe seguirse para llevar a cabo con éxito dicha subsunción. También pone de manifiesto la estrecha relación que existe en esta etapa entre explicar un fenómeno sorprendente y sostener que ciertos elementos significan o representan otros, lo que nos lleva nuevamente a justificar el tratamiento de la cuestión desde el punto de vista semiótico.

No obstante esta reconstrucción trae aparejado un grave inconveniente. El planteo presupone que podemos aislar todos los caracteres relevantes de un fenómeno complejo, lo que es rechazado aún por el propio Peirce.

En efecto, Peirce sostiene que en la abducción «un número de caracteres pertenecientes a un tipo determinado se encuentra en un objeto dado; de lo que se infiere que todos los caracteres de ese tipo pertenecen al objeto en cuestión», pero al mismo tiempo reconoce que «los caracteres no son susceptibles de una simple enumeración como los objetos» y que los mismos «se agrupan en categorías», por lo que «cuando formulamos una hipótesis (...) examinamos sólo una sola serie de caracteres, o tal vez dos o tres, y no tomamos ningún espécimen de las otras series (2.632)» (Sebeok-Umiker-Sebeok, 1979: 48).

También aclara que para una serie definida de características «hay, tal vez, un millón de otras maneras posibles de explicarlas, sólo que todas son, desgraciadamente, falsas (Ms, 692)» (Sebeok-Umiker-Sebeok, 1979: 37-38).

El procedimiento debe entonces reconstruirse de la siguiente manera:

1. Se toma una serie (o series) de caracteres presentes en el fenómeno sorprendente o problemático.
2. Se lo subsume en aquel concepto que reúna esos caracteres entre sus elementos definitorios.
3. Se utilizan los enunciados que relacionen el mencionado concepto con otros para explicar el fenómeno sorprendente, haciéndolo de esta manera inteligible desde nuestro marco teórico.
4. La selección, cuando tenemos más de una alternativa disponible, se lleva a cabo rechazando aquellas explicaciones altamente improbables y entre hipótesis equiprobables acudiendo a la contrastación empírica a los efectos de determinar cuál de todas es verdadera.

Seguimos sin poder determinar los criterios para elegir la serie de caracteres entre las infinitas series que se nos plantean como opción, así como el procedimiento para escoger el concepto a utilizar para llevar a cabo la subsunción cuando en más de uno encontramos las características del objeto sorprendente. Veremos las respuestas de Peirce a estos interrogantes en el próximo apartado.

2.3. El problema del fundamento

Peirce analiza el fundamento de la operación descripta en el apartado anterior de distintas maneras: i) haciendo referencia a la historia de la ciencia, en la que puede constatarse su utilización[13]; ii) sosteniendo

[13] «Un hombre tiene que estar categóricamente loco para negar que la ciencia ha hecho muchos descubrimientos verdaderos. Pero cada uno de los ítems particulares de la teoría científica que hoy se encuentran asentados lo deben a la abducción. (...) Pero, ¿cómo es que toda esta verdad ha llegado a alumbrarse por un proceso en el que no hay compulsividad alguna, ni tendencia hacia la compulsividad? ¿Ha sido por azar? Consideremos la multitud de teorías que pueden haberse sugerido. Un físico, en su laboratorio, da con algún fenómeno nuevo. ¿Cómo sabe que las conjunciones de los planetas no tienen nada que ver con ello, o que no es quizá porque a la emperatriz viuda de China se le haya ocurrido por la misma época, hace un año, pronunciar alguna palabra con poder místico, o porque se encuentra presente algún genio invisible? Pensemos en los trillones de trillones de hipótesis que pueden hacerse, de las cuales sólo una es verdadera; y, con todo, el físico, después de dos o tres conjeturas, o, todo lo más, de una docena, da muy cerca de la hipótesis correcta. Por azar no lo hubiese conseguido, probablemente ni en todo el tiempo transcurrido desde que la tierra se solidificó. Pueden ustedes decirme que al principio se recurrió

que la operación no es más que la suma de intentos de adivinación[14]; iii) sosteniendo que para justificarla sólo es necesario que explique el hecho observado[15]; iv) en la misma línea que la explicación anterior, una abducción se justifica cuando mediante inducción comprobamos la verdad de la hipótesis[16]; v) y finalmente, sosteniendo que la abducción es posible, pues el hombre posee un cierto *insight* de los elementos generales de la naturaleza, lo que hace comparable la operación con los instintos[17].

---

a hipótesis astrológicas y mágicas, y que sólo gradualmente hemos aprendido ciertas leyes generales de la naturaleza, a consecuencia de las cuales el físico busca la explicación de su fenómeno dentro de las cuatro paredes de su laboratorio. Pero si ustedes observan la cuestión más determinante, verán que por esta vía no puede explicarse la cuestión a un cierto nivel importante. Tomemos una perspectiva amplia de la cuestión. Durante más de veinte mil años o así, el hombre no se ha ocupado de problemas científicos. Pero, si quieren, pongamos diez veces esto. Pero esto no es ni una cienmilésima parte del tiempo que puede considerarse que ha estado buscando su primera teoría científica (...) Ustedes pueden elaborar esta o aquella explicación psicológica de la cuestión. Pero permítanme decirles que toda la psicología del mundo junta no sacará el problema lógico justo de donde estaba» (Peirce, 1903b: 137-138).

[14] «Un objeto dado presenta una combinación extraordinaria de características de las que nos gustaría tener una explicación. Que exista alguna explicación de ellas es una mera suposición; y, de existir, lo que las explica es algún hecho oculto: mientras que hay, tal vez, un millón de otras maneras posibles de explicarlas, sólo que todas son, desgraciadamente, falsas. En una calle de Nueva York, se descubre un hombre apuñalado por la espalda. El jefe de la policía podría abrir el censo de los habitantes, poner el dedo sobre un nombre cualquiera y conjeturar que es el asesino. ¿Qué valor tendría una conjetura semejante? Sin embargo. el número de nombres en una lista así no es nada comparado con la multitud de posibles leyes de atracción que podrían haber justificado la ley del movimiento planetario de Kepler [sic] y que, previamente a la verificación mediante constataciones de perturbaciones, etc., las hubiera explicado perfectamente. Newton, me diréis, supuso que la ley tenía que ser simple. Pero, ¿qué era eso sino amontonar un intento de adivinar sobre otro? Sin duda, en la naturaleza hay muchos más fenómenos complejos que simples. No hay justificación para lo que no sea poner [una abducción] como interrogación. (Ms. 692)» (Sebeok-Umiker-Sebeok, 1979: 37-38).

[15] «(...) una conclusión retroductiva sólo justificada si explica un hecho observado. Una explicación es un silogismo cuya premisa mayor, o regla, es una ley o regla conocida de la naturaleza u otra verdad general; la premisa menor, o caso, es la hipótesis o conclusión retroductiva, y la conclusión, o resultado. es el hecho observado (o establecido de otra manera). (1: 89)» (Harrowitz, 1983: 243).

[16] Su única justificación [de la abducción] es la de que a partir de su sugerencia la deducción puede extraer una predicción que puede comprobarse mediante inducción, y que, si podemos llegar a aprender algo o a entender en absoluto los fenómenos, esto tiene que conseguirse mediante la abducción. Por lo que puedo saber, no puede darse ninguna razón cualquiera que sea a favor de la misma; y no necesita razón alguna, ya que sólo ofrece sugerencias» (Peirce, 1903b: 137).

[17] «Sea cual sea el modo como el hombre ha adquirido su facultad de adivinar las vías de la naturaleza, lo cierto es que no ha sido mediante una lógica autocontrolada

Ninguna de estas explicaciones resulta satisfactoria. Así de nada nos sirve para aumentar nuestro conocimiento sobre la abducción el hecho de postular su utilización en todo descubrimiento científico de envergadura. Peor aún son los otros intentos, pues si es cierto que las hipótesis no surgen más que por adivinación o instinto no puede sostenerse al mismo tiempo la posibilidad de reconstruir lógicamente la operación. De la misma manera sostener que la única justificación posible se da una vez enunciada la hipótesis significa reconocer que nada puede decirse sobre su formación, lo cual contradice palmariamente la caracterización hecha de la abducción en un primer momento.

Estas contradicciones pueden resolverse de distinta manera: i) rechazando la posibilidad de hablar de un procedimiento denominado abducción reconstruible con provecho en el campo metodológico; ii) tratando de explorar las sugerencias de Peirce de manera tal que las contradicciones desaparezcan, lo que debe realizarse desde un planteo superador de sus limitaciones.

Antes de poder abrazar la alternativa i) creemos necesario analizar las principales propuestas que optaron por la otra vía, es decir que intentaron continuar con la idea de la abducción superando al mismo tiempo los problemas que encontraba en Peirce.

Los problemas no resueltos por Peirce, pero que deben ser resueltos si se quiere defender a la abducción como método son los siguientes: i) determinar los criterios que deben guiar la selección de los caracteres que se considerarán relevantes en el fenómeno a explicar;

---

y crítica. Ni siquiera ahora puede dar ninguna razón exacta de sus mejores conjeturas. Me parece que el enunciado más claro que podemos hacer de la situación lógica -la más libre de toda mezcla cuestionable- es decir, que el hombre tiene un cierto discernimiento [*insight*] de la terceridad, de los elementos generales de la naturaleza, no lo bastante fuerte como para no estar abrumadoramente con más frecuencia equivocado que acertado. Lo llamo discernimiento porque hay que referirlo a la misma clase general de operaciones a la que pertenecen los juicios perceptivos. Esta facultad participa a la vez de la naturaleza general del instinto, pareciéndose a los instintos de los animales en que supera con mucho los poderes generales de nuestra razón y en que nos dirige como si estuviésemos en posesión de hechos que se encuentran por completo más allá del alcance de nuestros sentidos. Se parece también al instinto en su pequeña predisposición al error; pues aunque yerra con más frecuencia que acierta, con todo la frecuencia relativa con la que acierta es en conjunto la cosa más maravillosa de nuestra constitución. Si ustedes preguntan a un investigador por qué no prueba esta o aquella disparatada teoría, dirá, «no parece razonable». Es curioso que raramente utilizamos esta palabra cuando se ve con claridad la lógica estricta de nuestro procedimiento. No decimos que un error matemático no es razonable. Llamamos razonable aquella opinión cuyo único apoyo es el instinto(...)». (Peirce, 1903b: 138).

ii) explicar los mecanismos que permiten controlar la subsunción de los mismos en conceptos conocidos; iii) explicitar los procedimientos de selección de los conceptos a tener en cuenta antes de llevar a cabo la mencionada subsunción.

En busca de soluciones para estas cuestiones acudiremos al planteo de Norwood Hanson quien sostuvo, en la segunda mitad de este siglo, que continuar las líneas sugeridas por Peirce podía ser de alguna utilidad para la filosofía de la ciencia.

3. La retroducción en la obra de Hanson[18]

Norwood Russell Hanson (1924-67) en su libro *Patrones de descubrimiento* (1958) sostiene que el enfoque hipotético-deductivista, si bien es superior al inductivista, no es del todo satisfactorio, pues no da cuenta del procedimiento de creación o descubrimiento de las hipótesis. Luego de criticar los aspectos que considera incorrectos de las mencionadas teorías, construye una propuesta que él mismo caracteriza como continuadora del planteo de Peirce. La misma defiende la tesis de que existe un procedimiento que no es ni inductivo ni deductivo que permite dar cuenta de cómo surgen las teorías: la retroducción.

Hanson resalta el acento conceptual de la operación. Desde que se detectan ciertas anomalías a partir del marco de referencia, se procede a buscar la premisa que permita hacer inteligibles dichos datos.

Esto se logra operando desde el marco de referencia, es decir, subsumiendo los fenómenos en conceptos conocidos que a su vez permitan ligarlos inferencialmente con fenómenos normales; o bien operando sobre el marco de referencia, postulando nuevos conceptos (también se pueden redefinir los conceptos conocidos) que sistematicen las observaciones integrándolas al modelo[19].

El marco de referencia delimita un ámbito de conjeturas plausibles, el que puede ir acotándose mediante la formulación de «protohipótesis», dentro del cual probablemente estará la solución que buscamos.

---

[18] Tomaremos como base para la exposición los textos de Hanson (1958) y (1971).

[19] «Muchas soluciones significativas a problemas científicos han sido generadas por medio de recursos racionalmente dirigidos a entidades 'como si', entidades teóricas, cuya necesidad intelectual ha proporcionado ocasión práctica para que los experimentadores buscasen después tales *denotata* dentro de la materia». (1971: 54). El rol de estas entidades teóricas es «sistematizar y estructurar conjuntos de oraciones observacionales dentro de una disciplina» (1971: 57-58).

La tarea de búsqueda está guiada por criterios de racionalidad que deben ser objeto de indagación filosófica, los que no puede reducirse de ninguna manera a cuestiones meramente psicológicas[20].

3.1. La forma de la retroducción

El problema ahora es mostrar cómo opera el procedimiento reproductivo, cuáles son los criterios de racionalidad que se emplean y cómo se construyen los ámbitos de plausibilidad, en una palabra, cuáles son los pasos que llevan a la formulación de una hipótesis aceptable. La verdad o falsedad de la misma es una cuestión a resolver posteriormente mediante la deducción de predicciones y la realización de experimentos, la pregunta que debe contestar Hanson es ¿cuál es el procedimiento que permite escoger como aceptables sólo unas pocas conjeturas entre las infinitas que podrían postularse como respuesta a una misma cuestión?

Transcribiremos el único fragmento en el que Hanson ofrece un esquema del proceso retroductivo:

«La forma de la inferencia es ésta:

1. Se observa cierto fenómeno sorprendente P.
2. P sería explicable si H fuera cierta.
3. Por tanto, hay razones para pensar que H es cierta».

«H no puede ser inferida retroductivamente hasta que su contenido se despliegue en 2 (...) Las H no se desprenden aquí de un procesamiento actuarial o estadístico de un número grande de casos P. Tampoco son simples «ideadas» y los P deducibles de ellas» (1958: 185).

El hecho de que la hipótesis «explique claramente» los fenómenos en cuestión es la base para inferir retroductivamente que es razonable sostenerla.

---

[20] «¿Se pueden resolver razonablemente los problemas dentro de la investigación científica? Por descontado. En esa medida existen cánones para la razón, criterios de racionalidad, que distinguen la buena técnica de la mala, las conjeturas prometedoras de las dudosas, las direcciones de investigación que prometen de los cursos de investigación con pocas perspectivas. Tales criterios, o estrategias, podrían muy bien ser examinados por los filósofos de la ciencia en términos que no se «reducen» a una mera especulación psicológica (...). El examen de las estrategias racionales de la resolución científica de problemas, por tanto, no se reduce a ser una reconstrucción lógica o un recital psico-factual. Es, en principio, una investigación filosófica de un tipo diferente» (1971: 53).

El mismo Hanson reconoce que la hipótesis o teoría no puede ser inferida retroductivamente «hasta que su contenido se despliegue en 2», esto es, hasta que quede establecido que «explica claramente» las anomalías de las que partió.

Esta presentación es altamente problemática, pues el requisito para que opere la retroducción parece ser la formulación de la hipótesis y la constatación de que la misma cumple la única condición de explicar claramente los fenómenos sorprendentes. Esto parece reducir la retroducción a la aceptación de una hipótesis que ya ha pasado ciertos procedimientos de contraste que demostraron su plausibilidad, lo que obliga a considerar que la misma no puede constituir el procedimiento para sugerir una hipótesis como pretende Hanson.

La afirmación que las hipótesis no pueden ser «simples ideadas» no encuentra a simple vista argumentos que la apoyen en este fragmento.

Para rescatar el planteo de Hanson debemos preguntarnos por aquello a lo que este autor considera una «explicación», pues esta es la piedra de toque de su reconstrucción.

«Los enunciados de las leyes dinámicas ayudan a explicar los sucesos físicos. Un suceso queda explicado cuando se le puede reducir a otros sucesos que requieran menos explicación; cuando se muestra que forma parte de una estructura inteligible de sucesos». (Hanson, 1958: 195). «Explicar las perplejidades exige ligarlas con casos normales, con lo no sorprendente. Lo inusual sólo deja de ser sorprendente cuando se conecta inferencialmente con lo usual. Los modelos nos sugieren ámbitos de explicaciones posibles y rutas hacia lo no sorprendente. (...) El conocimiento pleno de una cosa consiste en esperar cada rasgo de esa cosa 'como cosa natural'» (Hanson, 1971: 61).

De estos fragmentos surge claramente que «explicar» significa reducir el fenómeno sorprendente a conceptos conocidos en el marco de un modelo aceptado, lo que permite conectarlo inferencialmente con casos normales. En última instancia, lo que Hanson reclama es la inserción del fenómeno en un modelo que lo haga inteligible. La «reducción» a la que hace referencia es totalmente asimilable al concepto de «subsunción» que utilizamos para reconstruir la propuesta de Peirce.

Hanson requiere además que la hipótesis «explique claramente» el fenómeno sorprendente, como diría Peirce, que lo explique «como cosa natural».

¿Cuáles son los requisitos que debe reunir una hipótesis para considerar que «explica claramente» y «como cosa natural» determinado fenómeno?

Hanson no abunda en el tema, sólo hace dos menciones respecto a la cuestión: i) en la primera sostiene que «para que un fenómeno x sea 'explicable de modo natural' es fundamental la percepción de la estructura completa en la que está inmerso» (1958: 185), esto significa que debemos tomar en cuenta todas las características del fenómeno (hasta los detalles) para determinar si la hipótesis es aceptable; ii) el fenómeno a explicar y la hipótesis que se postule: «deben tener propiedades lógicas adicionales a fin de figurar en F sería explicable de un modo natural si H fuese cierta». Si entendemos que H va a explicar F, entonces H no puede descansar sobre los rasgos de F que requieren explicación (...)» (1958: 186). El presupuesto general de ambas condiciones es trabajar a partir de un marco de referencia que es lo que determina en última instancia el ámbito de conjeturas plausibles.

3.2. La retroducción en la historia de la ciencia

Como vimos, gran parte de la estrategia argumentativa de Hanson consiste en mostrar la necesidad de la retroducción para explicar ciertos aspectos de la tarea de investigación porque los mismos no son reflejados en los enfoques hipotético-deductivos e inductivos.

Otro campo en el que Hanson encuentra elementos para sustentar su postura es la historia de la ciencia, así plantea ciertos casos paradigmáticos para mostrar que los otros enfoques no pueden dar cuenta de ellos, mientras que aceptando la retroducción como operación autónoma se los explica sin necesidad de forzar su presentación.

3.2.1. Galileo

«Baste decir que Galileo siempre trató de explicar sus datos originales mediante la construcción de hipótesis generales y teorías a su 'imagen'. Sus hipótesis no son nunca compendios inductivos de sus datos; tampoco las puso en duda hasta que pudo deducir nuevas sentencias observacionales que se comprobaron experimentalmente. Galileo supo que sus trabajos habían tenido éxito cuando la hipótesis de la aceleración constante fue capaz de estructurar los diversos fenómenos en que había ido fijando su atención durante treinta años. Su razonamiento avanzaba de comprensión en comprensión culminando en un *explicans* físico final. Las deducciones posteriores fueron meramente confirmativas» (1958: 188).

Con este ejemplo se pone de manifiesto cómo puede ser considerada exitosa una teoría antes de su configuración, bajo la única condición

de que haga inteligible los fenómenos sorprendentes, insertándolos en el marco teórico de manera coherente y significativa.

«Galileo no busca una fórmula descriptiva; tampoco trata de predecir observaciones acerca de los cuerpos en caída libre. Él ya tiene una fórmula. Sabe que los espacios recorridos en tiempos iguales están en la misma relación que la serie de los números impares. Sabe que la distancia que recorre el cuerpo en su caída es proporcional al cuadrado del tiempo transcurrido. Busca más: una *explicación* de estos datos, los cuales deben ser sistematizados inteligiblemente» (1958: 121).

Para lograr esto, Galileo debió acuñar el concepto de aceleración constante, incluyendo las coordenadas temporales en su construcción, lo que hubiera tenido muy poco significado para los filósofos naturales que lo precedieron, «tan poco como lo hubiera tenido una coordenada 'fragancia' o una coordenada 'belleza'. Galileo rompe estas limitaciones conceptuales (...)» (1958: 124). Esto constituye un ejemplo de la postulación de entidades teóricas a las que Hanson aludió como producto de la retroducción.

Este ejemplo resalta el carácter conceptual de la operación, distinguiendo dos posibles formas de operar: i) *dentro del marco de referencia,* esto es, subsumiendo el fenómeno sorprendente en conceptos conocidos, lo que permite ligarlo inferencialmente con casos normales; ii) *sobre el marco de referencia,* es decir, postulando nuevos conceptos en dicho marco que permitan sistematizar los enunciados observacionales sorprendentes[21]. Esto pone en evidencia la importancia que tiene el marco de referencia como ámbito de plausibilidad de nuestras conjeturas, por lo que una modificación en el mismo puede llevar a cambiar la intelección que hagamos de los fenómenos que observamos[22], y al mismo tiempo a ampliar los límites dentro de los que podemos postular hipótesis aceptables.

Podemos apreciar cierta similitud entre estas dos operaciones y las dos versiones de abducción que reconstruimos a partir de los escritos de Peirce (ver supra, págs. 23-24).

---

[21] «Los triunfos de la física contemporánea consisten en descubrir que un parámetro puede ser considerado como una función de algún otro. La relación física 'real' entre ellos puede no ser evidente o incluso inexistente» (1958: 188).

[22] «Las afirmaciones relativas al modelo son diferentes de las afirmaciones acerca de los detalles. No son resúmenes inductivos de afirmaciones relativas a los detalles (...) si las afirmaciones relativas a los detalles son empíricas, también lo son -aunque no en la misma forma- las frases relativas al modelo que proporciona sentido a las anteriores. Negar una frase relativa al detalle es hacer algo dentro del modelo. Negar una frase relativa al modelo es atacar al sistema conceptual mismo, y esta negación no puede operar del mismo modo» (1958: 186).

3.2.2. Kepler

El otro ejemplo (al que le dedica 16 páginas de su libro) es el descubrimiento de Kepler de que la órbita de Marte seguía la forma de una elipsis.

«Kepler *no empezó* con la hipótesis de que la órbita de Marte era elíptica para deducir a continuación enunciados confirmados por las observaciones de Brahe. Estas últimas observaciones le fueron dadas, y plantearon el problema, fueron el punto de partida de Johannes Kepler. A partir de éstas se esforzó por obtener una hipótesis apropiada, después pasó a otra y después a otra, para acabar finalmente en la hipótesis de la órbita elíptica (...). El filósofo de la ciencia no debería ignorar lo que Peirce llama la retroducción más bella que se haya hecho jamás» (1958: 166).

No podemos transcribir todo el desarrollo del ejemplo por su extensión, pero el segmento escogido es una breve y adecuada descripción del caso.

A lo largo del mismo, Hanson explica cómo Kepler probó varias alternativas (algunas relativas a la forma de la trayectoria del planeta y otras respecto a las técnicas de medición que empleaba) y las fue desechando, pues no podía dar cuenta con las mismas de los datos recogidos por Tycho Brahe. Dado que la figura que buscaba debía encontrarse entre el círculo y el ovoide (ambas hipótesis refutadas por los datos de Brahe) conjeturó que debía tratarse de una elipse. No obstante la misma no explicaba todos los datos del explicandum. Finalmente se percató que lo que impedía esto era un error aritmético. «El tropiezo aritmético fue descubierto rápidamente, y este descubrimiento condujo a la total confirmación de la hipótesis» (1958: 180). Con esta conjetura pudo dar cuenta de todos los datos observacionales que constituyeron el punto de partida de su investigación.

Los elementos que Hanson considera relevantes del procedimiento de Kepler son: i) el *explicandum* ya era conocido por Kepler (eran las observaciones de Brahe); ii) el *explicans* no se obtuvo «razonando a partir de la hipótesis generales de las que dedujo consecuencias particulares» contrastables por la observación (1958: 182); iii) todas las reformulaciones de sus hipótesis Kepler las hizo con razones fundadas, no de manera caprichosa (1958: 182). Por todo esto, Hanson considera que el ejemplo de la tarea de Kepler tal como el mismo la detalla «es la obra máxima del razonamiento retroductivo» (1958: 182).

En él se pone de manifiesto el rol de las «protohipótesis», las que hasta ese momento sólo habían sido nombradas sin una adecuada caracterización. Las «protohipótesis» construidas estaban condicionadas por la necesidad de dar cuenta de todos los datos con que se contaba (las observaciones de Brahe) y por los límites impuestos por

las conjeturas anteriores, lo que hace que cada uno de los pasos que llevaron a Kepler a la formulación de su hipótesis haya sido dado de manera razonada. Por último, vuelve a quedar en evidencia que la retroducción opera a nivel conceptual, dándose por concluida una vez que logra integrar al marco de referencia los datos de los que partió. Esto se logra estableciendo relaciones conceptuales intrasistemáticas (subsunción) o bien reformulando algunos elementos del marco de referencia. En este caso se dan ambas operaciones, pues se subsumen los datos recogidos al concepto de «elipsis» ya conocido y luego deben corregirse algunos cálculos aritméticos erróneos, lo que hace posible insertar los mencionados datos en un modelo coherente que los hace inteligibles.

3.3. Balance

La explicación de Hanson resulta un avance respecto de la formulación de Peirce en los siguientes aspectos: i) resalta el hecho de que la retroducción se maneja en un nivel conceptual y muestra las variantes con que puede operar; ii) señala la importancia del marco de referencia que guía la observación, el que juega un rol determinante en la consideración de aquello que consideraremos sorprendente (anomalía) y de los caracteres que consideraremos relevantes en el mismo a los efectos de formular una hipótesis explicativa; iii) enuncia algunas condiciones que debe reunir una hipótesis para ser aceptable, lo que puede tomarse como una guía para su formulación; iv) resalta la función del marco teórico como ámbito de conjeturas plausibles, el que puede acotarse mediante «protohipótesis»; v) ilustra con ejemplos tomados de la historia de la ciencia la plausibilidad de su planteo.

A su vez presenta los siguientes problemas: i) no establece cuáles son los supuestos criterios de racionalidad que guían la tarea de descubrimiento; ii) no reconstruye satisfactoriamente el procedimiento retroductivo, el que según su esquema (similar al que utiliza Schuster al analizar la cuestión (ver supra) puede ser cuestionado por: a) carecer de diferencias con el planteo hipotético-deductivo que pretende superar, o bien por, b) renunciar a la pretensión de dar cuenta del proceso de formación de hipótesis, pues la misma ya se encuentra formulada cuando supuestamente se produce la retroducción; iii) no queda claro en que se diferencia una hipótesis explicativa de una protohipótesis, y en caso de aceptarse la distinción, no se explica el proceso que lleva a su formulación de estas últimas.

Siguen en pie la mayoría de los problemas no resueltos por Peirce, que según dijimos debían resolverse si se quería defender a

la abducción como método. Todavía no encuentran una solución satisfactoria las siguientes cuestiones: i) la determinación de los criterios que deben guiar la selección de los caracteres que se considerarán relevantes en el fenómeno a explicar; ii) la explicitación de los mecanismos que permiten controlar la subsunción de los mismos en conceptos conocidos; iii) la formulación de los procedimientos de selección (o creación) de los conceptos a tener en cuenta antes de llevar a cabo la mencionada subsunción.

Se debe buscar respuesta a estas cuestiones si se quiere contar con un procedimiento aceptable en el terreno de la formulación de hipótesis, de lo contrario seguiremos postulando la existencia indudable de algo que en el fondo no sabemos muy bien en qué consiste.

4. El descubrimiento científico en Popper[23]

Nuestra intención con este apartado es mostrar que muchos de los argumentos que Hanson utilizó para criticar los modelos H-D y para justificar la necesidad del enfoque retroductivo, no son aplicables a todos los autores que defienden ese tipo de posiciones. Hanson parte de una reconstrucción de las posiciones hipotético-deductivas realizada a partir de la pregunta: «¿Cómo se organizan las teorías científicas?», lo que lleva a mostrar una posición respecto del descubrimiento científico demasiado rígida y pobre. Consultaremos los textos de Popper[24], pero tratando de contestar con los mismos a la siguiente cuestión: «¿Cómo se explica científicamente un fenómeno sorprendente?». De esta manera podremos comparar las respuestas para verificar si la diferencia entre las posiciones es tan grande como pareciera surgir de la exposición de Hanson.

4. 1. La explicación como objetivo de la ciencia

Para Popper, el objetivo de la ciencia «es encontrar *explicaciones satisfactorias* de cualquier cosa que nos parezca a nosotros que necesita explicación» (1956: 172). Las teorías científicas son

[23] Tomaremos como base para la exposición los textos de Popper (1934), (1956), (1957), (1963) y (1972).

[24] Nosotros tomaremos como punto de comparación solamente esta postura, pues como Hanson habla en general de los enfoques hipotético-deductivistas, sus afirmaciones tienen que valer frente un reconocido representante de dicha tradición como lo es Popper.

importantes porque nos ayudan a interpretar o explicar nuestras experiencias[25]. Las predicciones que de ellas pueden derivarse también lo son, pero sólo como instrumento de búsqueda de teorías verdaderas[26].

Una explicación consiste en un conjunto de enunciados en el que unos describen el estado de cosas a explicar (explicandum) mientras que los otros forman la explicación en sentido estricto de la palabra (explicans).

La mayoría de las veces se parte de un hecho que no puede ser explicado dentro del marco de referencia que guía la tarea de observación, esto es de una anomalía[27], para buscar luego las hipótesis que permitan dar cuenta del mismo. Dada la amplitud con que se señaló el objetivo de la ciencia, la tarea de investigación puede dirigirse también a hallar explicaciones para explicans ya aceptados (1956: 175).

Se parte de un *explicandum* conocido, mientras que el *explicans* (objeto de la investigación) debe por lo general ser descubierto. «Así la explicación científica, siempre que sea un descubrimiento, será *la explicación de lo conocido por lo desconocido*» (1956: 176) (1957: 91).

4.2. La búsqueda del explicans

Dado que el objetivo de la ciencia es explicar satisfactoriamente cualquier cosa que necesite explicación. ¿Cómo es el procedimiento por el cual el científico explica los hechos o los *explicans*?

Para Popper, el científico propone o conjetura esos *explicans*, y

---

[25] «Las teorías (...) nos ayudan a *interpretar* nuestras experiencias. (...) Constantemente interpretamos nuestra experiencia con ayuda de teorías. Un mal sabor o mal olor se interpreta como causados por un huevo podrido; y un patinazo -un término completamente teórico- *explica* o interpreta un movimiento inusual y peligroso de un coche como debido a una insuficiente fricción entre los neumáticos y la carretera» (1956: 156).

[26] «(...) Para el teórico, las predicciones son importantes casi exclusivamente por su relación con la teoría; porque él está interesado en la búsqueda de teorías *verdaderas* y porque las *predicciones pueden servir como contrastaciones* y proporcionar una oportunidad para la eliminación de teorías falsas» (1956: 157).

[27] «Es muy cierto que cualquier hipótesis particular que elijamos habrá sido precedida por observaciones; por ejemplo, las observaciones que trata de explicar. Pero estas observaciones, a su vez, presuponen la adopción de un marco de referencia, un marco de expectativas, un marco de teoría. Si las observaciones eran significativas, si creaban la necesidad de una explicación y, así, dieron origen a la invención de una hipótesis, era porque no se las podía explicar dentro del viejo armazón teórico, del viejo horizonte de expectativas» (1957: 73).

luego los somete a un proceso de contrastación a los efectos de evaluar si constituyen o no una explicación satisfactoria. «Una vez presentada a título provisional una nueva idea, aún no justificada en absoluto -sea una anticipación, una hipótesis, un sistema teórico o lo que se quiera-, se extraen conclusiones de ella por medio de que una deducción lógicas (tales como equivalencia, deductibilidad, compatibilidad o incompatibilidad, etc.), que existan entre ellas» (1934: 32).

Popper es tajante con relación a la posibilidad de dar cuenta del proceso que lleva a la adopción de una conjetura: «La etapa inicial, el acto de concebir o inventar una teoría, no me parece que exija un análisis lógico ni que sea susceptible de él. (...) No existe en absoluto un método lógico de tener nuevas ideas, ni una reconstrucción lógica de este proceso» (1934: 31-32). Habla veces de adivinación (1934: 259) e ingenio (1972: 189) para referirse al poder de sugerir nuevos *explicans,* otras veces de «instintos científicos» (1934: 73), considera que ese proceso sólo puede ser un interesante tema de análisis de la psicología, no de la filosofía de la ciencia. En una sola oportunidad menciona que la experiencia de contrastaciones previas por parte del científico puede influir en la adopción de futuras conjeturas que intenten explicar el mismo fenómeno, pero no vuelve a tocar el tema en ningún otro de los escritos consultados» (1934: 73).

Analicemos entonces el procedimiento que se utiliza para «contrastar críticamente las teorías y escogerlas, teniendo en cuenta los resultados obtenidos en su contraste», dado que es el único aspecto que admite una reconstrucción lógica según Popper.

4.3. Los explicans *satisfactorios*

Resumiendo podemos decir que para Popper una conjetura puede aceptarse como una explicación satisfactoria de ciertos hechos o teorías si cumple con las siguientes condiciones: i) de la misma se debe deducir el *explicandum*; ii) no debe ser falsa de manera evidente, esto es, debe ser razonable o plausible sostenerla aunque luego se demuestre que es falsa; iii) debe permitir derivar otras consecuencias contrastables diferentes del *explicandum*[28]; iv) no debe entrar en contradicción con otros enunciados del sistema de referencia; v) debe tener contenido empírico; vi) en caso de estar en pugna con otra teoría similar

[28] «El *explicans,* para ser satisfactorio (...), debe satisfacer una serie de condiciones. En primer lugar, debe entrañar lógicamente al *explicandum.* En segundo lugar, el *explicans* tiene que ser verdadero, aunque, en general, no se sabrá que es verdadero; en cualquier caso, no debe saberse que es falso, ni siquiera después del examen más crítico».

debe constituir comparativamente un adelanto científico; vii) debe ser capaz de superar el contraste empírico de sus predicciones[29].

El procedimiento de contrastación resulta ser en todos los casos deductivo. La derivación de predicciones a los efectos de testar experimentalmente la conjetura no resulta ser ni la primera ni la única prueba por la que debe pasar para ser aceptada. No obstante, es de fundamental importancia, pues constituye la consumación de la propuesta central del criterio de demarcación adoptado por Popper: «(...) el criterio para establecer el status científico de una teoría es su refutabilidad o su testabilidad» (1957: 61).

Muchos filósofos de la ciencia, en parte justificadamente dada la importancia que Popper le asigna al problema de la demarcación, centran la exposición del método hipotético-deductivo en esta etapa de búsqueda de la refutación de las conjeturas. Esto da como resultado un esquema en el que el punto de partida se encuentra en las hipótesis de nivel superior, de las que se deben derivar otras hipótesis de menor generalidad hasta llegar finalmente a los enunciados observacionales que permitan la refutación de la teoría. Esta exposición es correcta en líneas generales, pero a nuestro entender presenta sólo un esquema parcial y excesivamente rústico de la propuesta de Popper.

4.4. Conclusiones

Si bien es cierto que existen grandes diferencias entre la explicación que Popper da de la tarea de investigación científica y el proceso de retroducción-abducción tal como surge de los trabajos de Hanson y Peirce, también es cierto que presentan muchos más puntos de contacto de lo que estábamos dispuestos a reconocer en un primer momento. Al mismo tiempo pueden inferirse de la propuesta de Popper algunos puntos de apertura hacia un enfoque retroductivo como complemento de su posición. Analizaremos en detalle cada una de estas afirmaciones.

4.4. 1. *Puntos en común*

Tomando como base el marco teórico de referencia, la presencia

---

«Para que el *explicans* no sea *ad hoc* tiene que ser rico en contenido: debe tener una variedad de consecuencias contrastables que sean diferentes del *explicandum.* Son esas diferentes consecuencias contrastables en las que estoy pensando cuando hablo de contrastaciones *independientes* o de evidencia *independiente*» (1956: 172-173).

[29] (1934: 32-33).

de anomalías o fenómenos sorprendentes es lo que pone en funcionamiento la tarea de investigación científica. En las dos posiciones se resalta la circunstancia de que se parte de hechos conocidos en busca de los enunciados que permitan explicarlos.

Se resalta el carácter conjetural del conocimiento científico.

Coinciden en algunas de las condiciones que deben reunir las hipótesis para ser aceptadas, por ejemplo la coherencia con los otros enunciados del marco teórico, la no falsedad evidente de las mismas, el carácter no tautológico y el contenido mayor del *explicans* respecto al *explicandum.*

4.4.2. *Puntos de fricción*

En Popper el proceso de formación de hipótesis no es susceptible de análisis filosófico, es materia de la psicología, mientras que la principal motivación para sostener un enfoque abductivista es poder explicitar los criterios de racionalidad que operan en dicha tarea, lo que constituye una labor que debe llevar adelante la filosofía de la ciencia.

El enfoque de Popper no atiende los problemas conceptuales, sólo presta atención a los aspectos lógicos de la tarea de contrastación de conjeturas, lo que se pone de manifiesto claramente con la asimilación que tiende a realizar entre explicación e interpretación en uno de los textos que hemos citado (ver supra). La retroducción-abducción en cambio centra sus incumbencias en el plano estrictamente conceptual. No por esto resta importancia a la contrastación empírica de las hipótesis, sino que intenta dar cuenta del procedimiento previo a la determinación de la verdad o falsedad de las conjeturas.

4.4.3. *Hacia la complementariedad de los enfoques*

Los enfoques retroductivos reconocen la importancia del procedimiento deductivo en la tarea de contrastación empírica de las hipótesis o teorías conjeturadas, a los efectos de determinar el grado de adecuación que las mismas tengan con la realidad. Pero sostienen que antes de la labor confirmatoria se debieron llevar a cabo tareas estrictamente conceptuales que también responden a criterios de racionalidad. Es cierto que en el planteo de Hanson a veces tienden a confundirse las tareas de interpretación de los datos con las relaciones lógicas que mantiene el *explicans* postulado con el resto de los enunciados que componen el marco de referencia, esto se pone de

manifiesto cuando expresa como condición de aceptación de las hipótesis que las mismas puedan integrarse coherentemente en el modelo y que impliquen características independientes de las que presenta el *explicandum,* Pero, no obstante, es claro que en todo momento piensa la tarea de formulación y aceptación de hipótesis desde una perspectiva semántica.

En Popper en cambio encontramos, en una primera lectura, un rechazo explícito a que la filosofía de la ciencia se ocupe de cuestiones que ocurran antes de contar con un enunciado formulado con el carácter de hipótesis explicativa de los fenómenos sorprendentes. Por eso el énfasis en las cuestiones lógicas y la posibilidad de contrastación empírica.

No obstante podemos hallar en sus trabajos algunos elementos que permiten inferir la posibilidad de que, a pesar del rechazo expreso de Popper, la tarea conceptual que propone el enfoque retroductivo tenga un espacio en su propia propuesta sin caer en la esfera de la psicología.

Esos elementos son los siguientes: i) reconoce que las teorías cumplen la función de permitirnos interpretar nuestras experiencias (Popper, 1956: 156), aunque luego parece asimilar interpretación y explicación, podemos diferenciar con claridad ambas cuestiones. El problema de la interpretación, o reconocimiento de significación en ciertos hechos, ha sido objeto de reflexiones filosóficas en todas las épocas y durante este siglo ha llegado a convertirse en uno de los principales temas de estudio de la semiótica. Si bien la psicología también se ocupa de estas cuestiones no se puede negar la incumbencia de la filosofía en su elucidación; ii) así como marcamos en Hanson la mención de cuestiones lógicas entre las condiciones de aceptabilidad de una hipótesis, también en Popper podemos hallar elementos que hacen hincapié en aspectos semánticos de los enunciados hipotéticos como condición de contrastación. Popper sostiene como primer requisito que para ser satisfactoria una hipótesis explicativa no debe saberse que es falsa ni siquiera después del examen más crítico (Popper, 1956: 172). Para determinar la verdad o falsedad de la hipótesis, aun cuando para ello utilicemos un proceso deductivo, debemos previamente resolver problemas de tipo conceptual, como por ejemplo qué extensión tienen los términos con los que está formulada la hipótesis, la subsunción de los fenómenos sorprendentes en alguno de dichos términos, la determinación de aquellos elementos que consideraremos falsadores del enunciado, cuestiones que tienen que ver en última instancia con el significado de los términos con los que construimos nuestras hipótesis. Nuevamente hallamos elementos que no son reductibles a cuestiones psicológicas y que son objeto de genuinas reflexiones filosóficas.

De esta manera no es aventurado reconocer que existe una esfera intermedia entre los aspectos lógicos y psicológicos de la tarea de conjeturar explicaciones científicas: es la esfera conceptual, de la que se ocupa principalmente la semiótica y en la que centran su interés los enfoques retroductivos. Es ésta un área que avanza sobre lo que comúnmente se denomina contexto de descubrimiento, por lo que sí permite precisar ciertos criterios de racionalidad en la resolución de las cuestiones que le son propias puede llegar a sugerir algunos de los procedimientos de descubrimiento que se están buscando.

Ambos enfoques, en caso de que este último logre sus objetivos, están llamados a complementarse para ofrecer una visión abarcadora y fértil de la búsqueda y construcción del conocimiento científico, sin abandonar en ningún momento el terreno de la filosofía de la ciencia.

IV. CONCLUSIONES Y PROYECCIONES

Se ha mostrado la plausibilidad de un análisis filosófico de la formación de hipótesis utilizando para ello el enfoque abductivo-retroductivo. Se han señalado también las cuestiones que se deben resolver antes de poder contar con una reconstrucción de dicho procedimiento que pueda cumplir con los objetivos que persigue. Estas son i) la determinación de los criterios que deben guiar la selección de los caracteres que se considerarán relevantes en el fenómeno a explicar; ii) la explicitación de los mecanismos que permitan controlar intersubjetivamente la subsunción de los mismos en conceptos conocidos; iii) la formulación de los procedimientos de selección (o creación) de los conceptos a tener en cuenta antes de llevar a cabo la mencionada subsunción.

Creemos haber mostrado que hay que evitar el rechazo de la propuesta abductiva basándose en algunas caracterizaciones desafortunadas del procedimiento, como la que realiza Hanson de la retroducción, manteniendo abierta una discusión filosófica que puede dar resultados fructíferos.

En vista de los interrogantes que quedaron planteados consideramos que el enfoque semiótico al que hicimos mención en varias partes del trabajo se impone como paso próximo en esta tarea exploratoria que hemos encarado.

Umberto Eco ha desarrollado una propuesta semiótica a partir de las líneas que al respecto abrió Peirce, en cuyo seno la abducción no sólo es un instrumento para explicar cómo ciertos fenómenos naturales pueden operar como signos, sino que también es el

elemento que permite explicar la significación de enunciados lingüísticos[30].

Esto abre además una interesante posibilidad de aplicación en el campo del derecho, pues los resultados no se circunscribirían como señalamos en un primer momento a las inferencias que tienen por finalidad dar por probados ciertos hechos en el marco de un proceso judicial, sino que serían aplicables al otro gran grupo de operaciones que se llevan a cabo en dicho marco: la interpretación de los enunciados normativos.

Pero no debemos olvidar que antes de eso debemos hallar en la obra de Eco respuestas satisfactorias para las cuestiones que ni Peirce ni Hanson lograron resolver.

El próximo paso en esta línea de trabajo, por tanto, será el de adentrarnos en la extensa obra del semiólogo italiano a los efectos de encontrar (si es que existen) esas respuestas y determinar luego el grado de utilidad que la abducción puede prestar en el campo jurídico.

[30] Cfr. principalmente Eco 1975, 1984 y 1990.

V. BIBLIOGRAFÍA[31]

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (1989): «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 303-328.

(1991): *Análisis lógico y derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 624 págs.

Atienza, Manuel (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Bochenski, J. M. (1956): *Historia de la Lógica Formal* («Biblioteca de Filosofia»), Madrid, Gredos, 1966.

Bonfantini, Massimo A. y Proni, Giampaolo (1983): «To guess or not to guess?», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.), *El signo de los tres,* Barcelona, Lumen, 1989, págs. 164 a 184.

Carettini, Gian Paolo (1983): «Peirce, Holmes, Popper», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.), *El signo de los tres,* Barcelona, Lumen, 1989, págs. 185 a 209.

Conan Doyle, Sir Arthur (1887): *Estudio en Escarlata,* en Obras Completas de Sir Arthur Conan Doyle, Bs. As., Hyspamérica, 1983, Tomo II, págs. 11-110.

Churchland, Paul M. (1984): *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente,* Barcelona, Gedisa, 1992.

Eco Umberto (1968b): *La estructura ausente,* Introducción a la semiótica, Barcelona, Lumen, 1978.

(1973): *Signo,* Barcelona, Labor, 1988.

(1975): *Tratado de Semiótica General,* Barcelona, Lumen, 1977.

(1979): *Lector in Fábula, La Cooperación Interpretativa en el Texto Literario* («Palabra en el Tiempo»), Barcelona, Lumen, 1981.

(1983): «Cuernos, cascos, zapatos: algunas hipótesis sobre tres tipos de abducción», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.), *El signo de los tres,* Barcelona, Lumen, 1989, págs. 265 a 294.

(1984): *Semiótica y Filosofía del Lenguaje* («Palabra en el Tiempo»), Barcelona, Lumen, 1990.

(1985): *De los espejos y otros ensayos,* Barcelona, Lumen, 1988.

(1990): *Los límites de la interpretación,* Barcelona, Lumen, 1992.

[31] Se cita por la fecha de la primera edición, aunque se han suprimido los datos de la misma para reducir la extensión del trabajo.

Eco, Umberto y Sebeok, Thomas A. (Eds.) (1983): *El signo de los tres* («Palabra en el Tiempo»), Barcelona, Lumen, 1989.

Garrido, Manuel (1974): *Lógica Simbólica,* Madrid, Tecnos, (6.ª reimpresión revisada, 1983).

Ginzburg, Carlo (1979): «Morelli, Freud y Sherlock Holmes: Indicios y método científico», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.). *El signo de los tres,* Barcelona, Lumen, 1989, págs. 116 a 163.

(1986): *Mitos, emblemas, indicios. Morfología e historia,* Barcelona, Gedisa, 1989.

Gómez, Ricardo (s.f.): «Sobre la vigencia del concepto aristotélico de ciencia», *Cuadernos del Instituto de Lógica y Filosofía de las ciencias*, N.º 2, La Plata, Facultad de Humanidades y Cs. de la Educación.

Haack Susan (1978): *Filosofía de las lógicas,* Madrid, Cátedra, 1982.

Hanson, Norwood Russell (1958): «Patrones de descubrimiento. Investigación de las bases conceptuales de la ciencia», en *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación,* Madrid, Alianza, 1977 (2.ª ed., 1985), págs. 70-310.

(1971): «Observación y explicación: Guía de la filosofía de la ciencia», en *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación,* Madrid, Alianza, 1977 (2.ª ed., 1985), págs. 11-70.

(1977): *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación,* Madrid, Alianza, 1985.

Harrowitz, Nancy (1983): «El modelo policíaco: Charles S. Peirce y Edgar Allan Poe», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.), *El signo de los tres,* Barcelona, Lumen, 1989, págs. 241 a 264.

Klimovsky, Gregorio y De Assua, Miguel (1992): *Corrientes epistemológicas contemporáneas,* Bs. As., C.E.A.L.

Peirce, Charles Sanders (1865): «Lección sobre Kant», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 39-57.

(1867a): «Sobre la clasificación natural de los argumentos», en *Escritos lógi*cos, Madrid, Alianza, 1968, págs. 35-65.

(1867b): «De una nueva lista de categorías», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 66-85.

(1868): «Algunas consecuencias de cuatro incapacidades», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 88-122.

(1871): «Las obras de George Berkeley», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 58-87.

(1877): «La fijación de la creencia», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 175-199.

(1878): «Cómo esclarecer nuestras ideas», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 200-223.

(1888): «Sobre el álgebra de la lógica», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 86-149.

(1883): «La lógica de relativos», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 150-166.

(1885): «Sobre el álgebra de la lógica. Una contribución a la filosofía de la notación», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 167-202.

(1892a): «La Ley de la mente», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 251-280.
(1892b): «La crítica de argumentos», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 203-211.
(1892c): «Se introduce al lector en el tema de los relativos», en *Escritos Lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 212-221.
(1893/1902): «Icono, índex y símbolo», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 142-161.
(1896): «La lógica regenerada», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 222-243.
(1898): «Tópicos vitalmente importantes», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 307-331.
(1901a): «Lógica», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 244-250.
(1901b): «Lógica (exacta)», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 251-258.
(1901c): «Relativos», en *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 1968, págs. 259-264.
(1902): «¿Por qué estudiar lógica?», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 332-391.
(1903a): «Casos degenerados», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 161-173.
(1903b): «Tres tipos de razonamientos», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 121-141.
(1903/1906): «Lógica, ética, estética», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 281-306.
(1905): «Temas del pragmaticismo», en *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 1988, págs. 224-250.
(1968): *Escritos lógicos,* Madrid, Alianza, 264 págs. Introducción, selección y traducción de Pilar Castillo Criado.
(1986): *La ciencia de la semiótica,* Bs. As. Nueva Visión, 115 págs.
(1988): *El hombre, un signo. (El pragmatismo de Peirce),* Barcelona, Crítica, 428 págs. Tr. de José Vericat.
Popper, Karl R. (1934): *La lógica de la investigación científica* («Estructura y Función»), Bs. As., R.E.I., 1985.
(1956): *Realismo y el objetivo de la ciencia. Post Scriptum a La lógica de la investigación científica,* volumen I, Madrid, Tecnos, 1985.
(1957): «La ciencia: conjeturas y refutaciones», en *Conjeturas y Refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico,* Bs. As. Barcelona-México, Paidós, 1983, págs. 57-93.
(1963): *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científi*co, Bs. As.-Barcelona-México, Paidós, 1983 (3.ª reimp., 1991).
(1972): *Conocimiento objetivo, un enfoque evolucionista,* Madrid, Tecnos, 1974 (4.ª ed., 1992).
Quine, Willard van Orman (1944): *El sentido de la nueva lógica* («Interciencia»), Bs. As., Nueva Visión, 1958.
(1950): *Los métodos de la lógica,* Edición Revisada, Barcelona, Ariel, 1962 (2ª. ed., 1967).

Rehder, Wulf (1979): «Sherlock Holmes, detective filósofo», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.) *El signo de los tres,* Barcelona, Lumen, 1989, págs. 295 a 312.

Schuster, Félix Gustavo (1992): *El método en las Ciencias Sociales* («Los fundamentos de las ciencias en el hombre»), Bs. As., C.E.A.L.

(1993): «Racionalidad, conocimiento y método en ciencias sociales», en Nudler, Oscar y Klimonsky, Gregorio (comps.), *La racionalidad en debate,* Bsdd. As., C.E.A.L., págs. 207-215, Vol. II.

Sebeok, Thomas A. (1983): «One, two, three... uberty. (A modo de introducción)», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.), El *signo de los tres,* Barcelona, Lumen, 1989, págs. 19 a 30.

Sebeok, Thomas A. y Umiker-Sebeok, Jean (1979): «Ya conoce usted mi método: Una confrontación entre Charles S. Peirce y Sherlock Holmes», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.), *El signo de los tres,* Barcelona, Lumen, págs. 31 a 81.

Thibauld, Pierre (s.f.): *La lógica de Charles Sanders Peirce. Del álgebra a los gráficos,* Madrid, Paraninfo, 1982.

Truzzi, Marcello (1973): «Sherlock Holmes: Experto en psicología social aplicada», en Eco, Umberto y Sebeok, Thomas (Eds.), *El signo de los tres,* Barcelona, Lumen, 1989, págs. 82 a 115.

SISTEMA JURÍDICO, CASOS DIFÍCILES Y CONOCIMIENTO DEL DERECHO[1]

I. Introducción

1 Normalmente, las normas jurídicas son creadas con el objeto de motivar el comportamiento de los sujetos. Para ello, las autoridades normativas *formulan* determinadas prescripciones. Esto, usualmente, es denominado «promulgación», que puede ser considerado como el hecho de expresar una prescripción en un lenguaje determinado. Un presupuesto del empleo de esta técnica es la posibilidad del conocimiento de las normas jurídicas sin necesidad de recurrir a instituciones específicas[2]. Las normas jurídicas son formuladas en un lenguaje ordinario a los efectos de comunicar, con relativa certeza y facilidad, que deben producirse determinadas pautas de comportamiento. Sin embargo, se afirma que en casos de ambigüedad, vaguedad, textura abierta del lenguaje, etc., el conocimiento del derecho es reemplazado por conjeturas o predicciones acerca del comportamiento de jueces y órganos coactivos[3].

2. En este trabajo discutiré algunos problemas relativos al conocimiento del derecho y su vinculación con cuestiones centrales de la discusión iusfilosófica contemporánea; a saber: el concepto de sistema jurídico, la interpretación del derecho y la distinción entre casos

---

[1] En la preparación de este trabajo me he beneficiado de las críticas y sugerencias de mis colegas en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Estoy especialmente en deuda con Ricardo Caracciolo y Albert Calsamiglia por sus valiosos comentarios y paciente discusión.

[2] Hart, Herbert, *The Concept of Law,* págs. 127 y 138, Clarendon Press, Oxford, 1961.

[3] Hart, H., ob. cit., pág. 143.

[4] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* Springer Verlag. Viena-New York, 1971.

fáciles y difíciles. A menudo, la discusión de estas cuestiones ha sido oscurecida por la falta de explicitación acerca de los presupuestos filosóficos involucrados. En este sentido, este trabajo tiene casi exclusivas pretensiones metodológicas, ya que el objetivo principal es mostrar la relación conceptual entre los problemas señalados utilizando extensamente el instrumento analítico elaborado por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Normative Systems*[4] y otros trabajos. Espero que este enfoque aporte mayor claridad en la formulación de los problemas y, por tanto, un punto de partida sólido para la evaluación de las eventuales soluciones.

II. Identificación de las normas jurídicas

1. Una condición necesaria para la identificación de las normas jurídicas de un grupo social S es determinar las relaciones entre normas y lenguaje. Una manera usual de identificar a las normas jurídicas consiste en establecer el significado de una determinada formulación normativa[5]. Por «formulación normativa» se designa a entidades lingüísticas utilizadas para indicar lo que debe o puede hacerse en determinados casos. En este sentido, las normas jurídicas son el significado de una determinada expresión lingüística. Por tanto, una misma formulación puede expresar más de una norma y una misma norma puede estar expresada en varias formulaciones[6]. Denominaré a este criterio como «criterio semántico de identificación».

Una consecuencia importante del uso de un criterio semántico de identificación es que:

---

[5] Otro criterio normalmente utilizado es la identidad entre normas y formulaciones normativas. Sin duda, este criterio es el empleado usualmente en la individualización de normas jurídicas. En este sentido, en caso de discrepancias acerca de la existencia de un derecho u obligación, normalmente nos remitimos a determinados artículos de una ley, incisos o párrafos de un estatuto, etc., como prueba a favor de nuestro argumento. De igual modo, este criterio de identificación de normas es utilizado al denominar«norma» a cualquier artículo de una ley aun cuando estos artículos expresen una definición, una declaración de principios, etc. También se utiliza este criterio cuando en la operación de derogar normas jurídicas se declara que el artículo (X) de una ley (L) queda derogado.

[6] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Definiciones y normas», en *Análisis Lógico y Derecho*, pág. 442, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Una versión diferente de este criterio consiste en identificar a las normas con una formulación normativa *plus* un significado definido. Véase Bulygin, E., «Legal Dogmatics and the Systematization of Law», *Rechtstheorie,* Beiheft 10, 1986, págs. 194 y ss.

> «...cuando una norma es concebida como una sentencia con significado o como el significado de una formulación normativa es un sinsentido hablar de la interpretación de una norma. Solamente las formulaciones normativas pueden ser interpretadas y su interpretación consiste en la identificación de la norma asociada con la expresión. En este sentido, cuando los juristas dicen, por ejemplo, que a una norma jurídica le han dado diferentes interpretaciones judiciales, debe entenderse que ellos se refieren a las formulaciones normativas»[7].

Conforme a este criterio, una condición necesaria para la identificación del derecho es la *interpretación de las formulaciones normativas* a los efectos de establecer las normas que ellas expresan.

2. Hay dos cuestiones de especial interés vinculadas a los criterios de identificación: por una parte, la compatibilidad entre el cambio de significado de los términos de la formulación normativa y la aplicación del derecho. Por otra parte, la relación entre términos de la formulación normativa, conceptos y concepciones.

3. Para un criterio semántico de identificación, lo decisivo para la identidad de una norma es la identidad del significado. Si en un tiempo t, a una formulación normativa F se le atribuye un significado S y, luego en T_1, se atribuye a F un significado S_1, es preciso concluir que, a pesar de la identidad de la formulación normativa, en t y t_1, hay dos normas diferentes[8]. Este problema es de gran importancia cuando concurren dos supuestos: i) la incompetencia de los órganos judiciales para introducir nuevas normas, ii) la modificación de las normas constitucionales requiere un órgano y procedimiento específico. La relevancia de estos problemas, a menudo, es disimulada por el hecho que

> «De acuerdo con la ideología dominante, los jueces deben limitarse a la aplicación de las normas dictadas por el legislador, sin modificarlas. Sin embargo, los jueces muchas veces modifican las normas, sobre todo cuando su aplicación llevaría a resultados manifiestamente injustos o indeseables, por ejemplo, por haber cambiado las circunstancias económicas, políticas o sociales. Pero lo hacen en forma encubierta, tratando de ocultar este hecho, diciendo que se trata tan sólo de otra interpretación de la misma norma. Así amparándose en el hecho de

---

[7] Alchourrón, Carlos, «Systematization and change in the Science of Law». *Rechtstheorie,* Beiheft 10, pág. 173, 1986.

[8] Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Definiciones y normas», ob. cit., pág. 446.

que el texto de la ley permanece invariable, pretenden disimular el cambio de la norma. Pero si el sentido del texto depende de la interpretación, *otra* interpretación significa otro sentido, y si ha cambiado el sentido del texto se ha modificado la norma»[9].

4. Un intento de evitar alguno de los problemas señalados puede formularse de la siguiente manera[10]: las formulaciones normativas expresan *conceptos* y el cambio de significado atribuido a los términos de una formulación expresan diferentes *concepciones* de los órganos respecto de un tema o idea común. De este modo, el cambio de las soluciones que ofrecen los jueces e intérpretes no implica cambios en el derecho.

Ronald Dworkin ha argumentado extensamente a favor de esta solución[11]; y señala que una autoridad normativa al establecer en una formulación normativa determinados estándares, i.e. debido proceso, trato equitativo, etc., puede estar haciendo dos cosas:

i) es posible que apelen a un concepto, i.e. equidad, y delegan en otras autoridades la tarea de desarrollar y aplicar su propia concepción de la equidad;

ii) es posible que formulen una determinada concepción de la equidad.

Esta distinción tiene importantes consecuencias y debe ser evaluada con detenimiento. Como señala Dworkin:

---

[9] Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Definiciones y normas», ob. cit., págs. 444-445.

[10] Otro criterio de identificación de normas es propuesto por Kelsen cuando, al analizar la interpretación jurídica señala que la formulación normativa establece un *marco* significativo que las autoridades inferiores aplican en el proceso de concreción del derecho. Por consiguiente, identificar a una norma es delimitar un conjunto de significados S, Sl, ..., Sn asociados a una formulación FN.

Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho,* trad. de R. Vernengo, págs. 249-256, UNAM, México, 1979,

Sin embargo, y dejando de lado los problemas específicos de la teoría de Kelsen, si la norma N es un conjunto de significados entonces, la identidad de la norma depende de la identidad del conjunto de significados. En este sentido, la adición o sustracción de un elemento a este conjunto afecta a la identidad de la norma.

[11] Dworkin, R., *Los Derechos en Serio,* págs. 213-233, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1977.

Laws Empire, págs. y ss., Harvard UP., Cambridge, 1986.

Véase, también: Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, pág. 66 y ss., trad. de M. González, *Fondo de Cultura,* México, 1979.

«La diferencia no es simplemente una diferencia en el *detalle* de las instrucciones que se han dado, sino en el *tipo* de instrucciones que se han dado. Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto. Cuando apelo a la equidad, planteo un problema moral; cuando formulo mi concepción de la equidad intento resolverlo»[12].

Sin embargo, esta propuesta -al menos en el modo en que ha sido formulada- no es convincente.

a) Parece presuponer una distinción entre concepto y concepción basada en el significado de los términos. Las *concepciones* serían lo que significan determinados conceptos para determinadas personas, mientras que el *concepto* sería lo que significa el término con independencia de las distintas formulaciones que intenten los sujetos del grupo social. Por ejemplo, se afirma que apelar al concepto de equidad es equivalente a apelar al significado de equidad. Pero, hay buenas razones para afirmar que el significado de equidad no es independiente del contexto de uso de los términos. En otras palabras, el significado de «equidad» depende del uso, opiniones y creencias de los miembros de una comunidad lingüística específica. Esto implica que el concepto de equidad es indistinguible de las concepciones del grupo acerca de la equidad, que hay tantos conceptos de equidad como concepciones sustente la comunidad de lenguaje.

b) Aunque pueda distinguirse de modo satisfactorio entre concepto y concepción, es posible y probable que las autoridades normativas tengan una concepción más o menos clara acerca de los objetivos a conseguir y de los medios a emplear, y normalmente tratarán de imponerla en el grupo. Por consiguiente, es plausible suponer que las formulaciones normativas expresan concepciones específicas de los legisladores respecto a determinados problemas.

c) Finalmente, si analizamos al derecho en base a las soluciones que se ofrecen para determinados casos, el cambio de soluciones implica un cambio en el derecho con independencia de si se modifican conceptos o concepciones[13].

---

[12] Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, ob. cit., pág. 215.

[13] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, págs. 91 y ss., Springer Verlag, Viena-New York, 1971.

«The Expressive Conception of Norms», en *New Studies inDeontic Logic,* Hilpinen, R. (ed.), pág. 115, Reidel, Dordrecht. 1981.

5. La conclusión a obtener de estas discusiones puede ser la siguiente: una de las principales dificultades para el conocimiento del derecho es la dificultad de articular criterios útiles de identificación de normas. Es obvio que estas dificultades se multiplican para aquellas teorías que sostienen que el derecho es *estructuralmente* complejo, o, en otras palabras, que el derecho no es sólo un conjunto de normas, sino de normas, principios, definiciones, declaraciones políticas, etc. Pero es importante señalar que, aunque los teóricos del derecho utilizasen unos criterios de identificación de normas precisos y consistentes, todavía resta un punto importante para analizar: el carácter sistemático del derecho. A partir de los trabajos de Hans Kelsen[14] es usual admitir que las normas jurídicas forman un conjunto u orden y que es imposible conocer el derecho de una sociedad sin tomar en cuenta su carácter sistemático[15].

III. Conocimiento y sistematización del derecho

1. Para conocer el derecho de un grupo social es necesario utilizar diferentes criterios que permitan distinguir a las normas jurídicas de otro tipo de normas del grupo. Una propuesta consiste en distinguir al derecho de otros órdenes normativos mediante el concepto de sistema jurídico[16]. Para esta propuesta, la existencia de una norma jurídica Nj depende de la pertenencia de Nj a un sistema jurídico Sj[17]. Para acreditar la membrecía de una norma a un sistema jurídico, habitualmente, se usan dos criterios: i) legalidad, ii) deductibilidad[18]. Diremos que si una norma de un grupo social S satisface algunos de estos criterios, entonces, pertenece al sistema jurídico de S. Por razones lógicas, algunas normas del sistema jurídico S no satisfacen los criterios de legalidad y deducibilidad. Siguiendo a Caracciolo, denominaré a estas normas como «Normas Independientes en S»[19]. La

---

[14] Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y el Estado,* trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1949. También, *Teoría Pura del Derecho,* ob. cit.

[15] Vernengo, Roberto, *La Naturaleza del Conocimiento Jurídico,* Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.

[16] Raz, Josep, Prefacio a la edición en español de *El Concepto de Sistema Jurídico,* trad. de R. Tamayo, UNAM, México, 1985.

[17] Bulygin, E., «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law» en *Ratio Iuris,* vol. 3, n.º 1 (1990), págs. 36 y ss.

Caracciolo, R., «Sistema Jurídico y Regla de Reconocimiento»,en Doxa 9 (1991), pág. 296.

[18] Caracciolo, Ricardo, *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales,* págs. 57 y ss. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

[19] Caracciolo, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en Doxa 9 (1991), pág. 262.

sistematización de un conjunto de normas jurídicas consiste en *seleccionar,* mediante el uso de los criterios de legalidad e identificación de normas independientes, a la base de un sistema S y *estructurar* deductivamente las normas jurídicas por medio del criterio de deducibilidad. La tarea de sistematización, por tanto, comienza con la selección de textos o formulaciones normativas a partir de criterios específicos de pertenencia o *fuentes del derecho*. Una segunda etapa es la identificación de las normas de la base y, para ello, es necesario *interpretar* los textos normativos; es decir: establecer el significado de un conjunto de formulaciones normativas. Esto muestra que, para un criterio semántico de identificación, la relación entre norma e interpretación es diferente a lo que usualmente se cree ya que, normalmente se sostiene que primero identificamos una norma jurídica y luego, tratamos de interpretar su sentido[20]. Finalmente, hay que deducir -conforme a las reglas de inferencia aceptadas- las diferentes consecuencias de la base del sistema. Si, como señalamos antes, una condición necesaria del conocimiento del derecho es la sistematización del material jurídico, entonces la tarea sistematizadora sería un *deber técnico*[21] para aquellos que tienen que usar las normas jurídicas y, en especial, para los jueces que deben (en sentido non-nativo) resolver los casos mediante la aplicación de normas jurídicas.

Sin embargo, esta noción de sistema jurídico, como herramienta conceptual para identificar al derecho de un grupo social, ha sido frecuentemente sometida a crítica y debate. Uno de los ataques más importantes de las últimas décadas sostiene que el conocimiento de *normas* que integran un sistema jurídico no es suficiente para proporcionar una respuesta correcta o satisfactorio en casos difíciles[22]. Por tanto, sin comprender claramente la noción de «caso difícil» es imposible analizar la importancia teórica y el alcance de este desafío al concepto de sistema jurídico.

IV. El concepto de caso

1. La noción de «caso» es de gran importancia para la teoría jurídica, ya que sirve para modelar a otros conceptos jurídicos relevantes.

Von Wright, G., *Norm and Action*, pág. 196, Routkedge & Kegan Paul, Londres, 1963.

[20] Es claro que una discrepancia acerca de las fuentes jurídicas, de la interpretación de las formulaciones normativas, o del orden entre las normas, puede resultar en una selección diferente de la base del sistema.

[21] Sobre el concepto de deber técnico, véase: Von Wright, Georg, *Norm and Action*, ob. cit., capítulo 1.

[22] Dworkin, Ronald, «El modelo de Reglas I» en Los *Derechos en Serio,* ob. cit.

Por ejemplo, se afirma que en casos difíciles los jueces deciden discrecionalmente, que las normas correlacionan casos con soluciones, que una laguna en el derecho presupone que hay un caso sin regulación jurídica, etc.

Sin embargo, «caso» es un término ambiguo; es decir, es usado con distintos significados en el discurso jurídico. Para evitar equívocos es necesario distinguir entre:

2. *Casos en sentido amplio*. Siguiendo a Carrió[23], diré que, en un sentido amplio, los *casos son problemas prácticos*. Desde el punto de vista del abogado o del juez, los casos involucran a una persona *C*, que se encuentra en las circunstancias *H* y *C* desea obtener un resultado *R*. Según Carrió, algunas características relevantes de los casos jurídicos son las siguientes[24]:

i) Por lo general hay varias soluciones del caso disponibles.

ii) Puede ser que algunos casos jurídicos no tengan solución.

iii) La situación inicial de los casos jurídicos nunca puede ser descripta totalmente.

iv) Normalmente, las reglas que pueden solucionar el caso son complejas, vagas y ambiguas.

v) La configuración y solución del caso puede estar influida por factores morales, políticos, económicos, etc.

3. *Casos en sentido estricto*. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin[25], los casos pueden ser considerados como circunstancias o situaciones en las cuales interesa saber la calificación deóntica de una determinada acción. Las acciones respecto de las cuales tratamos de establecer su calificación normativa integran el *Universo de Acciones* (UA).

En general, identificamos a un caso en sentido estricto después de que se configura como problema práctico (caso en sentido amplio) en un contexto determinado que puede denominarse *Universo del Discurso* (UD). Una condición necesaria de la determinación de UD es la identificación de una propiedad definitoria de UD. Es importante destacar que la identidad del problema es una función de la identidad de UD y UA[26]. Por consiguiente, toda variación

---

[23] Carrió, Genaro, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso,* págs. 22-42, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

[24] Carrió, ob. cit. págs. 29-34.

[25] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., capítulos I-III.

[26] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., pág. 10.

de UD o UA conduce a un problema diferente, esto es: a un caso, en sentido amplio, diferente.

Los casos en sentido estricto constituyen el *ámbito fáctico* de un problema y se pueden definir recursivamente a partir de un universo de propiedades (UP) del siguiente modo:

> «a) Si P, es una propiedad del UP, entonces P_i es (define) un caso.
> b) Si P_i es un caso, entonces la negación de P_i ($-P_i$) es un caso.
> c) Si P_i y P_j, son casos, entonces la conjunción (P_i & P_j) y la disyunción (P_i v P_j) son casos siempre que no sean tautológicos o contradictorios»[27].

El ámbito fáctico del problema se configura a partir de las circunstancias que deberían tomarse en cuenta para resolver el problema[28] y es importante señalar que la determinación de circunstancias o propiedades que conforman el ámbito fáctico del problema (o Universo de Casos UC) es sumamente compleja, ya que, según Alchourrón y Bulygin:

> «... Para determinar el Universo de Casos (UC) es necesario identificar las propiedades relevantes. Los juristas, usualmente, extraen esas propiedades de los enunciados de derecho que constituyen la base del sistema; pero no siempre es así, ya que la elección del UP puede hacerse sobre la base de algún otro criterio»[29].

4. Los casos en sentido estricto pueden ser clasificados en[30]:

a) *Casos genéricos:* son una subclase de UD definido por una propiedad y también la propiedad definitoria de la subclase. Esto significa que hay casos genéricos del UD y casos genéricos del UC. En este trabajo utilizaré «casos genéricos» en el sentido de casos genéricos de un UC. Por tanto, referirse a un caso genérico es describir un conjunto de propiedades que pueden tener los acontecimientos de un UD.

b) *Casos individuales:* son situaciones o acontecimientos que se producen en una determinada ocasión espacio-temporal y que tienen la propiedad definitoria de UD. Los casos individuales son una «instanciación»

---

[27] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 24 y 25.
[28] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 11.
[29] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., pág. 71.
[30] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, ob. cit., págs. 27 y ss.

de los casos genéricos. El asesinato de César es un caso individual de los casos (genéricos) de asesinatos políticos.

5. Si un universo de casos UC es construido a partir de un universo UP que se selecciona en base a las normas jurídicas de S, entonces, hay que señalar que los casos genéricos de un determinado UD se «construyen» después de identificar a las normas de S. Esto es, en parte, lo que se afirma al caracterizar a las normas jurídicas como enunciados, con significado definido, que correlacionan casos con soluciones[31].

V. Casos fáciles y casos difíciles

1. Un buen punto de partida para el análisis de los casos difíciles es tratar de responder a las siguientes cuestiones:

a) ¿Las características «difícil»-«fácil» son propiedades de los casos?
b) ¿Las características «difícil»-«fácil» son exhaustivas y excluyentes?

2. Muchas dificultades para responder a las cuestiones mencionadas surgen de la multiplicidad de sentidos de las expresiones «casos fáciles» y «casos difíciles». Por ejemplo, un caso C es considerado difícil si:

a) No hay una respuesta correcta a C[32].
b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta, etc[33].
c) El derecho es incompleto o inconsistente[34].
d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas[35].

---

[31] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., págs. 54 y ss.
[32] Perry, Thomas, *Moral Reasoning and Truth,* pág. 77, Clarendon Press, Oxford, 1976.
[33] Hart, H., «Problems of the philosophy of law» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* págs. 105 y ss., Clarendon, Oxford, 1993.
«Legal Duty and Obligations», en *Essays on Bentham,* pág. 128. Clarendon Press, Oxford, 1982.
[34] Perry, T., ob. cit., pág. 78.
[35] Burton, Steven, *An Introduction to Law and Legal Reasoning,* págs. 130 y ss., Little, Brown and Company, Boston, 1985.

e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley[36].

f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos[37].

g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios[38].

h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales[39].

3. Aunque la caracterización de un caso difícil no es unívoca, es obvio que pueden establecerse algunas relaciones entre los distintos enfoques. Por ejemplo, podría sostenerse que un caso C es difícil si, dada la ambigüedad de una formulación normativa, la vaguedad de sus conceptos, la inconsistencia o insuficiencia de las normas jurídicas, no hay consenso entre los juristas acerca de la respuesta correcta al caso C y se necesita, para su solución, sopesar argumentos de principio.

Sin embargo, la discusión acerca de los casos difíciles no debe confundir tres interrogantes:

i) ¿Qué es un caso difícil?

ii) ¿Qué se hace en un caso difícil?

iii) ¿Qué se debe hacer en un caso difícil?

La pregunta i) es *conceptual* y exige una enumeración de propiedades definitorias de «caso difícil». La pregunta ii) es *fáctica* y exige una descripción verdadera del comportamiento de los diferentes actores de un caso, i.e. jueces, abogados, fiscales. La pregunta iii) es *normativa* y exige una norma o principio que justifique una determinada acción.

4. Respecto de los «casos fáciles» la situación es similar a la expuesta en relación a los casos difíciles y se afirma que un caso C es fácil si, dado que la formulación normativa es unívoca en su significado y el caso no cae en la zona de penumbra de sus conceptos, y que la regulación de C es consistente, entonces los juristas acuerdan

---

[36] Aarnio Aulis, *Lo Racional como Razonable,* pág. 24, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[37] Lyons, David, «Justification and Easy Cases», en *Conditions of Validity and Cognitions in Modern Legal Thought,* pág, 162, ARSP, Beiheft 25, 1985.

[38] Hutchinson. Allan *et al.,* «A hard look at 'hard cases'», *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 2, n.º 1 (1982), pág. 92.

[39] Goldsworthy, J., «The Self-Destruction of Legal Positivism», en *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 10, n.º 4 (1990), pág. 446.

que un tribunal los resolvería mecánicamente mediante un razonamiento silogístico cuya premisa mayor es una norma jurídica. Todas estas opiniones han sido sustentadas en la discusión contemporánea.

5. Es conveniente trazar una cuidadosa distinción entre las características que convierten a un caso C en «difícil» y las dificultades que pueden tener un sujeto o grupo de sujetos al analizar o decidir a C. Considérese los siguientes enunciados:

(E): «El caso C es un caso difícil».
(E_1): «El caso C es difícil de resolver para el sujeto S».
(E_2): «El caso C ha sido resuelto fácilmente por el sujeto S».

Es posible que la ambigüedad de los términos «fácil» y «difícil» conduzca a un cambio en los niveles de discusión de los problemas. Por ejemplo, un juez, ante la amenaza de represalias en un caso de terrorismo, puede tener miedo de condenar al acusado y, a la vez, no tener dudas acerca de la calificación y solución del caso. La decisión de aplicar las normas jurídicas pertinentes puede implicar una deliberación y cotejo entre diferentes razones (morales, jurídicas, prudenciales, etc.) y, en este sentido, puede provocar dificultades. Sin embargo, sería un error y no solamente una exageración considerar a este caso como un caso difícil, ya que es posible señalar claramente cómo debe *jurídicamente* resolverse el caso y las circunstancias personales del juez serán, a lo sumo, una excusa o justificación del eventual incumplimiento de su deber. Por tanto, un caso fácil (en algún sentido de fácil) puede ser difícil (en algún sentido de difícil) de decidir para un sujeto o grupo de sujetos determinados[40]. Conversamente, puede suceder que un juez resuelva fácilmente un caso difícil mediante algún procedimiento de azar, i.e. tirar una moneda. Esto no significa que el caso ha sido *bien* resuelto, sino que ha sido resuelto de manera simple.

6. Otra distinción importante de mantener es entre los planos conceptual y justificatorio. Considérese los siguientes enunciados:

(E): «El caso C es un caso difícil».
(E_1): «El caso C es un caso fácil».
(E_2): «El caso C no puede justificarse en normas jurídicas».

---

[40] También, es frecuente admitir que «Un caso difícil... no es necesariamente aquel en que es difícil determinar la decisión correcta» Sartorius, Rolf, «The justification of the judicial decisions», en *Ethics*, vol. 78, n.º 3 (1968), pág. 183, nota 3.

Si por «justificación» se entiende una manera equitativa o moralmente adecuada de resolver una disputa jurídica[41], entonces es posible que (E_j) sea compatible con los otros dos enunciados, y ello indica que el problema de la justificación de las decisiones es diferente al problema de la identificación de los casos fáciles/difíciles.

Estas distinciones tienen por objeto delinear una noción *objetiva* de casos difíciles, es decir con independencia de las actitudes y creencias de los sujetos. Esta noción objetiva se contrapone a un modo de analizar los casos difíciles que acentúa el papel de determinados individuos, i.e. jueces, en el análisis o la decisión de los casos. A efectos de evitar confusiones, en este trabajo, la expresión «caso fácil/difícil» será utilizada en sentido objetivo.

7. Una manera plausible de resolver la pregunta acerca de si los predicados «fácil»-«difícil» son propiedades de los casos es retomar la distinción entre casos en sentido amplio y casos en sentido estricto.

Un caso C en un sentido amplio es un problema práctico. Podría pensarse que, dado que la situación inicial de los casos jurídicos nunca puede ser completamente descripta, todos los casos en sentido amplio son casos difíciles[42]. Los usos lingüísticos, en este punto, no son firmes y no es tarea del filósofo el legislar acerca del lenguaje. Sin embargo, antes de aceptar que todos los casos en sentido amplio son casos difíciles, es conveniente analizar algunas relaciones entre los distintos tipos de casos (amplio y estricto).

8. Un caso en sentido amplio puede resultar complejo porque involucra diversas cuestiones; por ejemplo, al sujeto S_1 le interesa reivindicar un objeto O_b, reclamar indemnización por daños y perjuicios, obtener una compensación por lucro cesante y conseguir la restitución de los frutos indebidamente apropiados por otro sujeto S_2. Conforme a lo expuesto anteriormente, la identidad de un caso (problema) es una función de un universo del discurso UD y un universo de acciones UA. Cualquier cambio del universo del discurso o del universo de acciones configura un nuevo problema o caso. De este modo, el caso de S_1 puede descomponerse en *n-casos* (genéricos) en sentido estricto. El conocimiento de las normas jurídicas, o de las soluciones correspondientes a los casos genéricos de un universo de casos UC, determina normalmente la selección de propiedades que

---

[41] Lyons, David, «Justifications and easy cases», ob. cit., pág. 163.

Lyons, David, «Justification and judicial responsibility», en *California Law Review*, vol. 72 (1984), pág. 193.

[42] El problema de identificación de las propiedades relevantes y su incidencia en la configuración de los casos difíciles es presentado en los puntos 13 y 14.

conforman los casos genéricos. Si una norma N determina que un caso genérico C tiene una solución S y una norma N' determina que un caso genérico C' tiene una solución S', entonces la *preferencia* respecto de S o S' puede hacer variar las propiedades a seleccionar del caso en sentido amplio, de tal modo de configurarlo como un caso individual del caso genérico C o como un caso individual del caso genérico C'[43].

Esto sugiere que, por una parte, un buen punto de partida para la discusión acerca de los casos difíciles es el análisis de los casos genéricos. Por otra parte, pone de manifiesto que el *proceso de análisis* que lleva desde un caso en sentido amplio CA al caso individual c de un caso genérico C está determinado por consideraciones estratégicas de los diferentes miembros que intervienen en las disputas jurídicas. En este sentido, el proceso judicial es un tipo de procedimiento social de resolución de conflictos. Otro tipo de procedimiento de resolución de conflictos es la argumentación moral. Por supuesto, que sería erróneo pensar que no hay relaciones entre ambos mecanismos, i.e. que la argumentación moral no interviene en el discurso jurídico. Pero, en vista del papel que tienen los intereses y preferencias de los actores del proceso judicial, también sería erróneo pretender que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso moral[44].

9. Los casos genéricos son una descripción de un conjunto de propiedades que se determinan a partir de un criterio de relevancia. Si los jueces deben fundamentar *jurídicamente* sus decisiones, y por consiguiente su clasificación de los casos individuales, entonces la articulación de un criterio de relevancia depende de los criterios de identificación del derecho. El concepto de sistema jurídico es un recurso teórico para lograr este fin y, por tanto, no puede impugnarse la identificación del derecho basada en la noción de sistema afirmando que, en casos difíciles, la noción de sistema no es de gran utilidad. Según se ha señalado, identificar a un caso genéricamente difícil

[43] Una importante restricción a la disyuntiva entre C y C' es que la diferencia entre C y C' no puede ser relativa a una propiedad P, ya que es imposible que el caso a configurar tenga P (y por consiguiente sea un caso de C) y también la propiedad complementaria a P, i.e. -P (y por consiguiente sea un caso de C'). Estoy en deuda con R. Caracciolo por su discusión sobre este problema.

[44] Al respecto, Alexy, Robert, *Theory of Legal Argumentation,* trad. de R. Adler y N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1988. También: MacCormick, N., «Legal reasoning and practical reason», en *Midwest Studies in Philosophy*, VII, French, P. *et al*. (eds.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 1982.

«Natural Law and the Separation of Law and Morals», en *Natural Law Theory,* George, R. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992.

presupone el uso de criterios sistemáticos para construir un universo de casos UC y correlacionar sus soluciones.

10. Admítase los siguientes criterios de adecuación para una definición de casos difíciles:

a) Las propiedades fácil/difícil son predicados de los casos.

b) Noción objetiva de casos fáciles/difíciles.

En base a estos requisitos se puede proponer la siguiente definición de caso *genérico* difícil: un caso genérico *C* es difícil respecto de un sistema Cn_A si y sólo si *C* (i) carece de solución en Cn_A; (ii) es correlacionado con distintas soluciones maximales (obligatorio, prohibido, facultativo) en Cn_A. Por definición, los casos difíciles del tipo (i) son mutuamente excluyentes con los casos difíciles del tipo (ii). Es importante destacar que la completitud y consistencia de un sistema son nociones relativas a determinados UC, UA, US. En otras palabras, la consistencia y completitud son propiedades posibles de un sistema jurídico determinado y es obvio que si se consideran diferentes sistemas pueden encontrarse distintas propiedades: un universo de casos de un sistema S puede contener casos genéricamente difíciles y un universo de casos de un sistema S' puede estar regulado de un modo completo y consistente.

Una consecuencia importante de este enfoque es que la existencia de *casos* difíciles (y no de dificultades para decidir casos) depende de las propiedades de los sistemas jurídicos. Si esta caracterización es correcta, entonces en sistemas completos y consistentes no hay casos (genéricos) difíciles. Esta conclusión muestra que la afirmación de Dworkin acerca de la relevancia de los casos difíciles y su insistencia en la completitud y consistencia del derecho[45] pueden entrar en contradicción[46].

11. Si la identificación del UC depende normalmente de los criterios de sistematización del derecho, hay que recordar que una condición

---

[45] Al menos ésta es la interpretación que hace Hart repetidas veces de la teoría de Dworkin.

Hart, H., «American Jurisprudence Through English Eyes. The Nightmare and the Noble Dream», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, ob. cit.

«Comment», en *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Gavison, R. (ed.). Clarendon Press, Oxford, 1987.

[46] La teoría de Dworkin adquiere un aire de paradoja si se acepta que, conforme a sus propias premisas, todos los casos son difíciles.

Hutchinson, Allan, *et al.,* ob. cit., pág. 100.

necesaria de la estructuración sistemática es la *interpretación* de las formulaciones normativas[47]. Esto implica que la calificación «difícil» de un caso genérico es predicada *después* de la actividad de interpretación (a menudo se afirma que, ante un caso difícil C, el juez para resolver C debe interpretar a las *normas* jurídicas. Esta afirmación se explica, por una parte, por el uso de un criterio de individualización de normas que identifica a la norma con su formulación normativa; y, por otra parte, por la tendencia a equiparar los problemas de *calificación* de los hechos y los problemas de *interpretación* de formulaciones normativas)[48].

La interpretación de las formulaciones normativas es de obvia importancia para el análisis de los casos difíciles. Analizaré este aspecto con ayuda de un conocido ejemplo de Alchourrón y Bulygin[49]. Considérese el art. 3877 inc 2 del Proyecto de Código Civil de Freitas que establece:

«Compete la reivindicación, cuando la cosa demandada fuere inmueble... contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe por título oneroso, si la hubo de enajenante de mala fe».

Este artículo puede interpretarse de distintas maneras:

En una interpretación restringida, expresa que la reivindicación procede cuando hay buena fe del adquirente (BFA), Título oneroso (TO) y mala fe del enajenante (-BFE). En símbolos: OR/BFA & TO & - BFE.

En una interpretación amplia, expresa que la mala fe del enajenante es suficiente para la obligación de restituir. En símbolos: OR/-BFE.

Admítase que, en el ejemplo propuesto, la *amplitud*[50] del Universo de propiedades UP sea 3. Por tanto, el número de casos de UC es 8. La importancia de escoger entre una interpretación amplia

---

[47] Respecto del problema de la interpretación, véase:

Bulygin, E., «Sull'interpretazione giuridica», en *Analisi e Diritto,* Guastini, R. y Comanducci, P. (eds.), 1992.

[48] MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory,* págs. 197 y ss., Clarendon Press, Oxford, 1978.

Hart, H., *The Concept of Law del Derecho,* pág. 140, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Gianformaggio, Letizia, «Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema de MacCormick», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica,* XVIII, n.º 2, 1988, pág. 466.

[49] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* págs. 38 y ss., Astrea, Buenos Aires, 1976.

[50] Se denomina «amplitud» de un Universo de Propiedades UP al número n de propiedades que forman un UP. El Universo de Casos es una función del UP y el número de casos puede calcularse mediante la fórmula 2^n.

y una restringida del art. 3877 del Código de Freitas es que la restringida identifica a una norma *N* que soluciona un solo caso genérico de UC, y la amplia identifica a una norma *N'* que soluciona cuatro casos genéricos de UC.

Si se presupone la racionalidad del legislador, entonces, un criterio de selección entre *N* y *N'* es la consistencia, completitud e independencia del sistema jurídico. Sin embargo, la racionalidad de la legislación es sólo un *ideal* y nada garantiza que las autoridades normativas *realmente* hayan satisfecho ese ideal. Por consiguiente, la consistencia y completitud son propiedades *posibles* de un sistema normativo. Si se admite que un caso genérico es fácil cuando es regulado de modo consistente por un sistema jurídico, entonces es simple advertir que tanto la «facilidad» como la «dificultad» son propiedades posibles de los casos genéricos. Sólo si se presupone la racionalidad del legislador, se asegura que *todos* los casos (genéricos) de *todos* los sistemas jurídicos son casos fáciles.

13. Sería una ingenuidad creer que el derecho es siempre como *debería ser.* A menudo, los sistemas jurídicos son defectuosos tanto por razones lógicas como por razones axiológicas. Un sistema es lógicamente defectuoso, al menos, si hay un caso genérico difícil. Un sistema es *axiológicamente* defectuoso al menos cuando el conjunto de propiedades de UP correlacionado con una solución no es coextensivo con el conjunto de propiedades UP' que *deberían* solucionarse (conforme a un criterio axiológico). Para analizar esta situación, Alchourrón y Bulygin introducen la noción de «relevancia»[51]. Una propiedad P es relevante en UC; en relación a un sistema normativo Cn_s y un universo de acciones UA, si y sólo si hay, al menos, un caso genérico C de UC_i tal que C y el complementario de C respecto de la propiedad P tienen diferente status normativo. Esto significa que, respecto de ese sistema y ese universo de acciones, hay una solución S correlacionada a C y *además* S no es correlacionada al caso complementario de C. Puede denominarse *tesis de relevancia* para un sistema Cn_s y un universo de acciones UA a la proposición que identifica al conjunto de todas las propiedades relevantes en Cn_s respecto de UA. Por el contrario, una *hipótesis de relevancia* para un universo de acciones UA es la proposición que identifica al conjunto de todas las propiedades que *deben ser* relevantes para UA[52].

---

[51] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., págs. 101 y ss.

[52] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., págs. 103 y ss.

Para una discusión del concepto de laguna normativa, y la relación entre tesis e hipótesis de relevancia, véase: Caracciolo, R., «El Concepto de 'Laguna'. ¿Descripción o Prescripción?». Inédito.

En virtud de que los juristas también denominan «lagunas jurídicas» a ciertos casos en que la tesis de relevancia no coincide con la hipótesis de relevancia, esta reconstrucción conceptual nos permite distinguir entre casos genéricos *lógicamente* difíciles y casos genéricos *axiológicamente* difíciles. Los casos axiológicamente difíciles son entonces casos de *lagunas* axiológicas[53].

Las diferencias entre los distintos tipos de casos difíciles son importantes. En el caso de lagunas normativas de un sistema Cn_s, no hay una norma -*ex hipotesi*- que solucione el caso y, por ello, es inevitable modificar el sistema para solucionar el caso. Obviamente, aquí radica la importancia del problema de la justificación de la *discreción* judicial. En cambio, en casos axiológicamente difíciles, hay una solución para el caso, aunque puede existir una razón (moral, prudencial, etc.) a favor de la no aplicabilidad de esa solución. En estos supuestos, el problema es relativo a la *obligatoriedad de aplicar* el derecho.

14. He intentado mostrar, aplicando extensamente el aparato conceptual desarrollado por Alchourrón y Bulygin, que la identificación de casos genéricos fáciles (difíciles) es posible *sólo después* de identificar las propiedades de un sistema normativo. En otras palabras, ni los casos difíciles (fáciles) ni sus soluciones son identificados fuera del contexto determinado por un sistema jurídico específico. Ahora intentaré mostrar las consecuencias que tienen para el análisis de los casos difíciles a las discrepancias acerca del conjunto de propiedades que se utilizan para determinar un universo de casos UC.

Para un número finito de propiedades *n* de un universo de propiedades UP, puede señalarse que *n* mide no sólo la amplitud de UP sino también el *nivel* de un UC[54]. Dicho de modo simplificado, el nivel de un UC está determinado por la «cantidad» de propiedades de un universo de propiedades UP tomadas en consideración. Por ejemplo, para un UP de amplitud 3 puede construirse un UC de ocho casos genéricos. En el nivel 2 pueden construirse tres UC de cuatro

---

[53] Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis Lógico y Derecho,* ob. cit., pág. 405.

Lyons, por ejemplo, sugiere que la distinción entre casos fáciles y difíciles tiene que ser relativizada, ya que «un caso *lógicamente* fácil; también puede ser *moralmente* difícil». Esta situación puede resultar en que la identificación del derecho, al incorporar pautas morales, se tome más compleja y «convierta» a casos fáciles en casos difíciles y que, desde una perspectiva justificatoria, la solución de los casos fáciles y difíciles exija un fundamento moral.

Lyons, D., «Justification and judicial responsability», ob. cit., pág. 191.

[54] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., págs. 96, 97.

casos genéricos, etc. Las relaciones entre los UC de diferente nivel son muy importantes por las siguientes razones.

Admítase que UC_i es *más fino* que UC_j si y sólo y si todo caso genérico de Uc_i implica lógicamente a algún caso genérico de UC_j; y hay -al menos- un caso de UC_i que no es implicado por ningún caso de UC_j[55]. La importancia de esta relación ordenadora radica en que es posible demostrar que:

a) Si un caso genérico C es difícil porque el sistema normativo es inconsistente en C, entonces no puede ser resuelto mediante el incremento de propiedades a considerar, ya que si un sistema es inconsistente en UC_i, también es inconsistente en cualquier UC_j más fino que UC_i[56].

b) Si un caso genérico C de un universo de casos UC de nivel n es difícil porque el sistema es inconsistente en C, entonces, la resolución del caso en un nivel menos fino, i.e. n-1, puede enfrentarse con problemas de lagunas; ya que la completitud de un sistema respecto de un UC_i no implica que sea completo en relación a los UC menos finos que UC_i[57].

c) Si un Universo de Casos Relevantes (UCR)[58] es regulado de modo consistente, entonces en todo universo de casos menos fino que UCR hay casos difíciles por lagunas normativas[59].

d) Como la consistencia no es preservada al pasar de un universo de casos menos fino a uno más fino, aunque UCR sea regulado de modo consistente, el UC más fino puede generar casos difíciles por inconsistencia del sistema normativo en UC.

15. Respecto al carácter exhaustivo y excluyente de la distinción «casos fáciles/difíciles» se puede afirmar que:

i) Respecto de un caso genérico de un UC determinado, la distinción es exhaustiva y excluyente.

ii) La división de los casos lógicamente difíciles es exhaustiva y

---

[55] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., págs. 97, 98.

[56] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., pág. 101.

Un resultado diferente podría obtenerse con la ayuda de lógicas no-monotónicas. Al respecto, véase: Alchourrón, C., «Philosophical foundations of deontic logic», presentado en las sesiones de diciembre de Deon'91, organizadas por Vrije Universitet, Amsterdam, 1991.

[57] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., pág. 100.

[58] UCR es el universo de casos formado a partir del conjunto de propiedades que satisface la tesis de relevancia.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., pág. 104.

[59] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems,* ob. cit., pág. 104.

excluyente. Si un caso C es lógicamente difícil, entonces o bien el sistema es incompleto respecto de C, o bien el sistema es inconsistente respecto de C.

iii) Un caso difícil por lagunas del sistema normativo es excluyente (pero no exhaustivo) con casos axiológicamente difíciles.

iv) Un caso difícil por la inconsistencia de las soluciones de un caso genérico, normalmente, producirá críticas acerca de la tesis de relevancia del sistema. Si ello resulta en la articulación de una hipótesis de relevancia diferente a la tesis de relevancia, entonces es posible que un caso lógicamente difícil, también resulte axiológicamente difícil.

V. Indeterminación del derecho y casos difíciles

1. Podría sugerirse que, así como la incompletitud y la inconsistencia generan casos genéricamente difíciles, la subsunción y problemas de prueba generan casos *individualmente* difíciles. Los problemas de prueba son relativos a la determinación de la verdad de una proposición que describe determinados hechos. Una razón de la dificultad originada en problemas de prueba es que la demostración de la verdad de una proposición 'p' tiene que producirse en un tiempo determinado[60]. Este requisito es importante y provoca, a menudo, interesantes problemas. Sin embargo, en este trabajo no analizaré estos problemas y sólo recordaré que los hechos a probar dependen de los casos genéricos de un UC determinado[61]. Por consiguiente, los problemas de prueba siempre tiene por objeto determinar si un suceso (S) es un caso individual c de un caso genérico C.

Respecto de los problemas de subsunción hay que recordar que no siempre se originan por cuestiones de ambigüedad, vaguedad, etc.[62] En otras palabras, la claridad y la precisión en el uso del lenguaje no es una condición suficiente para considerar fácil a un caso individual. En este punto es bien conocida la evolución del pensamiento de Hart cuando señala:

> «Pero hay un serio defecto en mi argumentación sobre este punto, ya que es un error de sustancia y no sólo de exposición.

---

[60] Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en *Análisis Lógico y Derecho,* págs. 309 y ss.

Gianformaggio, L., ob. cit., págs. 473 y ss.

[61] Bulygin, E., «Norms and Logic», en *Law and Philosophy,* 4 (1985).

[62] Hart, H., «Introduction», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* ob. cit., págs. 6 y ss.

> El Ensayo 3 [«Problems of the philosophy of law»] trata la indeterminación de las reglas jurídicas como si siempre fuese una simple cuestión lingüística, esto es, solamente una función de la indeterminación de las palabras [constituent words] usadas en la formulación de una regla determinada. De hecho, como vi más tarde y digo en el Ensayo 4 [«American jurisprudence through English eyes...»] la cuestión de si una regla se aplica o no a una situación particular no es equivalente a la cuestión de si de acuerdo a convenciones lingüísticas firmes, ésta es determinada por las palabras de esa regla o permanece abierta[63].

Sin embargo, este hecho no tiene que disminuir la importancia del lenguaje en la configuración de un caso fácil[64]. Un presupuesto del empleo de la legislación como técnica de motivación de comportamientos es la posibilidad de aplicar las reglas con relativa sencillez, es decir sin necesidad de recurrir al dictamen de instituciones específicas, i.e., tribunales. Esto es posible si, en general, las normas ofrecen una zona de certeza respecto del significado de los términos de la formulación normativa. Puede afirmarse que ésta es la noción central de caso individual fácil, es decir, un caso que, en virtud del significado de los términos de la formulación no ofrece dudas respecto de su clasificación (subsunción). En este sentido, como señala Hart,

> «es por cierto una condición necesaria de un sistema jurídico existente que no toda regla sea dudosa en todos los puntos»[65].

Si se acepta esta caracterización de los casos individuales fáciles, entonces, es simple de advertir que en todo sistema jurídico existente hay, necesariamente, casos fáciles y casos difíciles. Esta afirmación sería una verdad de perogrullo si no fuese por la continua fascinación que ofrecen los problemas del lenguaje y su relación, en algunas teorías jurídicas, con cuestiones morales[66].

3. A menudo, los problemas de indeterminación de una formulación normativa se confunden con los problemas de incertidumbre de

---

[63] Véase, Atienza, M., y Ruiz Manero, J., «Sobre principios y reglas», en Doxa 10 (1991), pág. 117.

[64] Schauer, F., «Easy Cases», *Southern California Law Review,* n.º 58, 1985, págs. 406 y ss., págs. 414 y ss.

[65] Hart, H., *The Concept of Law,* ob. cit., pág. 149.

[66] Hart, H., «Positivism and the Separation of Law and Morals», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* ob. cit., pág. 62 y ss.

Hart, H., *The Concept of Law,* ob. cit., pág. 220.

los criterios de reconocimiento de las normas de un sistema S[67]. A partir de esta distinción es conveniente distinguir dos problemas:

i) La incertidumbre acerca de la *existencia* de una formulación normativa a partir de la cual subsumir los hechos de un caso.

ii) La incertidumbre acerca de la *pertenencia* de una norma a un sistema S. Adaptando la terminología propuesta por MacCormick[68], denominaré a esta situación «problemas de relevancia».

Los problemas del tipo i) no generan *casos* difíciles, aunque pueden producir, en mayor o menor medida, dificultades para decidir un caso. Es posible que el desconocimiento de un sujeto S acerca de la promulgación o derogación de una formulación FN sea el origen de las dificultades para resolver a un caso C, pero de esto no es posible inferir que C es un caso difícil. Sólo puede afirmarse que, probablemente, un mayor conocimiento del derecho facilitaría la solución del caso.

4. Los problemas de relevancia son de dos tipos.

-Relevancia$_{(a)}$: indeterminación de *un* criterio de la regla de reconocimiento.

-Relevancia$_{(b)}$: indeterminación del *orden jerárquico* de los criterios de la regla de reconocimiento.

Los problemas de relevancia$_{(a)}$ pueden ser relativos a la indeterminación semántica de la formulación de un criterio C de la regla de reconocimiento o también pueden generarse respecto a la propiedad P que determina la pertenencia de C al conjunto de criterios que forman la regla de reconocimiento. En el primer caso, la indeterminación radica en el uso del lenguaje por cuestiones de vaguedad actual o potencial. Consideremos el siguiente ejemplo: una norma N puede solucionar a un caso C y el juez J puede dudar acerca de la validez de N en razón de que las reglas referidas a la sanción y promulgación de las leyes poseen textura abierta. Supóngase que esas reglas exigen la firma del presidente de la asamblea legislativa en el texto original de las leyes y, en el caso de N, el presidente ha rubricado el texto con un seudónimo[69]. A pesar de que hay una norma para el caso C, que el juez J conoce la existencia de esta norma y conoce que las normas promulgadas conforme a un procedimiento P forman

[67] Hart, H., *The Concept of Law,* ob. cit., pág. 144.
[68] MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory,* ob. cit., págs. 69 y ss.
[69] Hart, H., *The Concept of Law,* ob. cit., pág. 12.

parte del sistema, puede ocurrir que las reglas respecto a P sean vagas.

Los otros problemas de relevancia$_{(a)}$ son relativos a la identificación de la regla de reconocimiento de un sistema S. Por ejemplo, Caracciolo señala:

> «Una condición de pertenencia impuesta, por definición, a la regla de reconocimiento consiste en que tiene que tener una cierta propiedad P: tiene que ser eficaz...»[70].

En este sentido, pueden existir dudas acerca de la eficacia de un criterio de validez C, y por tanto puede existir incertidumbre acerca de la pertenencia de la norma N (reconocida mediante el criterio C) al sistema S. Ambos problemas son empíricos y, como en todo problema empírico, pueden no existir respuestas infalibles. Es conveniente comparar estos supuestos con los casos genéricos difíciles: por una parte, la incertidumbre acerca de la pertenencia de una norma N puede repercutir en los casos genéricos, ya que N puede introducir una nueva propiedad, multiplicando los casos de un UC y modificando la tesis de relevancia de un sistema. Por otra parte, la norma N puede introducir inconsistencia en el sistema S, generando casos difíciles en S. Finalmente, los problemas de relevancia son empíricos, mientras que en casos genéricamente difíciles los problemas son lógicos.

5. Los problemas de relevancia$_{(b)}$ son relativos a los conflictos entre criterios de pertenencia o fuentes del derecho. Si por «sistema normativo» se designa a un conjunto *ordenado* de normas, entonces, el conocimiento de los derechos y deberes de los individuos (como problema diferente del conocimiento de las normas jurídicas) también depende del conocimiento de las relaciones ordenadoras entre las normas. En palabras de Alchourrón:

> «... no debería sorprendernos el hecho de que las obligaciones determinadas por un sistema de normas cambian cuando se altera su orden jerárquico, aun cuando las mismas normas permanezcan sin alteración. Lo obligatorio está determinado por dos elementos: el contenido conceptual de las normas y su orden jerárquico»[71].

---

[70] Caracciolo, R., «Sistema jurídico y regla de reconocimiento», ob. cit., pág. 309.

[71] Alchourrón, C., «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», en *Análisis Lógico y Derecho,* ob. cit., pág. 278. Véase Alchourrón, C. y Makinson, D., «Hierarchies of regulations and their logic», en *New Studies in Deontic Logic,* ob. cit., pág. 126, 134 y ss.

VII. Conclusiones

1. He intentado mostrar la importancia del concepto de sistema jurídico para la identificación y clasificación de los casos difíciles. A modo de conclusión resumiré los puntos que creo necesario explicitar en una teoría de los casos difíciles:

a) La distinción entre diferentes tipos de casos.
b) La distinción entre casos difíciles y dificultad para decidir casos.
c) La distinción entre diferentes tipos de casos difíciles.
d) La distinción entre la identificación de casos difíciles y la justificación de las decisiones en los casos difíciles.

La importancia de estas distinciones es que todas ellas subrayan aspectos importantes para una teoría de la argumentación jurídica y que no es posible presuponer que las soluciones propuestas para alguno de estos problemas también se apliquen a los demás.

2. Finalmente, las dificultades en la construcción de una teoría de los sistemas jurídicos inciden en la comprensión de la naturaleza y alcance de los casos difíciles y es evidente que aún hay muchos puntos para resolver en la empresa de elaborar teorías acerca de los sistemas normativos. Sin embargo, ésta no es una razón suficiente para desechar la herramienta conceptual que constituye la noción de sistema jurídico. Por el contrario, es necesario seguir mejorando nuestras teorías para comprender mejor, explicar adecuadamente y predecir con relativa certeza la influencia del derecho en el comportamiento de los individuos. Si éstas son funciones importantes del conocimiento jurídico, entonces, el concepto de sistema jurídico sigue siendo un buen punto de partida para conocer el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis: *Lo Racional como Razonable,* trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Alchourrón, Carlos: «Systematization and change in the science of law», en *Rechtstheorie,* Beiheft 10, 1986.

- «Philosophical foundations of deontic logic», en Jornadas de Deon'91, Vrije Universitet, Amsterdam, 1991.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio: *Normative Systems,* Springer Verlag, Viena-New York, 1971.
- *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* Astrea, Buenos Aires, 1976.

- «The Expressive Conception of Norms», en *New Studies in Deontic Logic,* Hilpinen, R. (ed.), Reidel Dordrecht, 1981.
- *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
Alchourrón, C. y Makinson, D.: «Hierarchies of regulations and their logic», en *New Studies in Deontic Logic,* Hilpinen, R. (ed.), Reidel Dordrecht, 1981.
- Alexy, Robert: *Theory of Legal Argumentation,* trad. Adler, R. y MacCormick, N., Clarendon Press, Oxford, 1988.
Atienza, Manuel: *Las Razones del Derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: «Sobre principios y reglas», en *Doxa* 10, 1991.
Bulygin, Eugenio: «Legal Dogmatics and the systematization of law», en *Rechtstheorie,* Beiheft 10, 1986.
- «Norms and Logic», en *Law and Philosophy,* n.º 4, 1985.
- «An antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», en *Ratio Iuris*, vol. 3, n.º 1, 1990.
- «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa* 9, 1991.
- «Sull' interpretazione giuridica», en *Analisis e Diritto,* Guastini, R. y Comanducci, P. (eds.), 1992.
Burton, Steven: *An Introduction to Law and Legal Reasoning,* Little, Brown and Company, Boston, 1985.
Caracciolo, Ricardo: *El Sistema Jurídico. Problemas Actuales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- «Sistema jurídico y regla de reconocimiento», en *Doxa* 9, 1991.
- «El concepto de 'laguna'. ¿Descripción o prescripción?». Inédito.
Carrió, Genaro: *Cómo Estudiar y Argumentar un Caso,* Abeledo Perro, Buenos Aires, 1987.
Dworkin, Ronald: *Los Derechos en Serio,* trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1985.
- *Law's Empire*, Harvard UP., Cambridge, 1986.
Gavison, Ruth: *Issues in Contemporary Legal Philosophy,* Gavison, R. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1987.
- «Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema de MacCormick», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica,* XVIII, n.º 2, 1988.
Goldsworthy, J.: «The self-destruction of legal positivism», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, n.º 4, 1990.
Hart, Herbert: *The Concept of Law,* Clarendon Press, Oxford, 1961.
- *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
Hutchinson, Allan *et al:* «A hard look at 'hard cases'», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 2, n.º 1, 1982.
Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho,* trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1979.
- *Teoría General del Derecho y el Estado,* trad. de E. García Maynez, UNAM, México, 1949.

Lyons, David: «Justification and easy cases», en ARSP, Beiheft 25, 1985.
- «Justification and judicial responsability», en *California Law Review,* vol. 72, 1984.
MacCormick, Neil: «Legal reasoning and practical reason», en *Midwest Studies in Philosophy*, VII, French, P. *et al* (eds.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 1982.
- «Natural Law and the Separation of Law and Morals», en *Natural Law Theory,* George, R. (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992.
- Perry, Thomas: *Moral Reasoning and Truth,* Clarendon Press, Oxford, 1976.
- *Teoría de la Justicia,* trad. de M. González, Fondo de Cultura, México, 1979.
- Raz, Joseph: *El Concepto de Sistema Jurídico,* trad. de R. Tamayo, UNAM, México, 1985.
- Sartorius, Rolf: «The justification of the judicial decisions», en *Ethics,* vol. 78, n.º 3, 1968.
Schauer, F.: «Easy Cases», en *Southern California Law Review,* n.º 58, 1985.
- Vernengo, Roberto: *La Naturaleza del Conocimiento Jurídico,* Cooperadora de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973.
Von Wright, Georg: *Norm and Action,* Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963.

KIRCHMANN SABÍA MENOS... ¡PERO VIO MEJOR!

Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho

> El derecho no está simplemente en el saber, sino también en el sentimiento; el objeto (de la Jurisprudencia) tiene su asiento no sólo en la cabeza, sino también en el pecho del hombre. ¡Cuánto despecho, cuántas divisiones de partidos no se mezclan allí en la búsqueda de la verdad! Todas las cuestiones del Derecho Público se encuentran atravesadas por ello.
>
> *Kirchmann*
>
> El máximo respeto a la cientificidad consiste en aprehender las cosas que son como lo que son, no como quisiéramos que fueran.
>
> *C. Castilla del Pino*
>
> Es eso una teoría, exactamente como una caja de herramientas... Es preciso que eso sirva, que funcione. Y no [que la teoría funcione simplemente] para sí misma.
>
> *G. Deleuze*
>
> Uberhaupt hat der Fortschritt das an sich, dass er viel grösser ausschaut als er wirklich ist.
>
> *Nestroy/Wittgenstein*

También para la reflexión sobre el derecho es provechoso tener presente lo dicho al respecto por autores que se hicieron clásicos[1]. Pienso que tal es el caso del célebre opúsculo de J. v. Kirchmann sobre la ciencia jurídica[2]. Adelanto una socorrida imagen, acaso demasiado simple,

---

[1] Entiéndase bien: cuando la atención prestada a esos autores no responde a meros ejercicios de erudición o al gusto por unas acrobacias interpretativas.

[2] Kirchmann 1969; me he guiado por el texto alemán, publicado en 1848, que la mencionada edición recoge. Mas no será necesario ir efectuando citas ni indicación de páginas, pues las ideas de Kirchmann a que haré referencia son suficientemente

pero capaz de orientar enseguida hacia lo que se me antoja esencial en este asunto: yo diría que Kirchmann logró percibir el bosque, aun estando despistado en cuanto a ciertos árboles. Pero las líneas de estudio que hoy por hoy se imponen en la, así llamada, Teoría (o Investigación Básica) del Derecho operan más bien a la inversa. En su mayoría, ellas prefieren concentrar su atención en algunos posibles, especiales árboles o arbustos del discurso jurídico, o particularmente en ciertos ramajes u hojas de éstos, y a partir de ahí terminan por hipostasiar como derecho un bosque ilusorio.

No muchos, si es que alguno, de quienes publican los estudios de Teoría del Derecho *(Rechtstheorie, Rechtsgrundlagenforschung. Jurisprudence)*[3] que más al día están con las orientaciones que dominan, unas u otras, en la actual epistemología de las ciencias en general, me van a dar la razón. Dirán que estoy muy equivocado si afirmo, como lo pienso, que dicho opúsculo conserva todavía valor como diagnóstico sobre la naturaleza del pensamiento jurídico corriente. Y no entiendo referirme, cabe subrayarlo, al asunto del mérito o influencia históricos de ese escrito, sino que me interesa ubicar la cuestión en términos de presente. Preguntarse: ¿vale la pena o no, hoy en día, y hasta para quienes no se preocupan mayormente por la Historia de las Ideas Jurídicas, enterarse de lo que Kirchmann puntualizó hace tanto tiempo atrás? Mi propia respuesta es, enfáticamente, ¡sí! Trataré de justificarla haciendo ver que él fue, en cuanto al fondo, mucho más lúcido que las tendencias predominantes en los análisis metadogmáticos actuales sobre el razonamiento jurídico.

Adelanto una visión esquemática de los puntos que tocaré en el presente artículo:

I. *1*. Dos grandes tipos de orientaciones en la Teoría del Derecho contemporánea.

---

conocidas. [En cuanto al epígrafe: las líneas de Kirchmann allí ubicadas se extrajeron de las págs. 18 y 19 de la citada edición, de donde fueron traducidas directamente por mí -E. P. H.- al castellano; la fuente para las citas de Castilla del Pino y Deleuze se indica *infra* nota 51; la sentencia de Neroy es la que eligió Wittgenstein para epígrafe de sus famosas *Investigaciones filosóficas,* publicadas en 1953].

[3] La expresión *Teoría del Derecho* se utiliza, a lo largo de este trabajo, para hacer referencia a ese tipo de estudios al que aluden de manera más específica las denominaciones extranjeras puestas entre paréntesis arriba. Se trata, pues, de lo que puede llamarse, asimismo, Investigación *Básica* del Derecho, esto es: no son las teorías corrientes -doctrina o dogmática jurídicas- que emplean los juristas para su actividad profesional (abogados, jueces, etc.), sino la *meta*-teoría donde se reflexiona *sobre* la naturaleza de aquellas y sobre características del pensamiento jurídico *en general*.

2. El acierto fundamental de Kirchmann: su realismo, a pesar de unas debilidades epistemológicas.

3. La actual epistemología de las ciencias (Kuhn, etc.) y la cuestión de las «regiones» (Wittgenstein) del lenguaje, como bases invocadas para una revaloración de la racionalidad del discurso jurídico.

II. Discusión de tres tesis:

A. Probidad intelectual del discurso jurídico profesional: ¿erística, «técnica», tecnología o seudotecnología?

B. Dignidad científica de las inseguridades del discurso jurídico: debilidad epistemológica de Kirchmann; no pertinencia de la analogía entre puntualizaciones como las de Kuhn y los desacuerdos de los juristas; la «ciencia» jurídica normal como instrumento retórico para legitimar un no-saber; la cuestión del filtro de «relevancia» para determinar el objeto propio de conocimiento de la ciencia jurídica y el argumento de su pertinencia específica como discurso de una «región» particular, región que es antes bien normativo-instrumental que teorético-cognoscitiva; respuesta a ese argumento y retorno al acierto básico de Kirchmann.

C. Utilidad del discurso jurídico corriente: relatividad de los juicios respecto a «utilidad»; críticas habituales a la utilidad de la dogmática jurídica; dos precisiones.

III. *1*. Doble función de la dogmática jurídica.

2. Aspectos teorético-sistemáticos de esa dogmática que constituyen «parecidos de familia» entre ella y otras ciencias; pero diferencia fundamental frente a éstas, por la radical «timidez» cognoscitiva de aquélla y su orientación esencialmente retórica.

3. Conclusión: el discurso jurídico es un miembro muy aparte para la «familia» de las ciencias.

IV. *1*.Carácter inevitablemente poco racional del discurso jurídico, por sus funciones sociales que exigen subordinarlo a «construcciones sociales» (Berger/Luckmann) mitologizantes.

2. Naturaleza escapista de los enfoques más afamados (Rawls, Dworkin, etc.) en la actual Teoría del Derecho.

3. El peligro de falsa generalización en cualquier juicio global sobre la «ciencia» del «derecho», pero eminente actualidad heurística del ejemplo dado por Kirchmann.

I

1. Por debajo de las múltiples divisiones y subdivisiones de los puntos de vista teoréticos que hoy se hacen presentes en estudios de Teoría del Derecho, cabe distinguir dos grandes tipos básicos de orientaciones.

Uno de los dos, netamente mayoritario, es el de los autores que, sean cuales fueren sus diferencias de enfoque y de temas, están de acuerdo con que el derecho, tal y como lo conocemos, es básicamente un orden de pensamientos aceptable. Consideran, asimismo, que sus locutores profesionales lo ponen en práctica sujetándose en general a unas pautas que son verdaderamente racionales o razonables. Dentro de esta corriente puede distinguirse entre dos tendencias. Unos consideran que esa aceptabilidad lo es desde ya, en forma plena o poco menos; algunos de ellos llegan inclusive a postular la forma de razonar de los juristas como el modelo más eminente de razonabilidad, como todo un ejemplo hasta para otras materias. Pero también hay, allí, quienes se encuentran algo menos conformes con el nivel habitual del pensamiento jurídico, y entonces proponen mejorarlo -ellos creen que tal cosa es realmente posible- mediante la incorporación de tales o cuales conocimientos científicos, especialmente de algunos que se promueven con base en modernos estudios de epistemología del discurso científico. Ambas tendencias coinciden, como se ve, en el punto central: su confianza en las posibilidades intelectuales del discurso jurídico y en el *ethos* científico de sus locutores especializados, sea o no que esa confianza la consideren como más o menos merecida ya en la actualidad. Se trata, pues, de una orientación esencialmente *a*crítica. Ella se muestra básicamente optimista respecto a las virtudes de dicho discurso y de sus protagonistas profesionales.

La otra gran orientación ve las cosas de modo muy diferente. Para ello se basa en distintos análisis de los discursos jurídicos, sobre todo estableciendo comparaciones con los de otras disciplinas; también se traen a colación ciertas consideraciones de orden político-social sobre el papel real de aquellos discursos. Es, a diferencia de la caracterizada antes, una orientación esencialmente *crítica*. No se reserva ningún conformismo respecto al nivel intelectual del razonamiento jurídico. Tampoco, por lo general, alienta muchas esperanzas en cuanto a que los locutores habituales de éste puedan llegar a corregir, de algún modo, sus tradicionales vicios de pensamiento.

En la primera de esas dos orientaciones se dan hoy la mano, curiosamente, dos acentos dispares. Por un lado, entran en ella los «irracionalistas», vale decir, aquellos que elogian precisamente el carácter *no*-científico del derecho: tópica, hermenéutica, *nouvelle*

rhétorique, etc. Por el otro, sin embargo, también están ahí los «cientificistas», quienes creen en la posibilidad de hacer adoptar a los juristas unos modelos de razonamiento científico-racionales: iusmetodólogos que presentan fórmulas de lo «racional» o «razonable», estudios de lógica deóntica y en general las tendencias tecnocráticas, exámenes estructuralistas, etc. Pero, sea como sea, tanto unos como otros coinciden, aunque por caminos distintos, en extenderle la oportuna carta de confianza al discurso de los juristas.

Se diría que la segunda orientación no tiene muchos adeptos, a juzgar por lo que se publica en las revistas especializadas de la materia. Se limita a contar con algunas tendencias críticas en la semiótica jurídica (bastante minoritarias dentro de ésta: cf., por ejemplo, los trabajos de Luis a. Warat o Peter Goodrich), ciertos estudios de dirección sociológica o en general interdisciplinaria, etc[4]. No, desde luego, para tendencias conformistas, pero sí para esta otra orientación, la de tipo crítico, pienso que el escrito de Kirchmann puede significar todavía, heurísticamente, una valiosa fuente de inspiración[5].

* * *

2. No pretendo afirmar, claro está, que absolutamente todo lo que Kirchmann dijo sea aceptable sin más. Tampoco, que aquello en que acierta -que es lo principal- no se pueda en la actualidad, y tal vez hasta en su propio tiempo, exponerlo con mayores finezas intelectuales y en general con base en un edificio teorético mucho más aceptable que el de los presupuestos (precomprensiones) epistemológicos en que se basaba el propio Kirchmann. Así, me parece poco defendible el papel de ordenación social que nos propone para eso que él llama «derecho natural» (es lo que luego se ha conocido, y discutido, bajo una denominación que se presta menos a confusiones: la cuestión del «sentimiento jurídico», *Rechtsgefühl*); tampoco es muy acertada la idea que él se hacía acerca de los saberes científicos

[4] Sobre las mencionadas orientaciones, cf. Haba 1990: el Epílogo, esp. desde el texto ubicado a la altura de la nota (d) en adelante. Para un comentario más amplio sobre la posición conservadora, esp. en cuanto al Tipo I de los señalados en el estudio antes mencionado, cf. además Haba 1977a, donde critico un punto de vista que recoge fundamentalmente ideas de Viehweg y Perelman; pero ahí no llegué a examinar lo que dice el autor que es hoy por hoy el representante más publicitado -no digo el mejor informado, y mucho menos el más agudo- de dicho Tipo, Ronald Dworkin.

[5] En realidad, las críticas de que han sido objeto los juristas son mucho más numerosas que las apuntadas por Kirchmann. Para una breve pero muy ilustrativa visión panorámica al respecto, cf. Wolf 1962: esp. apartado II. Nosotros, aquí, nos detendremos sólo en lo que subrayó Kirchmann, señaladamente lo relativo a fallos desde el punto de vista *científico* en el discurso de los juristas.

sobre las leyes de la naturaleza. Todo esto responde a unos puntos de vista bastante ingenuos, de su parte, si tenemos en cuenta conocimientos que nos aportan, respectivamente, la sociología jurídica y la epistemología de las ciencias. Hasta cabe pensar que su frase más citada, «tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura», probablemente no representa lo más perspicaz de sus planteamientos[6]. Sin embargo, más allá de las limitaciones de su enfoque, lo que Kirchmann vio muy bien es algo que, no menos hoy que ayer, sigue siendo una condición clave para buena parte del discurso jurídico: su carácter esencialmente RETÓRICO[7]. Es ESA la razón por la que Kirchmann lo califica de *no*-científico. En efecto, bien puede decirse que mucho, por no decir que todo, en el discurso normal de los juristas responde a un tipo de pensamiento que es extra-(y a veces hasta es anti-)científico; suponiendo, claro está, que ahí la palabra «científico» la entendamos en el sentido de mentar justamente un discurso que esté a la altura de las *exigencias* que permitirían configurarlo con el rigor *posible* para aprehender, por su intermedio, el eje de las cuestiones relevantes. Llamo «posible», en este contexto, a aquello que efectivamente lo sea en función de los conocimientos ya alcanzados por las ciencias en el momento histórico de que se trate.

No importa demasiado, desde tal perspectiva, que los conocimientos de Kirchmann mismo sobre la naturaleza de las ciencias eran más bien inocentes. Lo interesante es que no fue cándida, ni mucho menos, la manera en que él, a diferencia de la doctrina común del derecho y también de las teorías que sustentan sus más

---

[6] Cf. *infra* la nota 13.

[7] El término *retórica* lo tomaré de acuerdo con el sentido que tiene desde los tiempos de Platón: «... un medio de persuasión que permita aparecer ante los ignorantes como más sabio que los realmente sabios... es el retrato de una parte de la política... es, en lo concerniente al alma, lo que la culinaria en lo referente al cuerpo» (Platón 1979: 365, 368 y 369). Así entendida, la palabra «retórica» recibe el significado que se le da cuando es usada en el sentido, esencialmente, de *erística:* «Art des discusions logiques subtiles; se prend surtout en mauvaise part, comme art des raisonnements spécieux et des arguments sophistiques» (Lalande 1968: 296, voz «Eristique»). En tal sentido, puede decirse que la retórica jurídica «n'est plus alors envisagée come une science (même du contingent) mais comme un usage détourné du langage, usage ornamental et figuré qui, par implication, verse du côte du pompeus. du spécieus, du faux» (Goodrich 1988: 355). Pero «retórica» tiene también otros sentidos, no peyorativos, de los cuales la Teoría del Derecho ha cobrado relevancia sobre todo el utilizado por Perelman al hablar de una «nouvelle rhétorique» para caracterizar la naturaleza argumentativa del discurso jurídico: sobre esos otros sentidos, cf. dicho artículo de Goodrich. También véase *infra* la transcripción recogida en la nota 9.

afamados metodólogos actuales, supo percibir lo que el discurso jurídico profesional es *en realidad*. Las puntualizaciones de Kirchmann, desde *tal* punto de vista, no están «superadas». Más aún, cabe decir que hoy son más pertinentes que nunca. Nuestro jurista común continúa siendo tan acientífico como el de los tiempos de Kirchmann, como lo fue desde muchos siglos antes, como habría de seguir siéndolo después. Pero es en la actualidad cuando la parte más pretenciosa, y también la más vocinglera, de la Teoría del Derecho se ha volcado a reivindicar, con nuevos argumentos, valiéndose de unos análisis tanto más sofisticados cuanto menos realistas, la *racionalidad* (o razonabilidad) y el estatus inmanentemente *científico* de los razonamientos que efectúa -o, se piensa, podría efectuar- la dogmática jurídica. Por caminos que van desde los esperantos de la lógica deóntica a los meandros superficiales de que se ocupa Dworkin, pasando por los etiquetados de la semántica estructural (cf. la «sintaxis actancial» de Eric Landowski) y una buena variedad de delirios constructivistas (Rawls y flía.), amén de otros globos cientificistas, se nos quiere hacer ver -inspirándose (¡mal!) en ideas de Wittgenstein, Kuhn, etc.- que dictámenes como el de Kirchmann están despistados, sólo porque él incurrió en alguna confusión respecto a qué pueda ser «ciencia».

Ahora bien, aun cuando es verdad que Kirchmann carecía de un buen conocimiento *teorético* sobre la naturaleza íntima de los saberes científicos, eso no quita que demostró tener un conocimiento tanto más *real* que el de esos soñadores iusmetogólogos de hoy en día sobre las prácticas intelectuales del derecho tal y como éste verdaderamente es: el de los jueces, los abogados, la dogmática, etc. Por eso, aunque Kirchmann no acertó en cuanto a saber bien lo que son las ciencias, sí dio en el blanco respecto a lo que él conocía de primera mano, el razonamiento de los juristas *en la práctica*. Precisamente, aquello frente a lo cual remontan vuelo nuestros iusmetodólogos. Claro, Kirchmann sabía mucho menos que éstos... ¡pero entendió bastante más!

* * *

3. Las tesis centrales de Kirchmann son simples. (Esos metodólogos dirán: simplistas). Y él las expone, por cierto, de manera atractiva. Supongo que el lector no necesita pasar por la pena de que yo se las resuma. En cambio, puede revestir algún interés traer aquí a colación, para discutirlas brevemente, ciertas ideas de fondo en que, según creo, se basan las orientaciones más nuevas que en la Teoría del Derecho reivindican el valor científico del discurso de los juristas. Tales ideas se apoyan en modernos estudios sobre historia de las revoluciones científicas, principalmente en el campo de la física, y también en puntos de vista de Wittgenstein sobre la naturaleza del lenguaje.

Principalmente en la segunda mitad de nuestro siglo, tendencias innovadoras en la epistemología del discurso científico (Hanson, Polanyi, Kuhn, Toulmin, Lakatos, Feyerabend, etc.) han puesto en evidencia que los conocimientos de la ciencia, hasta en las de la naturaleza -sin excluir, en especial, aquel que muchos tienen como paradigmática respecto a todas ellas: la física-, son menos firmes de lo que en general se había venido dando por consabido, como si fuera una verdad obvia. Lo cierto es que, también en ese campo, no sólo ocurre que los conocimientos científicamente acreditados están sujetos a cambios históricos, sino que la justificación de esos cambios se basa en argumentaciones que son discutibles y discutidas. Se ha recalcado, sobre todo, que no hay ningún criterio definitivo para arbitrar en forma indubitable entre distintas teorías científicas fundamentales que se mantengan en conflicto entre los hombres de ciencia. No existen, para mediar entre ellas, para decidir cuál es la correcta entre unas teorías básicas sobre las cuales éstos disputan, unos hechos «crudos»; todos los hechos científicamente admitidos lo son, en cuanto tales, sólo a la luz de muchos presupuestos teoréticos. La preferencia por unas u otras teorías científicas -en función de las cuales, a su vez, resulta qué datos sean los admitidos como «hechos» científicamente relevantes- depende también de condiciones que, en sí mismas, son extra o supra-científicas. Y éstas varían en función de circunstancias acerca de cuya apreciación los hombres de ciencia pueden discrepar. Los «hechos» científicos admiten ser *interpretados*, científicamente, de distintas maneras, llegado el caso. Tampoco ellos son tan «firmes» como suele pensarse. No tienen, pues, esa inconmovible certeza que Kirchmann daba por supuesta del conocimiento científico al respecto.

Por otro lado, junto con esos estudios de historia del pensamiento científico, han jugado un papel fundamental las ideas de Wittgenstein sobre la existencia de variadas «regiones» (*Gebiete*: zonas) del lenguaje y el énfasis que dicho autor puso en destacar la peculiaridad de cada uno de los innumerables «juegos de lenguaje». Peter Winch, Hanna Pitkin y otros han aplicado esas ideas también al estudio del discurso de las ciencias sociales. Se subraya que cada «juego», por ejemplo un tipo dado de discursos científicos, tiene sus reglas *propias*. Si éste es verdaderamente comprendido, significa entenderlo a la luz de estas *mismas* reglas, no en función de las de otros juegos lingüísticos, científicos o no. Por tanto, no cabría juzgarlo de acuerdo con las pautas de unas disciplinas científicas distintas; en especial, no por las de otras «regiones» científicas. Los «juegos» son múltiples y básicamente inconmensurables. La alternativa es: o bien, ponerse a «jugar» cualquiera de ellos tal y como él mismo es; o bien, de no hacerlo así, uno se queda fuera de *ese* juego, resulta que está jugando a *otra* cosa. Kirchmann habría cometido, pues, el «error categorial» (Ryle) de juzgar

el juego de los juristas a la luz de un juego muy distinto, el de las ciencias naturales. Se habría basado en una comparación que no tiene mucho sentido.

En la actual epistemología de las ciencias no pueden ser pasados por alto esos dos órdenes de consideraciones, esa relativización introducida en la seguridad de los conocimientos científicos por: a) la falta de un punto arquimédico, absoluto, suprahistórico, para optar entre ciertos paradigmas científicos fundamentales; y, de modo todavía más general, b) la inmanencia con que se autorregula, cuando menos hasta cierto punto, cada juego de lenguaje. Ello ha conducido, ahora aplicándolo también al examen del discurso jurídico, a enfatizar dos conclusiones. Primera: se piensa que, al fin de cuentas, el derecho no presenta una inseguridad muy distinta que otros discursos científicos, sin excluir ni siquiera los más prestigiosos[8]. Segunda: se señala que la única manera adecuada de estudiar dicho discurso es aceptando las características que él tiene de hecho, o sea, examinarlo en función de sus propios paradigmas científicos, en vez de tomar como parangón algún otro modelo, más o menos ideal, de ciencia. Significa que la Teoría del Derecho podría, en todo caso, empeñarse en «construir» (o reconstruir) analíticamente, afinar conceptualmente, esos *mismos* paradigmas, aquellos que el jurista emplea *ya*. Ella se ocuparía de reconocerlos simplemente, en un discurso secundario analítico, que es metalingüístico respecto al discurso normal (primario, lenguaje-objeto) de los juristas. Por el contrario, no tendría sentido tratar de transformar este último inspirándose en los paradigmas de ciencias cuyos «juegos» encaran finalidades muy distintas de las perseguidas por la actividad jurídica; excepto, desde luego, en cuanto también estos otros juegos pudieran armonizarse en realidad con las finalidades inmanentes a tal discurso, lo que en principio -se entiende- no es muy factible.

Las dos clases de razones reseñadas apuntan, contra lo que afirma Kirchmann, a resaltar la dignidad del discurso jurídico profesional como una *ciencia*. Claro que lo interesante, ahí, no es discutir si esta palabra se puede, o no, utilizarla en forma lingüísticamente correcta para calificar a ese discurso (admito que sí se puede), sino aclarar *qué* es lo que se quiere decir por medio de ella en tal caso. Cuando Kirchmann le niega esta calificación al derecho, busca llamar la atención sobre el hecho de que dicho discurso es artificioso, por no decir mentiroso, y también poco útil o hasta perjudicial. En cambio, cuando metodólogos actuales sostienen que sí es «ciencia», quieren señalar

[8] Sobre analogías entre el discurso jurídico y el de las ciencias en general, con el mejor provecho se leerá, en vez de tantos trabajos atiborrados de pedanterías, el conciso informe de Poirier (1978).

que ése es un discurso perfectamente legítimo en lo intelectual. Niegan que en él los asuntos sean tratados en forma simplemente retórica. Por el contrario, consideran que allí son discutidos con el mayor grado de racionalidad científica disponible para un verdadero conocimiento de *esos* temas. Y agregan, aún, que además ese tipo de discursos es muy útil para alcanzar buenos resultados sociales.

Por mi parte, pienso que más cerca de la verdad estaba Kirchmann. Mucho más, en todo caso, que los sutiles desarrollos de quienes consagran sus desvelos a suscribir o perfeccionar unos escapismos como los pergeñados por Rawls, Dworkin, las semióticas formalistas, etcétera. Me explicaré.

II

Conviene distinguir entre tres tesis involucradas en esa discusión, explícita o implícitamente sostenidas -sea todas o alguna de ellas- en los estudios de la orientación que domina en la actual Teoría del Derecho. Helas aquí:

- *Tesis A:* las cuestiones sociales de que se ocupan los juristas son adecuadamente sacadas a luz, quedan revelados -o, en todo caso, no disimulados- sus verdaderos resortes, aparecen puestas de manifiesto las fuerzas materiales o intelectuales que determinan *realmente* la dinámica de ese discurso, por lo que en este mismo se expone de manera expresa; en consecuencia, no hay por qué recurrir a unos juegos de lenguaje distintos, como los de otras ciencias, ni sería cierto (como algunos sostienen) que él nos vela el camino hacia la percepción de recursos intelectuales diferentes que permitirían resolver mejor los asuntos prácticos de que ahí se trata.
- *Tesis B:* si bien el discurso jurídico es relativamente inseguro, no le van en saga, en ese respecto, los de las restantes ciencias, por lo menos las empíricas; la inseguridad de aquel no es otra cosa que la consecuencia *inevitable* de su propio objeto de referencia, pues *ese* objeto, por su naturaleza misma, no podría ser aprehendido sin transfigurarlo, o por lo menos sin amputarlo, si fuese encarado mediante ciertos discursos científicos menos inseguros.
- *Tesis C:* dicho discurso es útil, y acaso el más útil posible, para resolver en la práctica aquellas cuestiones sociales (Tesis A) del modo más eficiente para la promoción de tales o cuales objetivos humanos.

Examinaré, por su orden, cada una de estas tres tesis.

* * *

Tesis A: probidad intelectual del discurso jurídico profesional. -Se me hace que este punto de vista es, palmariamente, indefendible. Son muchos, y contundentes, los estudios dados a conocer, respecto a distintos países, acerca del carácter a menudo erístico, casi siempre disimulante, eufemístico, o en todo caso poco revelador, y hasta simplista, que tienen buena parte de los discursos jurídicos[9]. Por tanto, no veo cómo pudiera pensarse que tales discursos revelan todo, ni la mayor parte o lo más decisivo, de cuanto importe conocer para detectar las verdaderas causas determinantes y las mejores soluciones ante las cuestiones sociales de que se ocupa el derecho. La doctrina jurídica corriente tampoco se dirige, por cierto, a destacar los motivos reales que llevan a legisladores y jueces a optar por unas en vez de otras clases de soluciones, más allá de las invocaciones a unos tan vagos como manipulables criterios de «justicia», «razonabilidad», etc.

Si queremos aprovechar a Wittgenstein, no debería pasar desapercibido que los juegos de lenguaje de los juristas tienen como objeto propio, entre otras cosas, precisamente el NO revelar la dinámica real que mueve a la semántica de este lenguaje, y muchísimo menos poner de manifiesto su pragmática. Naturalmente, se puede considerar que, así y todo, es preferible emplear tal lenguaje, no alguno que fuera más franco (científico o no), así como con frecuencia hay motivos para no decir la verdad en tantas otras cuestiones. Pero lo que en este punto estamos cuestionando no es el asunto de la conveniencia (Tesis C), sino sólo el grado de *verdad* científica que pueda hacerse presente en dichos «juegos». Y nos preguntamos si hay, o podría haber, unas reglas del juego científicas que llevaran a poner de manifiesto justamente lo que aquellos disimulan. Frente a *esta* pregunta, la respuesta tiene que ser afirmativa, pues tal posibilidad intelectual está plenamente

---

[9] Cf., por ejemplo, el examen de Lautmann (1972) y el de Schreckenberger (1987): y supongo que ha de ser especialmente interesante el libro de Jerome Frank, *Courts on Trial*, Princeton, 1949, que no he podido consultar. Véase también por ejemplo, mi propio análisis del modo en que argumenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Haba 1986: § 28. VII, esp., págs. 418-423). Toda la cuestión tiene que ver, en definitiva, con la siguiente distinción fundamental: «en el interior del reino de la política y el discurso, (Hanna) Arendt diseña una adicional y significativa distinción en términos de la manera en que se utiliza el discurso. Así, distingue entre el discurso al servicio de la verdad, o al menos a la búsqueda de la verdad, y el discurso como medio de persuasión, como un instrumento manipulador para mover a los demás en las direcciones deseadas, completamente al margen de la verdad o la validez de lo que se dice. La distinción fue «elaborada en primer lugar por Platón (especialmente en *Georgias* [*supra* nota 7] como el antagonismo existente entre comunicarse bajo la forma de 'diálogo', que es el discurso adecuado para la verdad filosófica, y comunicarse bajo la forma de 'retórica', mediante la cual el demagogo, como diríamos hoy, persuade a la multitud» (Pitkin 1984: 476).

probada. Los mencionados estudios muestran que sí se puede, y *cómo* se puede, hablar *científicamente* de cosas fundamentales que la ciencia normal del derecho no toma en cuenta, o en el mejor de los casos las trata eufemísticamente. Cosas que, empero, tienen la máxima importancia para tomar decisiones más racionales acerca de los asuntos que ella pretende solucionar.

Sin embargo, la Tesis que examinamos, o en todo caso algo que resulta cercano a ella, también puede ser apoyada introduciendo en la argumentación cierto cambio de frente, como lo ha hecho Atienza[10]. Él sostiene que «la cuestión de la cientificidad de la jurisprudencia es, sencillamente, una cuestión mal planteada». Piensa que Kirchmann, y en general quienes se dedican a discutir *tal* cuestión, yerran completamente el blanco, por «no haber partido de una distinción adecuada entre la ciencia y la técnica». Pues si se parte, como según Atienza sería lo correcto, de «la idea de que la jurisprudencia es una técnica, los argumentos de von Kirchmann se vuelven, sencillamente, impertinentes» (pág. 281). «La investigación técnica no trata de explicar un acontecimiento, sino de estudiar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos» (pág. 282). Quiere decir que «la dogmática jurídica, lo que generalmente se denomina 'ciencia' jurídica, no es -ni tiene sentido pretender que lo sea- una actividad propiamente científica, sino más bien una técnica social» (pág. 289); «carece de sentido y de interés plantearse el problema de si la jurisprudencia es o debe llegar a ser una ciencia... La cuestión pertinente debiera ser la de saber si, en cuanto técnica, puede incorporarse y utilizar el conocimiento científico y conocimiento tecnológico procedentes, en principio, de otras áreas (por ejemplo, conocimiento científico y conocimiento proveniente de la lógica formal, la economía, la sociología, la teoría de los juegos y la decisión, la informática, etc.)» (pág. 283).

Si aceptamos las precisiones de Atienza, entonces la discusión versaría -decimos nosotros- sobre si esta «técnica», la jurídica, es o no es verdaderamente *científica* (supuesto que admitamos, en lo terminológico, que cabe emplear el calificativo de «técnica» incluso para unos

[10] Atienza 1985: caps. 4 (esp. los puntos 4.3 y 4.9) y 5 (esp. el punto 5.1); lo que se refiere particularmente a Kirchmann está allí en las págs. 279-282. [Sólo después de tener ya redactado el texto del presente artículo advertí que Atienza había efectuado también algunas otras aclaraciones relativas a los puntos de vista suyos que examino arriba, en polémica con Roberto J. Vernengo: *Doxa* 3 (1986), págs. 289-314. Pienso comentar esa polémica en una nota que aparecerá en alguno de los números próximos de esta Revista: pero puedo adelantar, desde ya, que dichas aclaraciones no invalidan, a mi juicio, ninguna de las observaciones que presento aquí.]

medios no-científicos o hasta para los anti-científicos). La respuesta de Atienza a este respecto, me parece ser un tanto vacilante. Por un lado, le reconoce cierto valor, aunque con reservas (*infra* nota 33), a la dogmática jurídica: entiende que, «considerada globalmente, cumple una función social útil», y que «un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada» (pág. 282). Por otro lado, no obstante, nos advierte que «si la dogmática jurídica pretende configurarse no sólo como una técnica, sino como una tecnología (es decir, como una técnica que emplea conocimiento científico; por así decirlo, como una actividad más próxima a la agronomía que a la agricultura tradicional), es imprescindible que se abra hacia los otros saberes jurídicos en busca de teorías y métodos que puedan ser operativos con la tarea de aplicar, desarrollar y sistematizar el Derecho positivo» (pág. 289). Parecería que Atienza, aunque comprende muy bien que una superación en el pensamiento jurídico exige que los juristas sepan abrirse también hacia *otros* saberes científicos, empero no deja de aceptar -contra Kirchmann- que, a pesar de todo, la dogmática tradicional es «útil», que sirve para «resolver... muchos problemas». Ahora bien, que de alguna manera ella los «resuelve»... ¡de eso no hay la menor duda! Pero la verdadera pregunta es: ¿los resuelve *científicamente* (si no siempre, por lo menos en un buen número de casos)? Tengo la impresión de que el planteamiento de Atienza, mediante su distinción entre «técnica» y «tecnología», más bien tiende a eludir *esta* pregunta, que es la cuestión fundamental.

Si el término «técnica» se usa, como parece hacerlo Atienza, con prescindencia de si comprende o no comprende conocimiento científico, la afirmación de que la dogmática es (también) «técnica» no la cuestionará nadie, seguramente. Ni el propio Kirchmann hubiera tenido interés en negar eso. La verdadera cuestión pasa a ser, entonces, si tal «técnica» es o no es también una «tecnología». Atienza admite que esa sí es una pregunta «pertinente». Mas si vamos al grano de lo que dijo Kirchmann, éste contesta ni más ni menos que a *tal* cuestión, pues todo el énfasis de sus argumentos se dirige a poner en evidencia que la dogmática carece precisamente de lo que es indispensable para ser «tecnología», a saber: el basarse en unos conocimientos *científicos*. Si Atienza reconoce esta carencia, significa que, más allá de ciertas diferencias terminológicas, él está de acuerdo con Kirchmann en cuanto al fondo (sin perjuicio de que aquél pueda no suscribir unos criterios epistemológicos de éste). Y de lo contrario, si no está de acuerdo, nos debe la explicación sobre qué cosa pueda tener justamente de *científi*co la técnica jurídica común.

No hay forma de hacer a un lado el asunto planteado por Kirchmann si, en vez de distinguir entre «técnica» y «tecnología», nos valemos

de una red de conceptos diferenciales como la que presenta Bunge, entre los cuales cobra especial relevancia, para nuestra cuestión, la alternativa tecnología/seudotecnología. Según este autor, *tecnología* es «el campo de conocimientos que se ocupa de diseñar artefactos y planear su realización, operación y mantenimiento a la luz de conocimientos *científicos*» (pág. 35)[11]. En cambio, «un campo de conocimientos que no es tecnológico por carecer de una base científica, y por no hacer uso del método científico ni del método tecnológico, pero que es anunciado o vendido como [si fuera] tecnológico (o científico), se llamará *seudotecnología* (o tecnología fraudulenta)» (pág. 37). El punto de vista de Kirchmann, si lo reformulamos de acuerdo con esta terminología, es neto: la jurisprudencia no es tecnología (ni ciencia), sino seudotecnología (o seudociencia)[12]. Es *esto* lo que está en discusión. Y no sería bueno que de ella nos distraiga el reconocimiento de que la dogmática constituye, de todos modos, una «técnica» en el sentido de Atienza. Tenía razón, en lo esencial, Kirchmann: dado que la dogmática jurídica pretende basarse también en *conocimientos*, resulta que, por más que aceptemos no catalogarla como «ciencia» (sino como «técnica», «tecnología», «arte» o de cualquier otra manera), siempre sigue siendo verdad que ella deja mucho que desear, porque falla -como advirtió Kirchmann- en *ese* plano justamente[13].

---

[11] Bunge 1985: *vid*. sobre todo los caps. 2, 3 (cf. esp. su punto 3, señaladamente las distinciones que allí se efectúan en la pág. 37) y 5 (esp. su punto 4); es mío (E.P.H.) el subrayado de las palabras «científicos» y «como» en las líneas que se transcriben arriba. Dejo sin considerar lo que pueda seguirse de un examen más detenido de las relaciones entre ciencia y tecnología. Pero importa tener en cuenta, de todos modos, una advertencia como la siguiente: «we must be prepared to question the widespread assumption that modern technology is on the whole a derivative of basic scientific research and/or to move towards an analysis of the social meaning of technology» (Mulkay 1979: 121).

[12] Podría objetarse que en la definición transcrita se habla de «artefactos», pero que la dogmática jurídica, en cambio, no es un objeto material como esos que Bunge tiene allí *in mente*. Sin embargo, dichas observaciones de Bunge creo que son perfectamente aplicables también, *mutatis mutandis,* a instrumentos del pensamiento, cuando éstos se utilizan como unos medios de carácter (real o supuestamente) científico para alcanzar (real o supuestamente) tales o cuales resultados prácticos de tipo social. Por otra parte, sería ciertamente sugestivo resaltar las analogías entre lo que Bunge dice sobre la «economía escolástica» (cap. 8) y lo que Jhering señalaba al hablar de un «cielo de los conceptos jurídicos»...

[13] Y obsérvese que, desde *tal* punto de vista, no es decisivo que Kirchmann haya podido equivocarse, por ejemplo, en un aspecto como el que con razón señala Atienza: «cabe afirmar que lo que von Kirchmann denomina 'movilidad del objeto' no sólo no es un inconveniente, sino más bien una característica estructural de la investigación técnica. Reparemos no sólo en que el equivalente de su frase 'tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura' podría encontrarse en el campo de técnicas tan prestigiosas como la informática: 'la

Claro que tal comprobación[14] no prejuzga, por sí sola, respecto a si son o no correctas las Tesis B y C, considerando a cada una en forma aislada. Sin embargo, y sea como fuere lo relativo a estas otras dos, la insostenibilidad de la Tesis A muestra que Kirchmann estaba en lo cierto por lo menos al enfrentarse a ella precisamente. Pues en efecto el discurso jurídico es, en muchos casos (no digo siempre), tan engañoso como dicho autor, a diferencia de lo que sugieren investigaciones de las más renombradas *vedettes* actuales de la Teoría del Derecho, tuvo la lucidez de advertir y la honestidad de no callar.

* * *

Tesis B: dignidad científica de las inseguridades del discurso jurídico. -Esta idea es, posiblemente, aquella en que mayor énfasis ponen iusmetodólogos actuales para restarle valor a cosas como las señaladas por Kirchmann. Pienso que también por ahí van descaminados. Reconozco, sin embargo, que Kirchmann se equivocaba en puntos claves de la epistemología de las ciencias. Verbigracia: al pensar que las ciencias de la naturaleza constituyen el único modelo posible de «ciencia» y que los conocimientos provenientes de ellas ofrecen firmeza indubitable; además, al imaginarse que el registro de los «hechos» que cuentan para los científicos no admite contradicción, que no depende esencialmente de las teorías mismas aceptadas en esas ciencias, y que tales teorías, a fuer de científicas, no puedan llegar a contradecirse entre sí, etc.

Si bien cabe tener en cuenta todo eso, cosas que a Kirchmann no deben de habérsele pasado por las mientes, no menos cierto es que las inseguridades en las ciencias de la naturaleza, cuando menos para lo que Kuhn llama sus discursos «normales», son de índole *muy distinta* -por sus causas y también por sus aplicaciones- de las que se presentan en los razonamientos efectuados por los juristas. Las puntualizaciones de autores como, por ejemplo, Kuhn o Lakatos, sobre los «paradigmas» o los «programas de investigación» y las discrepancias a que dan lugar entre científicos, etc., no pueden ser invocadas como analogía *pertinente* en relación con las discusiones jurídicas. En el mejor de los casos, se trata de parecidos muy superficiales. Aquellas discrepancias se refieren a la ciencia «extraordinaria» (Kuhn): las revoluciones científicas, los cambios de paradigmas fundamentales en

---

introducción en el mercado de una nueva generación de ordenadores convierte a las máquinas de las anteriores generaciones, junto con los manuales que facilitan su utilización, las técnicas concretas diseñadas para su máximo aprovechamiento, etc., en material obsoleto'...» (Atienza 1985: 281-282).

[14] Por otros muchos, además de los trabajos mencionados *supra* en la nota 9, véase Opp 1973: esp. caps. V y VI.

el edificio teorético de la disciplina en cuestión. Por el contrario, las discusiones de los juristas son pan de todos los días en el marco de su ciencia «normal»: dogmática, jurisdicción, etc.

Las ciencias normales de la naturaleza se caracterizan por hacer que, dentro de cada una de ellas, la discusión sea cosa más bien excepcional, ya que los métodos -los paradigmas normales- de esas disciplinas están ahí justamente para prevenirla y para permitir que en la gran mayoría de los casos sea posible resolver *intersubjetivamente,* entre los científicos de la rama considerada, las cuestiones que allí se plantean. Por lo demás, cuando ahí las diferencias se dan a pesar de todo, no son como aquellas que con tanta frecuencia tienen lugar entre juristas, cuando menos por la manera en que éstas son planteadas discursivamente. Las discusiones jurídicas aparecen centradas, demasiado a menudo, en cuestiones de índole esencialmente *retórica:* disputas sobre palabras, uso voluble de conceptos indeterminados y con base en precomprensiones anticientíficas (esencialistas, etc.), recurso a términos emotivizantes, disimulación de las verdaderas razones de fondo mediante unos artilugios terminológicos, uso de argumentos que reposan en conocidas falacias de la lógica, razonamientos que parten del *Basic Legal Myth* (Frank 1970: el mito de creer que hay una sola respuesta «correcta», única y preestablecida en el derecho positivo, para cada caso), etc. Aunque es posible, eso sí, que el fondo mismo de esas disputas no sea sólo retórico, pues puede responder a unos conflictos reales de intereses, ello no quita que la manera de *plantear* ahí esos intereses sea, precisamente, antes bien retórica que teorético-cognoscitiva. Por el contrario, cuando hay unas tesis enfrentadas en discusiones entre científicos de la naturaleza, todo se presenta de manera *muy* distinta: son puestos sobre el tapete el *máximo* de los conocimientos relevantes[15], el uso de términos teoréticos indeterminados y emotivizantes es mínimo o hasta inexistente, no se recurre a las falacias de catálogo, o bien estas son muy pronto puestas en evidencia y descartadas de la discusión, etc.

Los desacuerdos en el marco de una ciencia normal de la naturaleza tienen lugar en forma más bien excepcional. Y cuando se dan, es porque a esa altura de la evolución del pensamiento científico faltan *realmente* los conocimientos -acerca de ciertos hechos, o si no se dispone de unas categorías teoréticas intersubjetivas aplicables al respecto- que permitan a la generalidad de los científicos de esa disciplina ponerse de acuerdo sobre la respuesta correcta. Las diferencias entre

[15] Lo cual no quiere decir, naturalmente, que corresponda olvidarse de los límites e inclusive de las dudas que, desde el punto de vista *científico* mismo, puedan en su caso afectar a dichos conocimientos. Pero, insisto: aquí me estoy refiriendo a la ciencia «normal», no a la «extraordinaria», en la terminología de Kuhn. Véase también *infra* la nota 24.

juristas, en cambio, suelen obedecer a motivos muy distintos. No se deben a que de veras no existan ciertos conocimientos que permitirían dirimirlas, o por lo menos circunscribirlas con mayor precisión y profundidad, sino que más bien es porque tales conocimientos, tanto los teoréticos como los de ciertos datos empíricos, se HACEN faltar. Aunque estos conocimientos puedan ser regularmente obtenibles, en la discusión jurídica no se quiere, o no se sabe, recurrir a ellos. Las inseguridades en las ciencias de la naturaleza, y hasta en las sociales, obedecen a auténticos límites del conocimiento científico disponible, por el relativo nivel que éste pueda haber alcanzado en ese momento histórico. Por el contrario, las del discurso jurídico no responden simplemente a tales límites, sino sobre todo, o en buena parte, a la ignorancia o la disimulación de aquellos conocimientos que servirían para hacer que salgan a la luz los verdaderos resortes que las ocasionan.

Quiere decir que la «ciencia» jurídica no es un medio para saber, sino para producir y legitimar un NO-saber. ¿No es eso lo que se adelantó a señalar a Kirchmann? El pensamiento de los juristas resulta ser, en considerable medida, una técnica para EVITAR que se pongan sobre el tapete buena parte de los saberes científicos aplicables. Y sirve, asimismo, para obstaculizar que se tematicen los *reales* intereses a que responde la opción discursiva de cada posición sobre cuál sea la correcta solución de derecho. Mientras que las inseguridades en las otras ciencias se deben al conocimiento de que hay unos límites en esos saberes, las del discurso jurídico obedecen antes bien al *des*conocimiento de sus propios límites. Responden a la falta de conciencia acerca de que, en mucho, estos límites son producidos por los propios juristas, ya que éstos se niegan a enterarse de cosas que son bien sabidas en otras disciplinas. En síntesis: mientras que las dudas y las discusiones que ocurren en otras materias son *científicamente* inevitables, a la altura del conocimiento alcanzado, las que se dan entre juristas están, a la altura del conocimiento alcanzada, las que se dan entre juristas están, en gran medida, *retóricamente* fundadas, y esto en virtud de los paradigmas *normales* de su propio discurso profesional. Unas puntualizaciones como las que Kuhn y otros han formulado sobre argumentaciones contradictorias y cambios de paradigmas en ciencias como la física, tienen muy poco que ver con las modalidades y los motivos de las discrepancias entre juristas. Es la distancia que va de unas ciencias en sentido propio (*conocimientos,* discusiones con *conocimiento* y discusiones sobre *conocimientos*) a una «ciencia», la jurídica, que sólo es tal en un sentido *muy amplio* (retórica)[16]. Ahí está

[16] Sobre la diferencia entre ciencias en sentido propio, *estricto*, y ciencias en sentido *amplio* o amplísimo, cf. Haba 1990 (apartado VIII) y Haba 1991. Para un

el quid del asunto. Es esa la diferencia -¡chica cosa!- de la que nuestros sutiles iusmetodólogos (no Kirchmann, por cierto) prefieren acordarse lo menos posible[17].

Mas también hay quienes discuten, no sin buenas razones, que exista una diferencia tan esencial, de principio, entre ciencia y retórica, en general (cf., por todos, los agudos análisis de Feyerabend). Ya Goethe había anotado que «Una ciencia es, como cualquier institución y organización humanas, una fenomenal conformación (*ungeheuer Kontignation* [?]) de lo cierto y lo falso, lo voluntario y lo necesario, lo sano y lo enfermizo» (*Tag und Jahres-Hefte* 1811). Por otra parte, no se puede negar -sobre todo a la luz de estudios detallados de historia de la ciencia que se han efectuado en las últimas décadas- que hay un fuerte grado de dependencia de los *contenidos* mismos de aquello que se tiene por saberes científicos, inclusive en ciencias de la naturaleza, respecto a factores de influencia que no son otra cosa que intereses sociales de grupos científicos; o sea, unos motivos que no son, y hasta pueden ir contra, los de orden meramente *teorético* de persecución de la «verdad»[18]. No obstante, sin negar razón a observaciones como ésas, pienso que la conclusión más atinada es que, a pesar de todo, hay una *considerable* diferencia de *grados* entre las inseguridades, o hasta las «trampas», que se pueden hallar también en muchas otras disciplinas científicas y aquellas otras que pueblan de modo habitual -en grado *muchísimo* más amplio y difundido- el pensamiento *común* de los juristas.

Me adelanto a discutir una posible objeción. He estado subrayando que los juristas cierran los ojos a conocimientos *relevantes* de otras disciplinas (lingüística, sociología, etc.), y que en ese *no*-saber a propósito, sea o no consciente en cada caso particular, reside la diferencia clave entre la orientación «científica» del jurista y la de los especialistas de otros campos. La objeción que voy a considerar podría estar centrada, pienso, en discutir qué corresponda ahí admitir como lo «relevante». Cada disciplina *selecciona*, «filtra» en función de los presupuestos

---

análisis más detallado del contenido -doce elementos como notas definitorias- del concepto de «ciencia» (tomado en sentido propio), así como de sus diferencias con la «semiciencia» y las «seudociencias», cf. Bunge 1985: capt. 2, esp. págs. 28-30. Lo que yo he denominado «ciencia en sentido amplio» o «amplísimo», en el mejor de los casos podría ser, de acuerdo con Bunge, una «semiciencia». Sobre los *distintos* modos en que el derecho puede dar lugar a una ciencia, cf. además las finas (¡pero atinadas!) diferenciaciones que presenta Ost (1992).

[17] Cuando arriba me refiero a «nuestros sutiles iusmetodólogos», por supuesto que no estoy pensando en exámenes como, por ejemplo, el de Poirier o el de Ost: *supra* notas 8 y 16 *in fine*. Véase también *infra* a la altura de la nota 31.

[18] Cf., por ejemplo, el excelente estudio de Mulkay (1979) sobre la moderna Sociología del Conocimiento Científico.

cognoscitivos que constituyen su armazón teorética básica, qué *aspectos* de su objeto de estudio son los que toma en cuenta y de qué *manera* los enfocará. Es común encontrarse, así, con que distintas ciencias tratan de los mismos objetos naturales, sólo que cada una dice cosas distintas acerca de ellos[19]. El hecho de que una no tematice ciertas cosas que se examinan en otras, no significa, por supuesto, que aquella sea defectuosa, sino que tales diferencias pueden responder simplemente a la conveniencia de efectuar divisiones en el trabajo científico. Claro está, no se puede hablar de todo a la vez. Cada ciencia elige lo que tomará como relevante, según qué sea lo que ella se propone estudiar *específicamente.* Y de ahí resulta que, por fuerza, ella decide asimismo qué aspectos *no* va a estudiar; vale decir, lo que para esa ciencia será irrelevante de los objetos en cuestión, por más que esto pueda pertenecer también o estar muy vinculado a dichos objetos en la realidad. Se podría pensar, en consecuencia, que una crítica al discurso jurídico basada en que él «cierra los ojos» a tales o cuales cosas puestas de manifiesto en otras ciencias, es injustificada. Se dirá que todas éstas hacen algo por el estilo, pues cada una *recorta* de algún modo su propio objeto de estudio. Cada una habla sólo de algunas, no de todas las cosas que tienen que ver con él. Recurriendo al estribillo de Luhmann, puede decirse que cada ciencia social opera con su *propia* «reducción (sistémica) de complejidad» de aquello que se presenta en la sociedad.

Ahora bien, mis observaciones no apuntan al simple hecho de que el discurso jurídico proceda a «recortar» o «reducir complejidad». Eso, naturalmente, es inevitable que de alguna manera se haga. Mi crítica es mucho más específica: objeta *qué* es (conocimientos claves) lo que en él se recorta y *cómo* (retórica) se hace ahí tal cosa. En este «qué» y en éste «cómo» reside la diferencia decisiva entre el razonamiento jurídico y las ciencias en general. En la generalidad de las ciencias, su respectivo programa teorético de límites (recortes) para la investigación no tiene orientaciones ni efectos de carácter esencialmente retórico. Él no impide que sea tratado con la precisión y profundidad *posibles* lo que queda dentro de la esfera de estudio así delimitada. Por eso, si es necesario recurrir incluso a conocimientos de «afuera» para entender mejor lo de «adentro», ellas no se privan de hacerlo, ni los conocimientos de «adentro» estarán en desarmonía con los de «afuera»; allí los primeros son coordinables con los segundos, en planos

[19] «Un mismo objeto de experiencia puede ser considerado desde infinitos puntos de vista, y desde cada uno de estos puntos de vista puede convertirse en tema de una ciencia distinta» (Moreno 1963: 34). Cf. esp. los caps. IV y V de la valiosísima monografía de Moreno.

teorético-sistemáticos. En el discurso jurídico, por el contrario, sus recortes hacen que aquello de que ahí se trata, la problemática encarada *dentro* de él, eso mismo alcance mucha *menor* precisión y profundidad que si también se recurriera, para resolver estos problemas, a unos conocimientos que son pan de todos los días en otras disciplinas: por ejemplo, a ciertas elementales nociones sobre «trampas» del lenguaje, para así poder detectar y evitar que un discurso resulte mucho más de tipo retórico que dirigido a captar en profundidad los problemas y a descubrir verdades. (La tan cacareada «interdisciplinariedad», entre juristas no ha pasado de ser, si acaso, una palabra de moda, usada para lustrar la fachada de cursos donde al fin de cuentas la dogmática jurídica sigue reinando tan campante por sus senderos acostumbrados[20]).

En definitiva, siempre topamos con la misma diferencia esencial. Mientras que las limitaciones formales y en general las exclusiones en otras ciencias permiten organizar a estas metódicamente para conocer *más* de las cuestiones estudiadas, con el discurso jurídico sucede casi al revés. En él, sus limitaciones formales, y en general sus precomprensiones, tanto las vulgares como las «técnicas», llevan a que se conozca mucho MENOS sobre los asuntos tratados que si el telón de su dogmática no impidiera el acceso a otros conocimientos[21]. Cuando decimos, pues, que el discurso común del derecho, a diferencia de otras disciplinas, prescinde de conocimientos relevantes, tal «relevancia» la medimos, no en función de los propios intereses de conocimiento de esas otras ciencias, sino por los del discurso jurídico *mismo* -supuesto que este quisiera alcanzar una mayor conciencia sobre sí mismo y conocer mejor los problemas reales que él trata, aparentemente,

---

[20] Véase, por ejemplo, el singular provecho científico que resultaría de tener en cuenta simplemente algunas elementales características de los lenguajes naturales a la hora de utilizar el lenguaje jurídico, tal y como se explica, con encomiable sencillez, en el librito de Carrió (1965). El uso mucho menos retórico de dicho lenguaje, que se seguiría de tener eso en cuenta, llevaría a superar la habitual brecha, la mutua incomprensión entre el tratamiento de cuestiones sociales en el discurso jurídico y las maneras en que éstas son examinadas por los sociólogos, los economistas, los psicólogos, etc.; permitiría, pues, *ampliar* considerablemente la«visión» que de los problemas suelen tener los juristas. Sin embargo, lo cierto es que tal posibilidad, habida cuenta de quiénes son los protagonistas *reales* de aquel discurso y las funciones que *de hecho* está llamado a cumplir el derecho, se revela como una perspectiva que, en la práctica, resulta más bien fantasiosa: *infra* IV. [En cuanto a lo de la «interdisciplinariedad», obsérvese, por ejemplo, la parte dominante, en cantidad y en énfasis, del llamado «Curso interdisciplinario *(sic)*en derechos humanos», organizado anualmente por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos: la dogmática juridicista se mantiene allí incólume, sólo que adornada lateralmente por algunas (pocas) conferencias en donde, precisamente, *no* se habla de ella.]

[21] Cf. Opp. 1973. Véase también la nota anterior.

de resolver-. Esos *otros* conocimientos servirían para aclarar dudas, disolver planteamientos falaciosos, alcanzar de modo más eficiente unos objetivos sociales o por lo menos dejar más en claro su problemática real, etc., en asuntos de que pretende ocuparse el derecho positivo. Una vez más, la diferencia está, básicamente, en lo que Kirchmann percibió: que el derecho no es ciencia; o bien, si se quiere, que es «ciencia», sí, pero en un sentido muy distinto del que esta palabra tiene cuando es usada para calificar a otras disciplinas[22]. El razonamiento jurídico, al contrario de éstas, no recorta su objeto para *conocerlo* mejor, sino que obra, sea o no intencionalmente, para *impedir* que intervenga tal conocimiento, o cuando menos para disimularlo, neutralizarlo.

Pero la objeción -a Kirchmann y a nosotros mismos- que estamos examinando puede aparecer también planteada en forma un poco distinta, encarada desde un ángulo más específico. En efecto, podría sostenerse que proponer un paralelo del derecho con ciencias que simplemente buscan *conocer,* es efectuar una comparación descaminada, pues aquél, a diferencia de ellas, constituye un discurso que ante todo es de carácter *normativo*. Sus fines no son principalmente teoréticos sino práctico-sociales, ordenación de conductas[23]: una programación de éstas, indicaciones capaces de ejercer influencia efectiva sobre la práctica de dichas conductas. Puede que esta ciencia sea poco satisfactoria en el plano teorético cuando se la juzga de acuerdo con paradigmas cognoscitivos de otras ciencias; pero eso no es un argumento razonable contra ella, podría argüirse, ya que su *propio* paradigma es de otra clase, persigue *otras* finalidades. No es pertinente, se dirá, juzgarla sino en función de estas mismas. Con *tales* fines sí, se aduce, está en perfecta armonía dicho paradigma, los cumple a cabalidad. Por eso resulta innecesario, y hasta podría ser perjudicial, interferir con él mediante la apelación a unos conocimientos que allí carecerían de verdadera pertinencia. Son irrelevantes para *esta* disciplina.

Tal objeción tiene mucho que ver con la Tesis C, que será considerada más abajo. Aquí discuto únicamente lo del alcance teorético de una ciencia jurídica concebida así. Por cierto que al propio Kirchmann no le faltó la claridad necesaria como para advertirnos, al comienzo mismo de su examen, que corresponde distinguir entre dos cosas: la cuestión de la *verdad* (teoría) científica y el aquilatar qué *influencias* (eficacia o ineficacia, utilidad, etc.) sobre la realidad pueda tener la ciencia en cuestión. Aunque ambas cosas guardan relaciones, ya que la segunda también puede -¡o no!- depender de la primera, eso no

---

[22] Cf. los sitios indicados *supra* en la nota 16.

[23] Recuérdese lo señalado por Atienza, en cuanto a que el derecho no es «ciencia», sino «técnica»: *supra* a la altura de la nota 10.

quita que se aprecian en función de parámetros muy distintos: respectivamente, criterios de la verdad y razones de eficacia. Nosotros, hasta ahora, lo que hemos estado cuestionando del pensamiento jurídico es lo primero, nada más. En las otras ciencias, por lo menos en aquellas de que se ocupan los más renombrados epistemólogos del discurso científico en general, ese objetivo, la búsqueda de unas verdades, se contempla como esencial, sea o no que a un investigador le preocupen además las eventuales aplicaciones prácticas (tecnología). La persecución, sin concesiones, del valor verdad, el esfuerzo por aproximarse a él en la mayor medida posible[24], es una condición indispensable para hacer ciencia a los ojos de toda -¿menos la del derecho?- comunidad científica. Por tanto, si fuera cierto que para la ciencia del derecho eso no importa, o que importa sólo en grado muy secundario y se puede legítimamente dejarlo de lado para alcanzar otros objetivos, entonces resultaría cierto lo que hemos venido sosteniendo: que, aunque se acepte llamarle «ciencia» al discurso jurídico, esa palabra se utiliza ahí en un sentido muy distinto del que como categoría conceptual general tiene cuando tal rótulo es usado para calificar a las demás disciplinas conocidas como científicas. Si se entiende que él o los paradigmas fundamentales del derecho no responden, ni tienen por qué responder, antes que nada[25] a la obtención de verdades, eso significaría justamente que el derecho *no* es ciencia, de acuerdo con el sentido normal de este término. ¡Ni más ni menos que lo subrayado por Kirchmann!

No creo que a Kirchmann le interesara embarcarse en una querella de palabras, disputar sobre preferencias en el uso del membrete «ciencia». Al fin de cuentas, éste constituye una opción lingüística no menos convencional que cualquier otro término. Lo que Kirchmann quiso destacar es que, comparando con los parámetros de conocimiento a que se someten las (así llamadas) *ciencias* en general, los juristas hacen lo contrario, o poco menos, que los profesionales de ellas. Y en cuanto a eso, indudablemente acertó, sean cuales fueren las preferencias

---

[24] Si bien esa «persecución» puede llegar a alcanzar, en la ciencia respectiva, buen grado de éxito, tampoco cabe descartar la eventualidad de un relativo fracaso en tal empresa, según cuáles sean las esferas investigadas o los casos. El carácter de *científico* que un discurso pueda tener no garantiza de por sí que él vaya a lograr plenamente su objetivo; de lo que allí se trata, eso sí, es de que sea un esfuerzo que, en cuanto actividad teorética, logre que dicho discurso haga efectivamente todo lo *posible* por alcanzar el *mayor* conocimiento para resolver el problema encarado.

[25] Decir «antes que nada» no es lo mismo que decir «únicamente», sólo se trata de resaltar una *prioridad* fundamental. Prioridad que, por lo demás, ni siquiera es necesario afirmar que sea absolutamente general en el orden axiológico, pues también se puede preferir a otros valores al de la verdad (en tales o cuales respectos); esa prioridad es una de carácter *lógico* en el plano del *conocimiento,* y en especial si éste pretende ser de tipo «científico» justamente.

que cada quien tenga en cuanto a empleos del vocablo «ciencia», y ya sea que uno se incline a aceptar contenidos más amplios -ciencias «blandas»- o más estrechos -ciencias «duras»- para dicha palabra[26].

Esa diferencia fundamental, entre el discurso de los juristas y las inseguridades de las ciencias en general, no se puede obviar mediante ningún pase de manga con la denominación «ciencia»[27]. Menos que menos, si uno pretende basarse en Wittgenstein o Kuhn. Recurriendo a expresiones de Wittgenstein, la idea central de Kirchmann podría reformularse así: los «juegos de lenguaje» de la «región» llamada *derecho* tienen demasiado poco en común con la gran «familia» de todos aquellos otros «juegos» para los que suele usarse el nombre genérico de *ciencia*[28]. O bien, esta vez en términos de Kuhn, eso podría analizarse también así: los «paradigmas» de la ciencia «normal» del derecho no sólo son muy distintos a los de las demás ciencias (normales), sino que hasta resulta que aquellos son, en buena medida, *contrarios* o incompatibles con algunos cánones que suelen reconocerse como básicos para todas éstas: señaladamente, con ciertas pautas esenciales de la transparencia (honestidad) discursiva y el objetivo de buscar la verdad a toda costa.

Empero, según Alexy, la «pretensión de corrección (verdad)» es coesencial también al discurso jurídico (1989: 212, 313, 317 s. y passim). Téngase en cuenta especialmente lo que ese autor dice sobre unas «reglas de transición» (págs. 200 ss., 275 ss., y cf. la regla 2.1 en la pág. 286) al saber teorético empírico, que tienen validez también para los efectos de la argumentación jurídica. Si bien ellas se encuentran allí integradas en el seno de una argumentación compleja que maneja asimismo muchas otras reglas, éstas deben entenderse -según él- como complementarias *y no* como contradictorias respecto a dicho saber, pues el discurso práctico se ve en la necesidad de resolver aspectos para los cuales tal saber puede no ser suficiente. Ahora bien, es concebible que reglas como las sacadas a luz por Alexy (cf. su resumen en las págs. 283 ss.) puedan ser reconocidas como patrones *ideales* de la propia argumentación por parte de los juristas, y hasta es probable que unas u otras guíen en su caso, por lo menos implícitamente,

---

[26] Cf. los sitios indicados *supra* en la nota 16.

[27] Como dice Atienza, «la cuestión de 'la cientificidad de la jurisprudencia' es... una cuestión... que tiene una explicación puramente ideológica. La auténtica raíz del problema es la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que desarrollan, carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo 'científico'. Nos encontramos, pues, con un nuevo caso de definición 'persuasiva'...» (1985: 281).

[28] Sin embargo, hay ciertos «parecidos de familia» entre el derecho y otras ciencias: *infra* IV.

tales o cuales de sus razonamientos profesionales comunes. Sin embargo, lo que Alexy no consigue demostrar, ni creo que trate de hacerlo, es que en la *realidad* sea a *ese* conjunto de reglas que los juristas recurren por lo habitual, aunque fuere en forma implícita, para *decidir* las cuestiones dudosas, esto es, los asuntos que ellos no resuelven simplemente plegándose a determinada tradición jurisprudencial o los que *prima facie* (letra «clara» de la ley, etc.) no muestran dificultades. Por el contrario, con respecto a cuestiones sobre las que *en realidad* discuten los juristas, más bien parece que unos criterios científicos como aquellos a que remiten las «reglas de transición» no suelen ser verdaderamente tenidos en cuenta para el discurso jurídico profesional[29].

Si bien se mira, por todo lo dicho, un análisis *correctamente* inspirado en Wittgenstein y Kuhn no puede conducir, en esencia, a desautorizar la conclusión central de Kirchmann. Antes bien lleva a reforzarla, esto es, tanto a ratificarla como además a profundizarla con elementos de juicio complementarios. Cosa muy distinta, por cierto, de lo que proclaman esos iusmetodólogos que, cerrando los ojos a tanta evidencia acumulada acerca del carácter esencialmente retórico y simplista de buena parte del discurso jurídico, ahora nos quieren convencer de que se debe echar en un mismo saco las inseguridades -de origen retórico- que abundan en este y aquellas otras inseguridad -*¡no* retóricas!- que, en forma mucho más excepcional y por motivos de índole muy diferente, llegan a presentarse también en otras disciplinas científicas.

El gran mérito de Kirchmann reside en que nos llama la atención precisamente sobre aquello que consigue disimular más de un pedante análisis en la Teoría del Derecho contemporánea. Después de todo, es la sofisticada engañosidad de los temas y enfoques que predominan en las revistas y congresos de metodología jurídica lo que hace especialmente provechoso volver a leer estudios como el de Kirchmann u otros clásicos[30]. La colorida prosa de Kirchmann no vacila en llamar las cosas por su nombre. Y, desde luego, ahí no se pierde el tiempo en desmenuzar la escolástica de alguna «posición original» u otros delirios constructivistas, ni en jugar a las letritas (lógico-deónticas u otras), ni en discutir interminablemente sobre las innumerables definiciones

[29] Cf. los estudios indicados *supra* en las notas 9 y 14.

[30] Mayor provecho, por cierto, que de casi todo lo escrito en años recientes, se extraerá de releer a autores como: Jhering (*Bromas y veras en la Jurisprudencia,* 1860 a 1884), Frank (*Law and the Modern Mind,* 1930), Radbruch (*Filosofía del Derecho,* 1932), Kelsen *(Teoría pura del derecho*, 2.ª ed. 1960, cf. esp. el cap. VIII), Perelman (en su primera etapa, no conformista: *De la justicia,* 1945), Ross (*Sobre el derecho y la justicia,* 1958), etc. Para un estupendo panorama de cuestiones y puntos de vista que hoy no suelen aparecer planteados con esa llaneza, véase Batiffol 1979.

(y aplicaciones) convencionales que son capaces de soportar unas palabras como «racionalidad» o «razonable», etc. No vendría mal tomar nota de cómo Kirchmann, a diferencia de la actual Teoría del Derecho, no se distrae en discutir sutilezas que sólo conducen a desviar la vista de lo principal, o están ahí para complicar inútilmente la exposición.

No digo que toda «sutileza» sea, por fuerza, desechable. Por el contrario, pienso que mucha razón tenía Max Weber en subrayar que «nada es demasiado 'pedante' si sirve para evitar confusiones»[31]. Por ejemplo, me parecen iluminadoras, todavía hoy, la mayor parte de las «sutilezas», si así puede llamárseles, de un pensador como Kelsen... ¡pero no las pulcras aclaraciones secundarias con que se han complacido en desmenuzarlas muchos de sus comentadores, preocupados por *couper les cheveux en quatre*! Todo depende, en efecto, de saber *qué* confusiones son las que se consigue aclarar mediante las «sutilezas» en cuestión. Importa que se trate de unas confusiones que NO sean obvias, o disipables mediante razonamientos más sencillos. Y sobre todo, siempre habría que empezar por ver si tales confusiones tienen verdadera *relevancia* para entender el papel que *en la práctica* juega el discurso que se basa en ellas; en nuestro caso, el del derecho. Por mi parte, pienso que la mayoría de las sutilezas en que se complacen los actuales iusmetodólogos van más bien en otra dirección. NO son de las que ayudan a hacer ver las *deficiencias* fundamentales en que por lo habitual incurren los razonamientos de los juristas. Precisamente aquellas que hace resaltar, aunque en forma un tanto gruesa, la conferencia de Kirchmann. Ese opúsculo, tan «superado», hoy más que nunca debería servir como ejemplo, por su inusual franqueza en cuanto al fondo y hasta por el estilo literario, a quienes escribimos en las aburridas revistas especializadas de la materia.

* * *

Tesis C: utilidad del discurso jurídico corriente. -También contra tal tesis se pronuncia Kirchmann, pero pienso que en eso no le asiste tan claramente razón. Sin embargo, no es que a este respecto se equivoque, digamos, de medio a medio, sino que, para proceder a una discusión ajustada sobre el asunto, sería indispensable introducir una serie de distinciones que Kirchmann no efectuó. Sus afirmaciones son rescatables, por lo menos hasta cierto punto, pero sólo si se las hace objeto de matizaciones que él no llegó a contemplar.

Ante todo, importa recordar que *utilidad* no es algo que una cosa posea simplemente en sí por sí misma, sino que eso se juzga de muy

[31] Weber 1973: 240.

distintas maneras según la o las finalidades tenidas en cuenta. La misma conducta o el mismo artefacto que son útiles para lograr A, pueden no serlo para lograr B, y hasta resultar perjudiciales con vistas a esto último. Pues bien, ¿en qué fines pensaba Kirchmann al decir que el derecho positivo y en general los juristas profesionales no sirven, que antes bien constituyen un obstáculo para el logro de tales fines? Lo que él tuvo en vista como objetivo, si no me equivoco, es sobre todo la adecuación a eso que llamó «derecho natural», el sentimiento jurídico del pueblo. Para no extenderme, prescindiré de discutir si lo que dicta este sentimiento merece verdaderamente, en todos los casos o cuando menos en la mayoría de ellos, ser aceptado como la *mejor* -un juicio de valor- solución en materia social[32]. Mas no podemos obviar, sea como sea, la pregunta acerca de si ese sentimiento es lo bastante claro, detallado y tan netamente intersubjetivo como para que a la luz de él puedan, si así deseara hacerse, ser resueltas cómodamente las controversias de que se ocupa el derecho.

Aun prescindiendo de la discusión histórica sobre si semejante sentimiento existió alguna vez de tal manera, parece indudable que civilizaciones como las actuales difícilmente podrían funcionar sin un aparato especializado de justicia, el cual a su vez siga la normativa que establecen unos órganos no menos especializados (Parlamento, Administración, etc.). Pero aunque esa comprobación quita vigencia a dicha crítica de Kirchmann, porque no es viable el retorno: a un «derecho natural» simplemente, empero no la hace inatendible sin más. Merece ser escuchada todavía, *cum grano salis*. Si bien se mira, dicha crítica anticipa en lo básico aquello que más tarde vino a señalar Jhering, para luego ser apuntado igualmente y ampliado por muchos otros autores, en cuanto a lo artificiosos que son los razonamientos de la llamada jurisprudencia «conceptualista»: la *Begriffsjurisprudenz y* en general la dogmática jurídica.

Siempre se vuelve a subrayar, en tales críticas, que esos razonamientos, por la forma inútilmente rebuscada de sus planteamientos, y además por lo poco plausible de las soluciones en que a menudo desembocan, se apartan ostensiblemente de aquello que, según se entiende, son los verdaderos fines del derecho: impulsar la solución más «justa», o cuando menos alguna que resulte *intuitivamente* adecuada, para los conflictos sometidos a la jurisprudencia. Y parece indudable que, en efecto, eso es así; si no siempre, en buen número de

[32] Que una respuesta afirmativa a esta pregunta no es nada evidente se demuestra recordando, por ejemplo, lo que fue la experiencia en cuanto al «sano sentimiento del pueblo» bajo el Tercer Reich en Alemania, pero también con numerosos ejemplos de la «opinión pública» en muchos otros países.

casos da fuertemente tal impresión[33]. Quiere decir que a Kirchmann no le faltaba, después de todo, algo de razón al señalar que el discurso jurídico profesional resulta más bien un obstáculo para la realización de unos objetivos sociales muy valiosos[34], contrariamente a lo que afirma la Tesis C. Empero, no me propongo reexaminar aquí esta cuestión, pues para los propósitos del presente comentario alcanza con dejar formuladas dos precisiones.

Primera precisión. -Lo de la «utilidad», o la falta de ella, ya dijimos que depende de cuáles sean precisamente los fines sociales tomados en consideración. Lo más probable es que el derecho sea útil para apoyar la realización de algunas cosas y defender ciertos intereses, pero poco útil o hasta perjudicial para otras u otros, resultará útil en unos casos concretos y no en otros, etcétera. Para proceder a un examen en serio de la Tesis C, la cual implica necesariamente una afirmación sobre tales o cuales relaciones empíricas de medios a fines, habría que empezar por efectuar no pocas distinciones: entre los fines, entre los medios, entre colectividades, entre casos, etc. Claro que Kirchmann no las efectuó... ¿pero las hacen, por su lado, quienes sostienen otra cosa, los apologetas del discurso jurídico profesional? Sea como sea, así como me parece difícil defender que Kirchmann tenga toda la razón a este respecto, no menos difícil, creo, sería probar que él estaba completamente equivocado en eso. Yo diría que ahí Kirchmann y la Tesis C se quedan algo así como empatados: en cada uno de los dos bandos falta una formulación más discriminada de las respectivas tesis, ya que ambas pueden ser parcialmente ciertas y parcialmente erróneas, esto es, dependiendo de cuáles sean *específicamente* los fines y los medios contemplados.

Segunda precisión. -Por lo demás, al fin de cuentas nada de eso es verdaderamente decisivo para juzgar si el derecho es o no es «ciencia». Pues podría tratarse de una ciencia, sí, aun cuando *no* resultara eficaz para lograr estas o aquellas realizaciones sociales. Así como también cabe, paralelamente, la posibilidad de que *no* sea ciencia a pesar de ser eficaz para inducir a que ellas se lleven a cabo, ya que no

---

[33] El propio Atienza, a pesar de entender que «la dogmática jurídica, considerada globalmente, cumple una función útil», agrega de inmediato que tal reconocimiento «no impide negar que una buena cantidad de las discusiones que se desarrollan en su seno sean en gran medida estériles, y muchas veces la esterilidad suele ir unida al olvido, por parte de los dogmáticos, del carácter técnico de su actividad» (Atienza 1985: 282).

[34] Ese es el tipo de crítica que los marxistas solían efectuar respecto al ordenamiento jurídico de los países capitalistas, al calificarlo de derecho «burgués». Otro ejemplo: es también, aunque sea menos neto desde el punto de vista de la fundamentación teórica, la clase de enfoque que adoptó Eduardo Novoa Monreal en su popular libro *El derecho como obstáculo al cambio social* (1.ª ed. 1975).

todo medio exitoso es, por la sola virtud de sus resultados prácticos, un procedimiento de tipo *científico*. Eficaz y todo, el derecho, podría muy estar en lo cierto Kirchmann al señalar que ese discurso no dice verdad. Más aún, hasta podría ser que esa misma falsedad (retórica) fuera justamente lo que al discurso jurídico le brinda tal eficacia. Como es sabido, en su conducta político-social la gente se guía mucho más, en general, por unos discursos efectistas o simplemente amenazantes, que por razones de índole científica. Significa que, incluso si hacemos abstracción de lo apuntado en la primera precisión, y hasta suponiendo comprobada la Tesis C, nada de esto anularía las objeciones apuntadas respecto a las Tesis A y B. Por tanto, sea como sea, la Tesis C no puede servir para descartar que Kirchmann tenga razón respecto a que, en cuanto a los contenidos *teoréticos,* el derecho no es ciencia; o a que, en todo caso, se trata de una «ciencia» peculiarmente defectuosa en *tal* plano[35]. En el mejor de los casos, pues, sólo podría llamársele «ciencia» si esta palabra se toma en algún sentido muy amplio[36].

III

1. No obstante todo lo señalado, corresponde reconocer que, aun limitándonos a considerar la ciencia del derecho en su contenido teorético solamente, el juicio negativo que sobre ella pronuncia Kirchmann es demasiado global, resulta exagerado por su indiscriminación. Así, por ejemplo, se ha hecho notar que al hablar de «ciencia jurídica» o «jurisprudencia» *(Jurisprudenz als Wissenschaft),* él y quienes opinan en forma similar, bajo esa denominación «entienden un poco de todo: jurisdicción, legislación, exégesis y comentario» (Perticone)[37]. Pero estos cuatro niveles no son la misma cosa. Y hasta

[35] Quiere decir que de las dos cosas entre las cuales Kirchmann supo distinguir, verdad y eficacia (cf. *supra* al comienzo del párrafo que trae la nota 24), de todas maneras la Tesis C no afectaría a la primera de ellas, que es el motivo central de mi comentario: la discusión acerca del valor científico-*teorético* de la «ciencia» jurídica. Ese valor que, precisamente, más de un iusmetodólogo actual pretende reivindicar.

[36] Cf. los sitios indicados *supra* en la nota 16.

[37] Perticone, 1964: 341-342. Asimismo, años antes (1832) de la conferencia de Kirchmann, ya el fundador de la escuela analítica inglesa para la *Jurisprudence,* John Austin, no había dejado de advertir que «la misma palabra jurisprudencia no está tampoco libre de ambigüedades y ha sido utilizada para designar lo siguiente: el conocimiento del derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito practico o la destreza al aplicarlo. La ciencia de la legislación, es decir, la ciencia de lo que se debe hacer para producir buenas leyes junto con el arte de hacerlas. Así como el conocimiento de lo que debe ser presupone el conocimiento de lo que es, así también la ciencia de la legislación presupone la jurisprudencia» (cit. en Calsamiglia, 1986: 130). Por lo demás, los cometidos de la «jurisprudencia» pueden concebirse incluso

en el interior de cada uno de ellos cabe efectuar distinciones que, ciertamente, tienen su importancia para dar cuenta adecuada acerca de los discursos que pronuncian los juristas. Hoy existen, por lo demás, muchas otras Ciencias del Derecho, en las que seguramente no pensó Kirchmann: Historia del Derecho, Derecho Comparado, Teoría (General) del Derecho, Antropología Jurídica, Psicología Jurídica, Análisis Económico del Derecho, Sociología Jurídica, Informática Jurídica, etc. (cf. Atienza, 1985: cap. 5).

Quedémonos, para nuestros efectos, con la dogmática jurídica como prototipo de ciencia del derecho, pues ella corresponde bien al tipo de discurso que Kirchmann tuvo esencialmente en cuenta. Dicha dogmática abarca la exégesis y el comentario, interviene como fundamento de las sentencias en la jurisdicción y hasta puede ejercer influencia en la legislación. Por tanto, se halla presente, de una u otra manera, en todo aquello a que Kirchmann se refería al hablar de *Jurisprudenz*. Ahora bien, inclusive sin desconocer el carácter retórico o simplemente impreciso, disimulante de la realidad, que afecta a buena parte del discurso jurídico, elaborado con base en esa dogmática o afín con ella, esto no debería impedirnos advertir asimismo que hay importantes segmentos o aspectos de él que no son subsumibles sin más en dicha función anticientífica. Aspectos que intervienen también, junto con esta función y a veces en lugar de ella, en el pensamiento de los juristas. Nuestra conclusión va a ser más matizada que la de Kirchmann: vista en su conjunto, la «ciencia» (dogmática) jurídica es retórica (=no-ciencia), por cierto, pero también contiene más que eso. Ella no es solamente retórica.

Por lo pronto, a diferencia de, por ejemplo, la retórica de la propaganda para vender productos comerciales o la de los partidos políticos, la de los juristas es más sutil y puede ser mucho más sofisticada. De ahí que haya, en efecto, por lo menos una *apariencia* teorética en el discurso jurídico, algo que a este le confiere un «aire de familia» (Wittgenstein) en relación con las ciencias en general.

Distintos autores han hecho notar, con razón, que la dogmática jurídica hace dos cosas distintas, aunque interrelacionadas -si bien los juristas, por motivos de persuasividad (retórica), se empeñan en no distinguir la una de la otra-. La doctrina del derecho describe verdaderamente ciertos datos, que son tales o cuales contenidos de determinado

---

de manera todavía mucho más amplia y variada, como lo hace Wolf: «La tarea de la ciencia del derecho se extiende más allá del mero conocimiento de las leyes y de la teoría de la aplicación del derecho. Su objeto no es sólo el derecho legislado, sino el conjunto del ordenamiento de la sociedad y del tráfico nacional e internacional» (Wolf, 1962: 51); cf. todo el apartado (III) que comienza con esta cita y también la segunda de las dos del mismo autor recogidas *infra* en la nota 42.

Derecho positivo o de un conjunto de tales ordenamientos. Pero, junto a esto, además esa doctrina incorpora por su propia parte unos criterios de política jurídica, sus interpretaciones que le permiten solucionar aspectos que no aparecen resueltos intersubjetivamente de antemano por lo que dice la letra de los textos oficiales del Derecho considerado. No obstante, los juristas presentan esa doble tarea -reconocimiento/interpretación- como si también lo segundo estuviera desde ya contenido de modo indudable, *pre*establecido, en el material de que se compone lo primero. Estas dos dimensiones de la doctrina jurídica tradicional pueden ser calificadas, respectivamente, como el cumplimiento de una función *descriptiva* y una función *prescriptiva*, mediante tales discursos[38].

Si bien ambas funciones son en realidad inescindibles, tanto en la presentación doctrinaria corriente como en la práctica de dichos discursos, es oportuno, cuando se los examina en forma crítica, hacer la distinción, sobre todo con vistas a evaluar el nivel teorético-científico de ese tipo de razonamientos. Claro está, Kirchmann no pensó en esta diferencia, pero vale la pena que nosotros lo hagamos. Porque no se puede descartar *a priori* que cuando menos la función descriptiva contenga también unos conocimientos propiamente dichos, supuesto que resulte posible discernirlos de los elementos retóricos con que se los suele presentar entrelazados.

Y podría concebirse que hasta la función prescriptiva, ella misma, llegara a ser ejercida de acuerdo con un discurso científico adecuado, esto es, propiamente teorético y no retórico, de manera análoga a como otras ciencias (puras) dan lugar a distintas aplicaciones prácticas que se derivan -técnicas o tecnologías- de aquellas mismas. Es así, por ejemplo, como Max Weber y otros conciben la discusión y la aplicación *científica* de juicios de valor, la llamada «razón instrumental»[39]. Sin embargo, para que la función prescriptiva de la dogmática jurídica llegara a ejercerse de ese modo, esta tendría que

---

[38] Cf. Calsamiglia, 1986: págs. 130-136. Por su parte, Atienza (1985) dice que la dogmática jurídica «cumple las tres siguientes funciones: *a)* suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes; *b)* suministrar criterios para el cambio del Derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar; *c)* elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos» (pág. 276); con base en lo cual concluye, dicho autor, que «la jurisprudencia es un saber normativo, valorativo y práctico» (págs. 277-278). Se podría entender, me parece, que los puntos a) y b) son funciones de tipo *prescriptivo,* pero que el punto c) le proporciona al pensamiento jurídico unas categorías de orientación más bien *descriptiva* (aunque, desde luego, este punto va también muy unido a las dos funciones anteriores).

[39] En cuanto a esta posibilidad en relación con, por ejemplo, el discurso jurídico de los derechos humanos, cf.: Haba, 1977b (II.3), Haba, 1983 (§§ 9 y 11), Haba, 1986 (§ 9: esp. III).

empezar precisamente por no encarar tal función de la manera que suele hacerlo. Debería reemplazar su retórica por un discurso práctico que fuera verdaderamente *teorético* incluso en la manera de llevar a cabo la *discusión* entre alternativas para las situaciones prácticas controvertidas. Mas es notorio que esto no se da en el razonamiento típico de los juristas. Allí las discusiones corrientes, tanto en los tribunales como hasta en el plano mismo de los tratadistas, no hacen por acercarse, ni remotamente, al nivel teorético que podrían alcanzar si encararan esas cuestiones con la ayuda de otros conocimientos científicos disponibles (interdisciplinariedad).

* * *

2. Pues bien, teniendo en cuenta la doble función señalada, cabe preguntarse si la dogmática no contiene, a pesar de todo, algunos *conocimientos* de orden descriptivo. Y la verdad es que una respuesta afirmativa en tal sentido no carece de cierta plausibilidad. En primer término porque, volviendo a la cuestión terminológica[40], difícilmente puede negarse, aun cuando Kirchmann parece inclinado a hacerlo, que la palabra «ciencia» comprende entre sus usos normales el de ser aplicada también al discurso jurídico profesional, al menos por parte de sus propios locutores. Pero sobre todo, y más allá de la circunstancia, simplemente convencional, de que existe ese uso lingüístico, ya advertí que dicho discurso ofrece ciertos «parecidos de familia» con los discursos científicos de otras disciplinas, hasta con el de aquellas que el propio Kirchmann tomó como modelo paradigmático de lo que es ciencia.

Cada uno de esos discursos ostenta la característica de pertenecer a un respectivo universo discursivo teorético-sistemático, que es la disciplina en cuestión. La pertenencia a dicho universo se hace patente, desde ya, por la circunstancia de que sus locutores emplean un lenguaje especializado propio. Si bien no todas, y por lo general ni siquiera la mayoría, de las palabras que utilizan son ajenas al lenguaje común, empero ellos agregan una serie de términos que no se encuentran en éste: las expresiones *técnicas* de la materia. Estos términos, sean o no homónimos con palabras del lenguaje común, representan conceptos fundamentales de la disciplina considerada, son piezas claves del sistema teorético en que ella consiste; sistema que constituye el principal objeto de conocimiento del aprendizaje impartido en los cursos universitarios y en general de la literatura especializada que utilizan

[40] Sin perjuicio de subrayar, una vez más, que esta cuestión no la considero como importante en sí misma. Pero en el modo de contestarla puede revestir,, de todas maneras, un interés de dato sintomático respecto a diferencias de orientación que son de fondo.

los profesionales de esa disciplina. Aprender una ciencia es aprender los «juegos» característicos de cierta «región» del lenguaje, la constituida por determinado discurso teorético especializado. Es aprender a actuar en función de ellos precisamente. Consiste en llegar a saber cómo usar esos «juegos» para entenderse en el seno de la comunidad científica respectiva y para aplicarlos a resolver ciertas clases de cuestiones (sean éstas de la realidad empírica, hipotéticas o lógico-formales). Dicho recurso sirve, ante todo, para seleccionar esas cuestiones, pero asimismo para ordenar los conocimientos científicos disponibles acerca de ellas y, en consecuencia, también para localizarlos en relación con un problema dado y para aplicarlos de la manera en que esa ciencia lo establece[41].

Dichas características las presenta, en todo caso a primera vista, igualmente el discurso jurídico. En tal sentido, no cabría negar que él es «ciencia». Por eso puede no carecer de cierta justificación un comentario como, por ejemplo, el siguiente: «La *construcción* jurídica presenta el mismo carácter metodológico que la construcción matemática, técnica, gramatical o histórica: su finalidad es la reestructuración de toda una institución jurídica partiendo de sus partes previamente aisladas por el pensamiento; es decir, la síntesis realizada sobre los resultados del análisis previo. (...) Finalmente, la *sistemática* jurídica es a partes más extensas del orden jurídico o al conjunto de él lo que la construcción es a una institución jurídica suelta, a saber: el desarrollo de las normas concretas de todo el orden jurídico o de una de sus partes, a base de una única idea» (Radbruch)[42].

---

[41] «Pues el método de la Ciencia es una *guía* de la investigación y una *prueba* de sus resultados. Pero no termina allí su función. Porque la Ciencia no es una acumulación desordenada de verdades, sino un *sistema* de ellas: un orden de verdades lógicamente relacionadas, ordenadas según principios. Y es el método el que ha de suministrar los criterios para esta ordenación» (Moreno 1963: 19).

[42] Radbruch 1951: 10-11. Una idea similar se encuentra expresada también en un pasaje como el que sigue. «Como la ciencia del derecho vigente o positivo, la jurisprudencia» se ocupa, entre otras cosas, de cumplir la siguiente «tarea: Primeramente responde a la pregunta: ¿Qué encontramos en las instituciones y las fuentes del derecho? ¿Qué contenido tienen las proposiciones jurídicas individuales, en sí y en su complexión sistemática? Esta rama de la ciencia jurídica se llama Dogmática Jurídica» (Wolf 1962: 55). Pero esa tarea, que bien podemos calificar de *descriptiva,* por parte de la jurisprudencia, es dable concebirla hasta de manera todavía más amplia, lo cual en realidad va más allá de los aspectos señalados en las palabras de Radbruch transcritas arriba: «El método de la jurisprudencia consiste, pues, en este ámbito, en una asociación de análisis e integración lógica de conceptos con comprensión histórica y explicación sociológica de las instituciones y funciones del derecho. Contempla como fin propio la producción de un sistema de conceptos jurídicos ordenados según puntos de vista teleológicos y de reglas de interpretación para el ordenamiento jurídico... « (ibíd.*:* 57); y cf. también la cita del mismo autor ubicada *supra* al final de la nota 37.

No obstante, aun dando por cierto que eso sea así (más o menos), y que por ende la ciencia jurídica tiene efectivamente tal parecido de familia con las demás ciencias, ello en nada afecta a lo esencial de la crítica de Kirchmann. No refuta la central de ésta, ahí donde él supo armarse de todo el realismo que no le interesa a más de un iusmetodólogo actual. Admito que las «construcciones» y los «sistemas» del razonamiento jurídico no son puros inventos del jurista, sino que en efecto sirven, como hacen otras ciencias con sus respectivos objetos de estudio, para organizar en forma teorética unas «partes previamente aisladas» mediante determinados «análisis». En efecto, eso comporta el *conocimiento* de ciertos datos: textos de leyes, repertorios de jurisprudencia, etc., que objetivamente están ahí. En la medida en que la doctrina jurídica hace esto, sin duda cumple, cuando menos hasta cierto punto, una labor que bien puede calificarse de científico-cognoscitiva. Sin embargo, siempre queda en pie la pregunta fundamental: ¿esa labor cognoscitiva, aunque sea tal, hasta *dónde* está autorizada a llegar -y, por tanto, qué le está *vedado* conocer- en función de los propios presupuestos teoréticos de dicha ciencia?

Es con respecto a *esta* pregunta justamente, de la que nuestros iusmetodólogos prefieren acordarse más bien poco, donde lo expuesto por Kirchmann sirve para abrirnos los ojos, no permite que nos llamemos a engaño sobre los verdaderos alcances de semejante ciencia. Al contrario de los desarrollos que nos recetan aquellos autores, las observaciones de Kirchmann van dirigidas a *des*mitologizar la putativa «seriedad» con que, desde siempre, el discurso de los juristas se ha empeñado en disimular su radical timidez en el plano de lo congnoscitivo. No digamos que ese discurso carece de todo alcance como conocimiento. Pero tampoco dejemos de agregar, enseguida, que éste es un «conocimiento» donde ex profeso se toman cuidadosas precauciones para hacerlo todo lo cognoscitivamente *endeble* que sea menester a fin de no mentar la verdadera soga (realidades sociales) en casa del ahorcado, y sobre todo allí donde la tarea jurídica consiste precisamente en resolver si corresponde ahorcarlo o no.

* * *

3. En síntesis: sea cual fuere el parecido de familia que el razonamiento jurídico puede guardar con el discurso de otras ciencias, lo que hace insalvable la diferencia entre prácticamente todas éstas y aquél es la *orientación* y el *nivel* de los conocimientos fundamentales requeridos por uno y otras. El derecho tiene, desde luego, un edificio teorético-sistemático propio y una correspondiente jerga especializada de sus profesionales: todo ello, precisamente, constituye su dogmática. En tal sentido, no es absurdo decir que él es una «ciencia». Mas la de los juristas, a diferencia de todas (o casi todas) las demás disciplinas llamadas ciencias, no tiene como objetivo ineludible la persecución,

antes que nada, de la verdad respecto al fondo de los asuntos encarados, sino que más bien, en muchos casos, contribuye a disimularla. Por eso, en vez de esforzarse por saber más, el discurso habitual de los juristas se elabora con base en un tejido de conceptos que permiten «hacer la vista gorda» frente a los conocimientos usuales de otras disciplinas, más realistas: lingüística, sociología, etc. Esto es, respecto a todo conocimiento que pueda hacer vacilar las presuposiciones ideológicas, las conclusiones simplistas o los eufemismos de que se vale la argumentación jurídica normal.

El universo teorético-sistemático del discurso jurídico es, en buena parte, de orientación esencialmente *retórica*. En cambio, en las restantes ciencias la retórica no juega ningún papel fundamental, cuando menos en sus discursos normales. En qué medida cada ciencia logre alcanzar en realidad las verdades que ella persigue, eso es algo que, por supuesto, siempre puede ser discutible y además variable. Pero en aquéllas, contrariamente al razonamiento jurídico, no se bloquea, *por principio* -mediante ciertas categorías de su dogmática (esencialismo, etcétera)[43] y en general porque él contiene en forma acrítica unas precomprensiones que dominan en la «construcción» vulgar del mundo social cotidiano (Berger/Luckmann 1968)- la utilización de aproximaciones más realistas y que vayan a fondo respecto a los asuntos debatidos. Como forma de pensamiento, la ciencia jurídica normal es, en buena medida, una técnica para cubrir y legitimar la FALTA de los conocimientos verdaderamente científicos sobre cuestiones sociales que el derecho está llamado a resolver de alguna manera. Sólo que ese desconocimiento tiene que ver justamente con unos *conocimientos* acerca de OTRAS cosas, aquellas en que consiste de modo *exclusivo* el saber «técnico» en la materia «propiamente» jurídica: conocimiento simplemente de ciertos *textos* normativos, unos de derecho positivo y otros de orden doctrinario, y haber aprendido justamente a NO «ver» más allá de ellos -¡normativismo!-. (En todo caso, puede allí servir como complemento alguna información superficial sobre ciertos aspectos de la realidad social o respecto a unos hechos concretos; pero casi siempre éstos aparecen contemplados, en el razonamiento jurídico, en forma descontextualizada de los saberes que ofrecen las ciencias sociales).

En conclusión: aun dando por admitido que el discurso jurídico pertenezca, por dichos conocimientos y sobre todo por ordenarlos de acuerdo con un marco teorético propio, a la «familia» de las ciencias,

---

[43] Véanse, por ejemplo, los razonamientos basados en «esencias» que someto a crítica en Haba 1978 (cf. el Excurso) y Haba 1988b (IV). De una manera más general sobre el «esencialismo metodológico», con especial referencia a su aplicación para el discurso de los derechos humanos, cf. Haba 1986 (§ 11.II) y Haba 1993 (I).

no debería perderse de vista que tal discurso, en virtud del singular papel protagónico que la retórica y la ceguera voluntaria desempeñan en su configuración, es un miembro muy *aparte* en esa familia. Kirchmann lo dijo con otras palabras.

IV

1. Hay algo, eso sí, que Kirchmann no advirtió. Pero tampoco parecen (¿o no quieren?) percatarse de ello nuestros esforzados teorizadores sobre la definición y las estructuras de lo «racional» o lo «razonable» en el razonamiento jurídico. Se trata, en esencia, de cosas muy elementales. Hay que tener presente, ante todo, que el derecho está ahí para ordenar contradicciones sociales, y que eso él lo hace de acuerdo con la ideología política dominante en el país respectivo. Mas esta tiene, como toda ideología, la función de mitologizar la captación de los fenómenos que rigen la vida de las colectividades, por lo cual el pensamiento jurídico necesita someterse a unos puntos de vista NO científicos y en general a los déficits de racionalidad consubstanciales a la *Weltanschauung* de la ideología en cuestión. Las bases del razonamiento jurídico no pueden alejarse demasiado de las precomprensiones que caracterizan al conocimiento *vulgar*[44]. Por tanto, aquél no tiene más remedio que aceptar buena parte de los simplismos e inconsistencias propios de éste, está condenado a no saber «demasiado»...

Aunque el jurista emplea también buen número de términos y nociones que hacen de su discurso una jerga especializada, ello no quita que ese discurso en su conjunto, como sistema de razonamientos, queda en última instancia subordinado a una serie de conceptos fundamentales y de hábitos de inferencia que corresponde a las ideologías que los sustentan. Esto resalta de la manera más neta en sectores claves del Derecho Público: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Laboral, etc., que en definitiva giran en torno a unos conceptos indeterminados («orden público», «moral y buenas costumbres», «interés nacional», etc.) tomados del lenguaje de la política o de la moral dominante[45]. Si bien se mira, el derecho no es otra cosa, básicamente,

---

[44] El conocimiento vulgar está repleto, en el nivel de tales precomprensiones, justamente de aquellas «construcciones» a que se refieren Berger/Luckmann (1968).

[45] Sobre conceptos jurídicos indeterminados, cf. Haba 1986: cap. III y *passim*: en particular, como un ejemplo típico de discursos jurídicos que son muy poco científicos porque se basan en esos conceptos (¡pero sin reconocer que son tales!), véase

que política aplicada[46]. Mas el mundo de la política, y en general el de los entramados sociales, es cualquier cosa *menos* un edificio racional (o razonable) de conductas racionales (o razonable)[47].

Los seres humanos piensan y actúan racionalmente, cuando lo hacen, sólo en esferas bastante limitadas de los comportamientos habituales. Por lo general, consiguen ser racionales únicamente cuando, ante todo, no los ciegan sus propias emociones, incluidas las de origen ideológico (convicciones de tipo religioso, político, etc.). Casi siempre, la conducta racional de cada quien no va más allá de hasta donde alcancen sus conocimientos reales del mundo, esto es, el restringido ámbito de ciertas clases de experiencias propiamente personales de la vida cotidiana (amistades, negocios, trabajos manuales, etc.). En lo demás, tanto en la forma de conducir su vida personal como en la generalidad de las conductas que hacen la coordinación macrosocial, la gente entiende y actúa, de hecho, movida principalmente por impulsos que no somete a reflexiones racionales: intereses, costumbres, fantasías ideológicas, prejuicios estereotipados, la «sana opinión pública» (*i.e.* lo que opinan las grandes cadenas de televisión y los periódicos de mayor venta), múltiples presiones derivadas de relaciones personales, sentimientos de toda clase, etc[48]. Como consecuencia, en la práctica,

---

el dictamen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que allí se analiza en el § 28. VII. Cf. también Haba 1984.

[46] «El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas...» (Kelsen 1958: 31).

[47] Utilizo estos dos términos: «racional» y «razonable», simplemente como sinónimos y sin esforzarme por definirlos en forma relativamente precisa (pero he tratado de hacerlo en otros sitios: Haba 1988a y Haba 1990). Bastará con señalar que arriba tomo dichos términos para indicar modelos de razonamiento aceptados *intersubjetivamente* en comunidades *científicas,* tanto para las ciencias en sentido estricto como inclusive en las ciencias sociales; pero tratándose de estas últimas, por supuesto que me refiero a disciplinas donde, a diferencia de la argumentación jurídica, entre sus locutores sean de poco recibo los ardides retóricos (*supra* notas 7 y 9). Por tanto, para lo que nos interesa aquí, unos razonamientos pertenecientes al ámbito de la llamada *razón práctica,* se trataría de la racionalidad o razonabilidad capaz de sacar provecho, hasta donde sea posible, de dichos conocimientos científicos, y en todo caso no ignorarlos ni estar en contraposición con ellos.

[48] Cf., además de la ya mencionada obra de Berger/Luckmann (1968), por ejemplo el conocido análisis de Joseph Schumpeter sobre «La naturaleza humana en política», apartado 3 del cap. XXI de su clásico libro *Capitalismo, socialismo y democracia* (ed. or. 1942); o *vid.,* por recomendación del propio Schumpeter (primera nota de dicho apartado), el «franco y encantador» libro de Graham Wallas sobre *La naturaleza humana en la política.* De una manera más general, para no embarcarse en desvaríos tipo Rawls, u otros (Habermas-Apel, Lorenzen-Schwemmer, etc.), vale decir, para no olvidarse de cómo piensan y actúan los hombres en la vida *real,* cf. cualquier manual de psicología social, o bien, por ejemplo, dos obras como las

el «orden» social resulta ser un tejido extremadamente abigarrado y contradictorio de conductas y de ideas. Tales contradicciones pasan a poblar igualmente lo que es el conjunto de la teoría y la práctica del derecho. Por eso, cualquier intento de encarar el estudio de una sociedad o su derecho como si fueran un sistema racional, conduce inevitablemente a perder contacto con los factores *reales* que la hacen funcionar, cuya racionalidad es de alcances muy parciales. La influencia de esta última es apenas secundaria en la *vida* cotidiana de ese «orden».

Claro que como, así y todo, al fin de cuentas se trata ciertamente de algún «orden», esto implica que allí se dan también una serie de regularidades fundamentales, mientras el orden en cuestión subsista. Pero esas regularidades NO responden a ninguna racional planificación global sistemática, sino que son antes bien el resultado de una complejísima madeja de irracionalidades: los proteicos deseos de individuos y de grupos, y las multiformes maneras de ponerlos en práctica, que encuentran, temporariamente, un equilibrio de fuerzas que se traduce en dicho orden. Este no es, en definitiva, sino la regularidad temporal, aunque relativamente inestable, de ciertas ideas y conductas que predominan en una colectividad dada, pero sin que cada una de ellas ni sus relaciones mutuas obedezcan fundamentalmente a unos patrones firmes de racionalidad. En toda colectividad, y en su derecho, lo racional y lo irracional constituyen, en la práctica, una mezcla indisoluble y siempre variable.

Nunca podrá ser evocada demasiadas veces, máxime mientras subsistan (parecen llamados a tener larga vida) unos espejismos «constructivistas» en la teoría social y en general la imaginería de las concepciones racionalistas sobre lo que son o pueden ser las colectividades humanas, la insuperable caracterización de Radbruch respecto a la principal actividad «científica» de los juristas: los discursos interpretativos del derecho, tal y como se producen *en la realidad* de su labor profesional, sin excluir la de orden académico. Se trata, dijo Radbruch, de «una indisoluble mezcolanza de elementos teoréticos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos[49]. No es aquí el sitio indicado para discutir si, en consecuencia, resultaría ser errónea la famosa tesis de Max Weber sobre el derecho moderno como proceso de

---

siguientes: orientado al examen de rasgos generales de la psicología individual, el tan ilustrativo estudio de Goffman (1971); orientado hacia la mentalidad de la conducta política y en general de las ideologías sociales, el llamativamente desmitificador libro de Debray (1983).

[49] Radbruch 1970: cap. 15 *in limine,* pág. 211. Recuérdese también las palabras Goethe recogidas más atrás, un poco después de la nota 17.

«racionalización». Sea como sea, lo cierto es que en la medida en que tal proceso concierne al papel de la dogmática jurídica entendida como un edificio teorético que *sistematiza* -conceptos precisos, coherencia lógica, inferencias deductivas, etc.- los preceptos del derecho, tal «racionalización» no ha impedido la amplia intervención de *todo* aquello que mencionaba Radbruch. No la impide, en efecto, no sólo porque de hecho los hombres, sin excluir a los juristas, desatienden tan a menudo sus propias elaboraciones intelectuales; también es porque, aun sin violar propiamente aquellas sistematizaciones, éstas no alcanzan a eliminar, ni siquiera en el mero plano del pensamiento, las inseguridades y en general las múltiples manipulaciones ideológicas que son legitimadas -¡sin afectar a la *lógica* jurídica!- acudiendo a los numerosos conceptos indeterminados que juegan en el centro mismo de los sistemas en cuestión. Estos conceptos le permiten al jurista-intérprete *acomodar* (elásticamente) el sistema a las preferencias ideológicas, o sencillamente a los intereses, con que él acepte identificarse.

En fin, una sociedad y un derecho racionales no existen, ni pueden existir, más que en los acomodables mundos del *wishful thinking*. Sin embargo, buena parte de la actual Teoría del Derecho vuelca sus afanes a efectuar unas indagaciones sobre cómo puedan razonar los juristas de mundos por el estilo. Juristas que, claro está, poco tienen en común con aquellos otros, los cotidianos, los de carne y hueso, que Kirchmann conocía tan bien[50].

La política, y el ordenamiento jurídico derivado de ella, se dirigen a determinar, en función de los juegos de fuerzas sociales subyacentes, que allí presionan cada una para su lado, cuáles de las respectivas irracionalidades -y también ciertas racionalidades- se impondrán a cuáles otras, hasta qué punto pueden hacerlo y bajo qué formas. Estas últimas, las formas, constituyen «reglas de juego» para llevar adelante en la práctica la irracionalidad de cada quien, ¡incluida la de los jueces!, aunque también pueden servir para promover ciertos aspectos racionales en la solución de esos conflictos. Dichas reglas del juego, originadas básicamente en las ideologías políticas, dan lugar, mediante

[50] Compárese, por ejemplo, los inauditos rebuscamientos a que, para «justificar» cosas cuya fundamentación nadie pide en la vida real, recurre Rawls, con la manera en que los jueces razonan *de veras,* abundantemente registrada en la investigación de Lautmann (1972) y en tantos otros estudios. Por eso mismo, piden lo imposible también quienes, aun sin caer en lo de Rawls, piensan, como por ejemplo Atienza, que la Ciencia del Derecho puede llegar *efectivamente* a ser en general una «tecnología» (*supra,* en el texto, entre las notas 10 y 13). Esto se conseguiría. según él, logrando que la dogmática jurídica se combine con una serie de otras disciplinas científicas (Atienza 1985: cap. 5). Pero habría que preguntar, digo yo: *¿quién* le pone el cascabel al gato?

formulaciones más detalladas y en un lenguaje algo técnico, a lo que se conoce como: el Derecho. Pero éste, en razón de su origen y de sus protagonistas reales, como esfuerzo teorético no puede ser, en líneas generales, otra cosa que un conjunto de prácticas intelectuales cuya racionalidad sea lo bastante *débil* como para ser generalmente aprobada. Y aunque llegue a contener ciertas racionalidades formales, sobre todo de tipo procedimental, quedan subordinadas a amplias franjas de irracionalidad en cuanto al fondo de las decisiones.

De ahí que el carácter retórico del razonamiento jurídico, y en general su endeblez como discurso científico, no es cosa que en él sea un aspecto más o menos secundario. No es corregible, en lo fundamental, pues ESA es la condición misma para posibilitar que el derecho tenga existencia (real) en una sociedad (real). Para que de manera efectiva pueda cumplir con sus funciones esenciales, las de servir como medio común de ordenación -control, pacificación- social, tan necesario es que el discurso de los juristas *parezca* racional como que en verdad NO lo sea mucho. Se trata de que, a los ojos del hombre común, y también ante los de los propios juristas, impresione como si eso fueran unas soluciones racionales y sometidas a una discusión de tipo científico, sobre todo en el caso de la literatura profesional y en la palabra de los jueces, justamente porque en realidad ellas no lo son mucho. El derecho no es, ni jamás será, predominantemente un sistema racional de pensamientos... ¡por lo menos mientras la genética no produzca inéditos milagros en los cerebros de la gente! Porque él consiste en *decisiones* respecto a distintas posibilidades de ordenación político-social para las conductas humanas, decisiones tomadas por personas de carne y hueso, por individuos que están ellos mismos involucrados -directa o indirectamente, cuando menos ideológicamente- en tales conductas. De hecho, una decisión no suele resultar más racional que la voluntad y el conocimiento de quienes la impulsan. En el caso del derecho, los actores principales -grupos de presión, políticos, jueces, etcétera- que determinan su dinámica no son precisamente unos «decididores racionales» (J. Muguerza), ni un grupito de sofisticados iusmetodólogos, sino personas de mentalidad común, hayan o no seguido la carrera de derecho. Si se trata de juristas, sabrán expresar *esa* mentalidad con ayuda de su lenguaje profesional. ¡Sería el milagro de los milagros si gente así se resolviera a aprender, primero, y a aplicar al pie de la letra, después, los sutiles complejos de reglas racionales de que los supone imbuidos la más «avanzada» Teoría del Derecho (Rawls, Alexy y otros)!

Unas fantasías racionalistas, o razonabilistas, acerca del pensamiento jurídico se encuentran, cabe reconocerlo, no sólo en la obra de esos teóricos del derecho, sino que aparecen hasta en pasajes de conocidos pensadores que se dedican a temas epistemológicos más generales.

Así, aunque parezca mentira, autores de merecida fama internacional como Popper, Toulmin, Perelman, Gadamer, etc., han llegado a decir, ni más ni menos, que la forma de razonar cultivada tradicionalmente por los juristas puede servir como paradigma del pensamiento racional o razonable *en general*; sin excluir el de las ciencias más avanzadas, por lo menos en cuanto a las discusiones sobre sus bases teoréticas mismas. Mas en el caso de esos autores cabe excusarles -digo yo- tal desliz, porque en general ellos (Perelman es la excepción) no parecen estar informados sobre cómo los discursos jurídicos son realmente, o sea, que aquellos se basan más bien en ciertas superficiales apariencias de esas controversias o en lo que al respecto dice la propia ideología profesional de los juristas. Por el contrario, si no queremos dejarnos seducir por estos espejismos, la mirada dirigida a aquilatar la naturaleza del discurso jurídico debe estar dispuesta más bien a dar un giro de 180 grados respecto de dicha ideología[51].

Está irremediablemente condenada a equivocarse, de punta a punta, siempre, cualquier teoría sobre el discurso jurídico que busque entenderlo, o programarlo, como un sistema de locutores básicamente racionales. ¡Los juristas REALES no son así! Tal vez Kirchmann no llegó a entender esto a fondo. Su inocente fe en el «derecho natural» como alternativa, hace pensar que no lo tenía del todo claro. No parece haber cobrado conciencia del carácter *inmanentemente* poco racional que tienen las ordenaciones colectivas para la conducta humana y las ideologías populares acerca de ellas. Pero sí vio, con entera lucidez, el hecho de que el razonamiento habitual de los juristas deja mucho que desear. A él no se le escapó que, como diría Frank muchos años después, también los juristas son «humanos». Y no pocas veces -se podría agregar- hasta demasiado humanos...

* * *

2. La circunstancia de que un *approach* como el de Rawls o batidos de superficie como los de Dworkin conciten hoy tanta atención en la Teoría y la Filosofía del Derecho, revela que «algo huele mal» en esta Dinamarca. Catatónicas «construcciones», por un lado. Maquillaje terminológico para que ciertas trivialidades, combinadas con unos entreveros de cartas, sean promocionadas como conocimiento «en serio», por el otro. Y en medio, pedanterías para todos los gustos. Si la Filosofía del Derecho se ha mudado a la galaxia de Rawls, donde unos seres imaginarios se entretienen en discusiones

[51] Esto es, que esa «mirada» se decida a adoptar una orientación como la que sugieren, por ejemplo, las palabras de Castilla del Pino (1984: 9) y de Gilles Deleuze (en Foucault 1981: 10) recogidas en el epígrafe de este artículo.

imaginarias sobre planteamientos imaginarios, y si la Teoría del Derecho no encuentra nada más «serio» en qué ocuparse que de darle vueltas a las clásicas (cambian unos detalles terminológicos) ingenuidades que reentrevera Dworkin, entonces poco ha de extrañar, claro está, el escaso interés que allí se nota por tratar cuestiones que ciertamente son más incómodas para la buena conciencia de los juristas. Cuestiones como esas que Kirchmann tuvo el atrevimiento de poner sobre el tapete.

¡Cuesta creerlo! Una moderna revista europea de Teoría del Derecho, que pretende ser continuadora de nada menos que *la Revue international de la théorie du droit* fundada por Kelsen, dedicó gran parte de sus dos primeras entregas a un «Dossier: Ronald Dworkin» (*Droit et Société* 1985 y 1986). Si ahí se hubiera incluido, en todo caso, algún ensayo que buscara explicar por qué un autor como éste, cuyos trabajos no sobrepasan, ni en profundidad ni en originalidad, el nivel de muchos artículos del montón entre los que aparecen en Alemania o Italia, ha logrado tanta difusión y suscitado tanto comentario (¡buen tema para unos estudios de *sociología* del pensamiento jurídico profesoral!), tal vez tendría alguna justificación efectuar tal «dossier» -si no por razones inmanentemente teoréticas, al menos para examinar unos aspectos de psicología social del comercio de ideas académico-. Pero los editores de esa revista fueron los primeros en no dudar que el éxito comercial de un autor basta para acreditar que también su valor académico tenga un sustento «en serio». Quienes escribieron allí los comentarios partieron, se ve, también de tal base. El mejor, y más que suficiente, entre esos comentarios es el de Guastini (1986); y el de Troper (1986), aunque tiene razón en lo que señala, justamente revela, por el inusitado despliegue de pedantería a que consideró necesario recurrir para desmenuzar lo que dice Dworkin, cuán «en serio» condescendió a tomarse el discurso de este...

Es inimaginable que si los estudios de Dworkin hubieran aparecido, por ejemplo, en *Rechtstheorie, Archives de Philosophie du Droit* o *Doxa,* para no mencionar sino unas publicaciones de buena difusión, alguien los hubiera llegado a considerar como *especialmente* dignos de atención. En el mejor de los casos, si por azar se hubiera podido entonces hallar algún co ega interesado en comentar algo de lo escrito en esos trabajos (y suponiendo que esa atención no estuviese motivada, ante todo, por unas relaciones personales del ámbito académico), tal comentario no hubiera recibido más énfasis que cuando ello se hace respecto a tantos otros estudios, para los que a nadie se le ocurre consagrarles en especial un *dossier.* Compárese la «profundidad» de los exámenes de Dworkin con estudios como, por ejemplo, los de Lautmann (1972), Schreckenberger (1987), Alexy (1989) y Ost (1992); análisis éstos que, acaso por no ser lo bastante «serios» como

para venir a beatificar la retórica jurídica profesional, están lejos de haber levantado tanta polvareda. Moderno émulo del Prof. Beale (cf. Frank 1970: cap. VI), Dworkin ha obtenido lo que a su antecesor, y a muchos otros como éste, fue vedado: conseguir que la fe en el postulado retórico de que el derecho positivo *pre*establece *una sola* respuesta «correcta» respecto a cada caso, retome cierta respetabilidad teorética incluso para estudios de Teoría del Derecho -nivel donde parecía haberla perdido definitivamente, aunque siempre siguió conservándola, claro está, en el seno de la dogmática jurídica misma-. En efecto, con Dworkin la discusión retrocede a planos de candidez que allí cabía suponer dejados muy atrás desde, por lo menos, comienzos de siglo. ¿Habrá que pensar en un «eterno retorno» de dicho postulado, ese *Basic Legal Myth* de que hablaba Frank?[52].

Lo de Dworkin, si lo leemos sin consideraciones al exitismo académico, no ofrece ni siquiera ese interés de «curiosidad» que a muchos seduce en unas divagaciones como las de Rawls. A este último, en todo caso cabe reconocerle la fuerte originalidad -aunque sea vana- de sus planteamientos, y por cierto un talento como escolástico. En cambio, el éxito de Dworkin desafía cualquier explicación en términos de eventuales *desarrollos* para la Teoría del Derecho. Lo que él sostiene había sido ya muchas veces planteado y discutido, sólo que más a fondo (con unas u otras variantes terminológicas), en numerosos estudios acerca del razonamiento jurídico. ¡Lástima que ya no tengamos gente como Kelsen o Frank para comentar *en serio* esas «seriedades»!

---

[52] Cf. Frank 1970, pássim: esp. los caps. VI, VII a IX, de la Parte Primera, y el cap. I de la Parte Tercera. El sensacional libro de Frank no tuvo, hasta donde he podido enterarme, traducción al español, francés o alemán (creo que tampoco al italiano o al portugués), ni llegó a ser objeto de exámenes a fondo por parte de la Teoría del Derecho en esos idiomas (sé que existe un breve artículo de Bobbio, en italiano, aunque no lo he conseguido: «La certeza del diritto è un mito?», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XXXXVI, n. 1, 1951, 146-152). No es difícil comprender esa falta de interés, sobre todo explicándola en términos del propio análisis de Frank: por cierto que sus observaciones no son de las llamadas a halagar el *wishful thinking* de los juristas en general. Y, para peor de males, tampoco estaban, ni están, en condiciones de brindar el bienvenido pasto intelectual para alentar el tipo de masticaciones teoréticas que permiten producir una interminable literatura secundaria. ¡Naturalmente, Frank no es Rawls! Ni siquiera ofrece, como respecto a Kelsen, la posibilidad de desviar la atención hacia discusiones acerca de ciertos detalles salvadoramente técnicos: problemas epistemológicos de la célebre *Grundnorm,* cuestiones relativas a la lógica interna del «sistema», etc. Y ni que decir que, para los viajes intersiderales que hacia la razón jurídica se emprenden actualmente, comprobaciones como las de Frank están demasiado fuera de contexto, son una ducha de agua fría. Si, por un azar, a manos de alguno de esos modernos iusmetodólogos llegara dicho libro, y accediera a hojearlo, seguramente sabría arribar a la saludable (para sus propios escritos) conclusión de que *mejor es no meneallo...*

Hoy los extremos se tocan, en ambos reina a sus anchas el escapismo. En un caso, el viaje a que se nos invita despega hacia aquel punto de la vía láctea donde los problemas se resuelven en y para un mundo social «racional» de hombres «racionales». En otro, el mecanismo de huida opera en dirección algo distinta pero no menos disimuladora: no son, esta vez, los vuelos hacia aquel País de las Maravillas Racionales del cual es exclusivo demiurgo y protagonista la fecundidad profesoral para «construir» *a piacere,* sino que ahora todo consiste en no atenerse, esencialmente, más que a (una parte de) la superficie del razonamiento judicial y buscar legitimarla mediante ciertas lides terminológicas. Claro que esta otra versión, a diferencia de la primera, no deja de tener algo de realista. Lo es, si se quiere, pero en el menos lúcido sentido de la palabra. Se conforma con ir muy poco más allá de la dogmática corriente, cuyos juegos de lenguaje ubica *a priori* por encima de todo cuestionamiento, tratando así de inmunizarlos contra cualquier crítica de fondo. ¡Singular «seriedad»! La de quien tiene la vista demasiado corta para distinguir las piruetas (retórica) y poder reírse de ellas, o se ha tapado intencionalmente los ojos a ver si consigue el éxito del avestruz. Para tomar «en serio» unos exámenes como los de Dworkin, hay que empezar por echar un telón sobre las *realidades* individuales (psicología judicial, intereses personales, etc.) y colectivas (ideologías, presiones sociales, etc.) que se dan cita en los operadores profesionales de los razonamientos jurídicos, y también sobre sus habituales carencias en materia de conocimiento científico. Es hacer abstracción de cuanto constituye el principal juego de *resortes* que dan lugar a los discursos en cuestión y movilizan sus efectos prácticos. Habrá que aceptar, pues, la dogmática jurídica como parangón del Verbo divino. Es natural que, instalados en su oratorio, unas observaciones como las de Kirchmann suenen, para metodólogos de este Teoderecho, inauditamente ateas. No son nada «serias», sí señor...

El resultado es, por cualquiera de esas vías, y también por algunas otras (lógica deóntica, semántica estructural, etc.), más o menos el mismo en cuanto a lo decisivo: renunciar a cualquier examen *radical* de lo que el discurso del derecho es y sobre cómo actúan *de hecho* sus operadores profesionales. ¡Cualquier cosa menos indagar cómo eso funciona *en la realidad*! Todo lo contrario, pues, de lo recomendado por aquella conocida sentencia de Marx que constituye la clave, como principio heurístico, para aproximaciones realistas a los fenómenos sociales, tanto si se encaran las conductas mismas como si se trata de los discursos relacionados con éstas: «Ser radical, es coger los asuntos (*die Sache:* la cosa) por la *raíz;* pero en cuanto al hombre, la raíz [de todos sus asuntos] es el [o mejor dicho: *los* distintos] hombre(es) *mismo*(s) [los subrayados y agregados son míos -E.P.H.-]. El escapismo de enfoques como los de Rawls, Dworkin, etc., reside precisamente

en NO apuntar hacia la «raíz» de los fenómenos jurídicos, no se ocupan de cuanto piensan y hacen los juristas *de carne y hueso*. Esos enfoques se autoconfinan a no ir más allá de cierto plano, muy limitado, de la *semántica* jurídico-profesional. Tratan acerca de unas condiciones simplemente *discursivas* que se acostumbra usar para presentar determinados razonamientos, sean éstos de hombres reales (jueces, en Dworkin) o imaginarios («seres racionales», en Rawls). Sobre la realidad, esto es, los resortes psicológico-judiciales y sociales que son decisivos ante las opciones interpretativas habilitadas por los juegos de lenguaje en que consisten dichos discursos, y averiguar qué consecuencias prácticas éstos puedan o no acarrear, se encontrará poco o nada en tales exámenes. Por el contrario, ellos apuntan más bien a disimular que dichas opciones existen y que, justamente, NO se resuelven en lo fundamental por aquellas condiciones meramente discursivas -si bien, desde luego, también estas últimas juegan un papel entre los factores que en su conjunto determinan en cada caso el resultado jurídico final-.

A decir verdad, la diferencia entre esos dos expedientes escapistas no es mucha. Porque los jueces en que piensa Dworkin, quienes -se supone- hacen lo posible por imitar (aun sin lograrlo de modo pleno) a Hércules, el jurista racional ideal, tampoco son de extracción muy realista que digamos. Se sabe que este Hércules es otra versión del modelo, tan vago como idealizante, que Rawls presenta bajo el nombre de «equilibrio reflexivo». Y no ha pasado inadvertido que ese modelo es antes bien uno apto para halagar los gustos de la grey profesional entre los juristas, que una comprobación acerca de cómo discurren los jueces en la realidad[53]. En fin, se trata ni más ni menos que de una ideología profesional de propaganda a la «seriedad» del trabajo intelectual encomendado al gremio de los juristas. Es una visión destinada a idealizar, disfrazar la verdadera naturaleza del pensamiento judicial, disimular aquello en que él consiste realmente, sobre todo cuando éste tiene que operar en relación con interpretaciones controvertidas[54].

Dopados por la atmósfera de su propia Dinamarca, las luminarias de la actual Teoría del Derecho no se hallan, naturalmente, en la mejor

---

[53] El de Dworkin «is a system more appropriate to the lecture theatre than the courtroom», pues «Hercules belongs more properly to the Harvard or Yale lecture theatre, rather than the bench of the Supreme Court» (Jackson 1987: 193 y 224).

[54] Dworkin «vise donc bien à justifier des pratiques... par lesquelles les juges, qui créent réellement du droit, et, qui plus est, du droit rétroactif, dissimulent cette création en affirmant qu'ils se bornent, par l'interprétation, à découvrir la volonté cachée du législateur ou les principes fondamentaux qui préexistent à leurs décisions. C'est CE discours et pas seulement les droits que Dworkin prend au sérieux» (Troper 1986: 52 -el subrayado mediante mayúsculas es mío, E.P.H.-).

situación para apreciar las ráfagas de aire fresco que desprende el texto de Kirchmann. Un texto que, mal que bien, apunta hacia cosas capaces de desasosegar los laboriosos, pero tranquilizantes, ensueños de más de un iusmetodólogo. Pues Kirchmann habla, sin rodeos, de cuestiones que conciernen precisamente a la *raíz* del quehacer jurídico. No se ocupa de, ni pergeña, unas «construcciones» *a propósito de* éste, sino que se encara con lo que hacen sus protagonistas *reales*. Y tanto la mentalidad de éstos como el tipo de sus discursos profesionales han cambiado poco o nada de entonces acá. Ha cambiado, eso sí, la Filosofía y la Teoría General del Derecho. Mas con el ejemplo de Kirchmann a la vista, acaso no sea tan inevitable resignarse a que ahora el destino de la Teoría del Derecho se tenga que jugar entre la iusciencia-ficción y el camuflaje «en serio» de unas racionalizaciones jurídico-profesionales.

Hace cincuenta años se discutía acerca de Kelsen, hoy se escribe sobre Rawls o Dworkin... Habiendo quienes piensan que eso constituye un avance, no voy a poder convencerlos yo de otra cosa: de empezar por no echar en saco roto lo que supo advertir, con inusual desparpajo, un fiscal prusiano hace siglo y medio. Pero ése era, y siempre será, jurista poco común. *Rara avis,* claro está, aunque no por la palpable endeblez de sus nociones sobre epistemología del pensamiento científico precisamente, sino por otra escasez, bastante menos difundida en cualquiera de los roles (incluso el de «científico») que nuestra profesión nos invita a desempeñar: ¡la orfandad de pelos en la lengua! Sólo que ahora, con vistas a prevenir tal carencia, podemos disponer también, para acompañar a la dogmática tradicional, de nuevos remedios que contra cualquier tentación de incurrir en franquezas inconvenientes ha logrado pergeñar, en su Halloween jurídico propio, la más flamante Teoría del Derecho.

* * *

3. Lo más probable es que cualquier juicio global sobre la *ciencia* de los juristas resulte de alguna manera inadecuado, pecará de falsa generalización. Porque tanto la palabra «ciencia» como la palabra «derecho» son términos cuya *gramática* (Wittgenstein) es compleja: cada una de ellas comprende, por lo multiforme de los contextos en que son usadas, contenidos de significación muy variados y que hasta pueden ser inconsistentes. Probablemente, esto Kirchmann no lo advirtió. Mas ello no le impidió percibir otra cosa, no menos importante. En efecto, él tuvo la perspicacia de darse cuenta -a diferencia de tanto sofisticado iusmetodólogo actual, e inclusive de algunos no tan sofisticados- que la única manera de entender lo que el discurso de los juristas es de veras, consiste en no creérselo así como así. Sobre todo, para saber cómo funciona éste *realmente,* hay que empezar por la precaución de NO tomarse demasiado «en serio» las pretensiones

teorético-científicas de sus locutores más engolados. Lección tan elemental, pero que a casi ciento cincuenta años de lo de Kirchmann sigue siendo desatendida, como es natural, por los juristas dogmáticos. Y no menos alegremente se ingenian para desaprovecharla, eso sí con toda la cientificidad del caso, también nuestros iusepistemólogos *dernier cri.*

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (ed. original en alemán: 1978).

Atienza, Manuel (1985), *Introducción al Derecho,* Barcanova, Barcelona, 1985.

Batiffol, Henri (1979), *Problémes de base de philosophie du droit,* L.G.D.J., París, 1979.

Berger, Peter L. y Luckmann, Thomas (1968), *La construcción social de la realidad* (trad. Silvia Zuleta y revisión técnica de Marcos Giménez Zapiola), Amorrortu, Buenos Aires, 1968 (ed. original en inglés: 1966).

Bunge, Mario (1985), *Seudociencia e ideología,* Alianza Editorial (AU 440), Madrid, 1985.

Calsamiglia, Albert (1986), *Introducción a la ciencia jurídica,* Ariel, Barcelona, 1986.

Carrió, Genaro R. (1965), *Notas sobre derecho y lenguaje,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

Castilla del Pino, Carlos (1984), *Estudios de psico(pato)logía sexual,* Alianza Editorial-El Libro de Bolsillo (1.026), Madrid, 1984.

Debray, Régis (1983), *Crítica de la razón política* (trad. -con muchos defectos- Pilar Calvo), Cátedra, Madrid, 1983 (ed. original en francés: 1981).

Droit et Société, Números 1 (1985) y 2 (1986), L.G.D.J., París.

Dworkin, Ronald (1984), *Los derechos en serio* (trad. Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, 1984 (ed. original en inglés: 1977).

Foucault, Michel (1981), *Un diálogo sobre el poder* (trad. Miguel Morey), Alianza Editorial-El Libro de Bolsillo (816), Madrid, 1981 (originales de los años sesenta).

Frank, Jerome (1970), *Law and the Modern Mind,* Peter Smith, Gloucester (Mass.), 1970 (reproducción de la sexta edición ampliada ed. original 1930).

Goffman, Erwing (1971), *La presentación de la persona en la vida cotidiana* (trad. Hildegarde B. Torres Perrán y Flora Setaro), Amorrortu, Buenos Aires, 1971 (ed. original en inglés: 1959).

Goodrich, Peter (1988), «Rhétorique juridique»; en *Dictionnaire d'Éguilles* (Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit), págs. 355-357. L.G.D.J. y Story-Scientia, París y Bruselas, 1988.

Guastini, Riccardo (1986), «Théorie et ontologie du droit chez Dworkin»; en *Droit et Société* 2 (cit. supra.), págs. 15-22.

Haba, Enrique P. (1977a), «Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?»; en *Rechtstheorie* 8/2 (1977), págs. 145-163. Duncker & Humblot, Berlín.

- (1977 b), «Derechos humanos, libertades individuales y racionalidad jurídica»; en *Revista de Ciencias Jurídicas* 31 (enero-abril 1977), págs. 159-180, Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho)/Colegio de Abogados, San José, 1978. [Hay versión francesa en *Archives de Philosophie du Droit* 25 (1980), págs. 325-344].
- (1978), «Naturaleza jurídica de las acciones posesorias. Una interpretación literal, con un excurso metodológico»; en *Revista de Ciencias Jurídicas* 63 (enero-abril 1978), págs. 185-226, San José, Costa Rica.
- (1983), «¿Derechos humanos o derecho natural? Metacrítica de una crítica iusnaturalista a la noción de derechos humanos»; en *Anuario de Derechos Humanos* 2 (marzo 1983), págs. 203-229, Universidad Complutense (Facultad de Derecho/Instituto de Derechos Humanos), Madrid.
- (1984), «Droits de l'home, concepts mouvants, idéologies»; en *Archives de Philosophie du Droit* 29 (1984), págs. 323-339, Sirey, París, 1984.
- (1986), *Tratado básico de derechos humanos*; 2 tomos. Juricentro, San José (Costa Rica), 1986.
- (1988 a), «Rationalité»; en *Dictionnaire d'Éguilles* (cit. *supra*), págs. 337-340.
- (1988 b), «Constitución y emergencia. Apuntes en torno al proceso constituyente de Nicaragua»; en *Sistema* 85 (junio 1988), págs. 109-126, Madrid.
- (1990), «Racionalidad y método para el derecho:¿es eso posible?»; en *Doxa* 7 (págs. 169-247), y 8 (págs. 241-270), Alicante, 1990.
- (1991), «Sciences du droit - quelle 'science'?»; en *Archives de Philosophie du Droit* 36 (1991), págs. 165-187, Sirey, 1991. [Se trata de una versión corregida, traducida al francés, de un estudio aparecido antes en español: «Ciencia jurídica: *¿qué* 'ciencia'?»].
- (1993), «Définitions, Interprétations et pratique des droits de l'homme. De la 'grammaire' aux 'formes de vie' dans la rhétorique des droits de l'homme»; en *Revue Internationale de Sémiotique Juridique* VI/16 (1993), págs. 3-44, Deborah Charles Publications, Liverpool, 1993.

Jackson, Bernard S. (1985), *Semiotics and Legal Theory,* Routledge & Kegan Paul, Londres, 1985.

Kelsen, Hans (1958), *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1958 (ed. original en alemán: 1953).

Kirchmann, Julius von (1969), *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft,* Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1969 (conferencia pronunciada en la Juristische Gesellschaft zu Berlin en 1847 y publicada en 1848). [Hay dos versiones en castellano: «El carácter

a-científico de la llamada Ciencia del Derecho», trad. Werner Goldschmidt, en el volumen *La Ciencia del Derecho* (con textos de Savigny, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz), Losada, Buenos Aires, 1949; y La *Jurisprudencia no es ciencia* (trad. Antonio Truyol y Serra), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1951].

Lalande, André (1968), *Vocabulaire technique et critique de la Philosophie,* Presses Universitaires de France, París, 1968 (10.ª edic.).

Lautmann, Rüdiger (1972), *Justiz-die stille Gewalt,* Fischer Athenäum (FAT 4002), Francfort, 1972.

Moreno, Julio Luis (1963), *Los supuestos filosóficos de la Ciencia Jurídica,* Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República (Sec. III, vol. CXXVX), Montevideo, 1963. [Reseña E.P. Haba: *Arch. Phil. Droit* XVIII (1973), págs. 471-477].

Mulkay, Michael (1979), *Science and the Sociology of Knowledge,* George Allen & Unwin, Londres, 1979.

Opp, Karl-Dieter (1973), *Soziologie im Recht,* Rororo Studium (52), Hamburgo, 1973.

Ost, François (1992), «Sobre la ciencia del derecho» (trad. Óscar Luis Sarlo y revisión por Enrique P. Haba); en *Revista de Ciencias Jurídicas* 72 (mayo-agosto 1992), San José (Costa Rica), 1993. [La versión original, en francés, apareció en el *Dictionnaire d'Éguilles* (cit. *supra:* Goodrich), págs. 363-367].

Perticone, Giacomo (1964), «Grandezza e miseria della scienza del diritto»; en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* año XLI, Serie III, fasc. III (mayo-junio 1964), págs. 341-363.

Pitkin, Hanna (1984), *Wittgenstein: el Lenguaje, la Política y, la Justicia* (trad. Rodolfo Montero Romero), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984 (ed. original en inglés: 1972).

Platón (1979), *Gorgias* (trad. Francisco García Yagüe); en *Obras completas,* págs. 351-412, Aguilar, Madrid, 1979.

Poirier, René (1978), «Rationalité juridique et rationalité scientifique»; en *Archives de Philosophie du Droit* 23 (1978), págs. 11-34.

Radbruch, Gustav (1970), *Rechtsphilosophie,* E.F. Koehler, Stuttgart, 1970 (7.ª ed., por Erik Wolf, con base en la edición de 1932). [Hay traducción de José Medina Echavarría, *Filosofía del Derecho,* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933].

- (1951), *Introducción a la Filosofía del Derecho* (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica (Brevario 42), México, 1951 (ed. original en alemán: 1948).

Rawls, John (1979), *Teoría de la Justicia* (trad. María Dolores González), Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1979 (ed. original en inglés: 1971).

Schreckenberger, Waldemar (1987), *Semiótica del discurso jurídico* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987 (ed. original en alemán: 1978).

Troper, Michel (1986), «Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin»; en *Droit et Société* 2 (cit. *supra*), págs. 41-52.

Weber, Max (1973), *Ensayos sobre metodología sociológica* (trad. José Luis Etcheberry), Amorrortu, Buenos Aires, 1977 (los ensayos originales, en alemán, son de los años 1904, 1906, 1913 y 1917).

Wolf, Erik (1962), *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho* (trad. Eduardo A. Vásquez), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962 (la conferencia original, en alemán, fue pronunciada en 1952 y publicada en 1953).

¿QUÉ ES EL FEMINISMO?*

Hace tiempo, Alexis de Tocqueville señaló la peculiar tendencia de los norteamericanos a crear una vestidura legal para todas las controversias políticas y sociales. Esta observación, hecha hace más de un siglo y medio, tiene hoy tal vez más validez que nunca y es confirmada a través de la particular relación de los norteamericanos con el feminismo.

El feminismo es el conjunto de creencias e ideas que pertenecen al amplio movimiento social y político que busca alcanzar una mayor igualdad para las mujeres. El feminismo, como su ideología dominante, da forma y dirección al movimiento de las mujeres y, desde luego, es moldeado por éste. Las mujeres buscan igualdad en todas las esferas de la vida y utilizan una amplia gama de estrategias para alcanzar este objetivo. El feminismo no pertenece exclusivamente al campo del derecho. Sin embargo, el derecho ha figurado de manera prominente en la lucha por la igualdad de las mujeres, tanto como un ámbito a ser reformado, cuanto como un instrumento para la reforma. El resultado es que el feminismo se ha convertido en una preocupación especial para los abogados.

Algunos abogados, por ejemplo, Catharine Mackinnon, han jugado un papel casi arquitectónico en el pensamiento feminista. Otros han contribuido a través de actividades profesionales más tradicionales. Los tribunales se han visto inundados por demandas

---

* Sterling Professor of Law de la Yale University. Este ensayo fue presentado ante el Congreso del Consejo General del Poder Judicial en Madrid, diciembre de 1992 y luego, en marzo de 1993, al claustro de profesores de la Facultad de Derecho de Tel Aviv. Este ensayo se ha visto beneficiado por los comentarios recibidos en dichos ámbitos. También deseo agradecer la contribución especial que realizaron mis asistentes de investigación: Jennifer K. Brown, Brooks Fudenberg, Christopher Kutz y Tracey M. Robertson.

legales para obtener una mayor igualdad para las mujeres y las leyes en busca del mismo objetivo son hoy un lugar común. El feminismo también ha tenido una gran importancia en la reciente lucha por el poder en la Corte Suprema de Justicia.

Ruth Bader Ginsburg, la primera candidata propuesta por el presidente Clinton para la Corte Suprema, de hecho el primer candidato de un presidente demócrata en los últimos 25 años, desarrolló su carrera luchando por los derechos de las mujeres. Del mismo modo, las batallas por los acuerdos de dos candidatos republicanos -Clarence Thomas y Robert Bork- tuvieron su eje en temas feministas. En el otoño de 1991, el país estaba crispado por las denuncias de acoso sexual presentadas por Anita Hill en contra del juez Clarence Thomas. La derrota de Robert Bork en 1987 -uno de los hechos más importantes en la historia constitucional contemporánea- se debió en buena medida a su posición respecto de dos casos que son fundamentales para el feminismo: Griswold v. Connecticut[1] y Roe v. Wade[2]. El caso Griswold estableció un derecho a la privacidad y lo utilizó para permitir el acceso a medios de control de natalidad y Roe, desarrollado a partir de Griswold, declaró la inconstitucionalidad de aquellas leyes que criminalizaban el aborto.

El feminismo también ha jugado un papel importante en la academia jurídica. Casi todas las facultades de derecho de los Estados Unidos tienen un curso sobre el tema. Estos cursos son cada vez más populares y provocan discusiones y argumentos que suelen extenderse a los pasillos y corredores. Durante la última década aparecieron al menos una docena de revistas jurídicas dedicadas exclusivamente al feminismo. Aun las revistas jurídicas no especializadas, como el Yale Law Journal o la Harvard Law Review publican regularmente artículos sobre feminismo. En todos ellos, el feminismo no se presenta simplemente como una ideología política, sino como una teoría jurídica y me atrevo a decir que se trata de la teoría jurídica de los noventa. Es la fuente y el punto de partida de las discusiones más exigentes y controvertidas que hoy tienen lugar en la academia jurídica.

En este trabajo me he propuesto la tarea de describir y analizar el feminismo como una teoría jurídica. Este intento será acompañado por las dificultades usuales que cualquiera experimentaría si fuese lo suficientemente tonto como para tratar de destilar en una sola teoría algo tan variado como es la literatura feminista. Como las teorías jurídicas más importantes de las últimas dos décadas, el análisis económico

[1] 381 U.S. 479 (1965).

[2] 410 U.S. 113 (1973).

del derecho y la escuela crítica del derecho, analizados en un artículo anterior[3], el feminismo tiene distintos significados para distintas personas. Es habitual hacer distinciones entre «feministas radicales», «feministas culturales», «feministas liberales» y «feministas socialistas»[4]. Estas distinciones son tan significativas como las distinciones entre las ramas más radicales y más moderadas de la escuela crítica del derecho o de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chicago o de Yale en relación a la escuela económica del derecho.

El feminismo es tan variado como cualquier conjunto de ideas, pero existe una dificultad especial respecto al feminismo. Como veremos, el feminismo no es una teoría sino dos. En un nivel, el feminismo es una teoría acerca de la igualdad. En otro nivel, más abstracto o general, es una teoría acerca de la objetividad del derecho. En ambas versiones, el feminismo representa un desafío profundo a las tradiciones políticas y jurídicas establecidas, pero también creo que existe un conflicto entre estas dos versiones del feminismo y este conflicto debe ser reconocido. El feminismo igualitario está en conflicto con su epistemología radical y, finalmente, uno deberá ceder ante el otro.

I

El período moderno del derecho constitucional norteamericano comenzó en 1954, cuando la Corte Suprema emitió el fallo Brown v. Board of Education[5]. En el caso en cuestión, la Corte declaró inconstitucional el sistema educativo que segregaba a los negros y a los blancos por motivos raciales. Pero más importante aún fue el hecho de que la Corte en este caso reposicionó a la igualdad dentro de la constitución. Durante la mayor parte de nuestra historia la libertad fue considerada como el principio supremo, dominando e incluso excluyendo otros valores. Sin embargo, la Corte en Brown enfatizó la importancia de la igualdad y la utilizó para justificar el sacrificio de ciertas libertades individuales, como el derecho de asociación.

---

[3] Owen M. Fiss, *¿La Muerte del Derecho?* 10 *Doxa* 123 (1991).

[4] Una revisión adecuada de las distintas tendencias del feminismo contemporáneo incluye los siguientes trabajos: Alison Jaggar, Feminist Politics and Human Nature (1983) e Isabel Marcus, Paul J. Spiegelman, Ellen C. Dubois, Mary G. Dunlap, Carol J. Gilligan, Catharine MacKinnon & Carrie J. Menkel-Meadow, Feminist Discourse, Moral Values and the Law - A Conversation, 34 Buffalo Law Review 11 (1985).

[5] 347 U.S. 483 (1954).

El caso Brown marcó el comienzo de una nueva era tanto en lo político como en el derecho constitucional y puso en marcha una serie de cambios radicales en la sociedad norteamericana. Durante un período de veinte años, aproximadamente desde 1954 hasta 1974 y especialmente en los sesenta, la Corte Suprema y el movimiento por los derechos civiles estuvieron enlazados por un diálogo intenso y profundo.

Una y otra vez, la Corte Suprema fue utilizada para elaborar el ideal constitucional de igualdad y para diseñar remedios que tuvieran un contenido práctico.

Hacia mediados de los años setenta, el movimiento por los derechos civiles perdió la mayor parte de sus fuerzas, tanto en los tribunales como en cualquier otra parte[6]. La marea estaba cambiando. Muchos continuaron luchando por una mayor igualdad para los negros, pero sus esfuerzos fueron tanto desesperados como marcados por una actitud defensiva que buscaba aferrarse a lo que se había obtenido en el pasado. En ese mismo momento, sin embargo, el movimiento de mujeres comenzó a tomar raíz en los círculos legales y en 1973 estableció una cabeza de playa decisiva en el campo constitucional con el fallo Roe v. Wade. El camino hacia delante no era ni recto ni estaba despejado. Pero durante el final de la década de los setenta y la década de los ochenta, el movimiento de las mujeres creció en poder y adhesiones, así como el movimiento de los derechos civiles perdió su importancia. Y es hoy que el movimiento de las mujeres constituye la avanzada de la lucha por la igualdad.

Existen algunos elementos libertarios en el feminismo. Hay quienes ven al fallo Roe v. Wade como una victoria de la libertad, dando a cada mujer el derecho de elegir la posibilidad de realizar un aborto y por lo tanto el derecho a controlar su cuerpo. Esta interpretación de Roe v. Wade tiene una enorme importancia en la cultura popular y en los círculos políticos. Sin embargo, no tiene demasiado sentido en términos de la teoría constitucional. La constitución de los Estados Unidos no confiere a ningún individuo una libertad absoluta en dominio alguno. Requiere, sin embargo, que cada límite a la libertad establecido por parte del Estado esté justificado.

Si no hubiera otras cuestiones involucradas, tales como la igualdad, el deseo del Estado de proteger la vida del feto podría ser suficiente para limitar la decisión de abortar un embarazo. La decisión de la Corte Suprema en Roe v. Wade tiene sentido constitucional sólo si tomamos en cuenta una interpretación del significado del

[6] Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974); Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976).

derecho a elegir un aborto dada la posición de las mujeres: como un medio de incrementar su igualdad.

Los feministas recorrieron un camino teórico paralelo al del movimiento de los derechos civiles en su interpretación de la igualdad[7]. El feminismo comenzó con un ataque a la discriminación; condenó aquellas políticas y prácticas por las cuales un hombre es elegido para un trabajo o un cargo en la universidad simplemente porque es un hombre. Los feministas proclamaron una regla unívoca para ambos sexos y demandaron que las personas no fueran juzgadas o discriminadas en base a su sexo[8]. Esta era la posición dominante del feminismo en los años setenta y es conocida como «feminismo liberal». Pero a medida que el movimiento maduró, un objetivo más ambicioso se hizo evidente -terminar con la subordinación de las mujeres como grupo- y éste es el objetivo que define hoy al movimiento[9].

Los feministas ahora están preocupados principalmente con las jerarquías, antes que con la discriminación, y entienden la igualdad en términos de lo que llamaré principio de antisubordinación: un principio que condena aquellas prácticas que tienen el efecto inevitable de crear o perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada para ciertos grupos desaventajados.

Dentro de este esquema la discriminación sigue siendo condenada. Pero por su función de subordinar a las mujeres como grupo y por ende de crear y perpetuar una jerarquía de género y no simplemente porque supone un tratamiento injusto para ciertos individuos identificables. Más aún, la discriminación -la elección entre candidatos que compiten por un cargo sobre la base de género- es visto como uno de los tantos procesos sociales responsables del orden jerárquico de los sexos.

Obviamente, muchos feministas, aun aquellos de los sectores más radicales, todavía sostienen sus argumentos en términos de discriminación, pero creo que esta actitud responde simplemente a una estrategia retórica para hacer que su posición aparezca como más aceptable para aquellos formados en la ortodoxia de la tradición antidiscriminatoria. Esto puede comprobarse si examinamos las

---

[7] Ver Owen M. Fiss, *Groups and The Equal Protection Clause*, 5 Philosophy and Public Affairs 107 (1976).

[8] Ver Barbara Brown, Thomas I. Emerson, Gail Falk & Anne E. Freedman, *The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women,* 80 Yale Law Journal 871 (1971).

[9] Una perspectiva adecuada para analizar la transición y el uso de derecho por parte de los feministas desarrollado en el contexto de los derechos civiles puede encontrarse en Catherine MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (1979).

facetas más ambiciosas y controvertidas del programa feminista: aquéllas que ubican al feminismo en el centro de las preocupaciones académicas y establecen su identidad como un conjunto de ideas distintas. Una de ellas consiste en la demanda, recientemente aceptada por la Corte Suprema en el caso Santa Clara[10], por la cual a las mujeres les es conferido un tratamiento preferencial.

El tema del tratamiento preferencial surge cuando existen situaciones de escasez de oportunidades de puestos de trabajo o cargos universitarios y que deben ser distribuidos entre distintos individuos. En este contexto, los feministas han desarrollado un número de estrategias para mejorar la cantidad de oportunidades de las que gozan las mujeres y algunas de estas estrategias podrían caber cómodamente dentro del esquema del principio antidiscriminatorio. Por ejemplo, los feministas han atacado algunos criterios de los sistemas de empleo que perjudican a las mujeres, tales como los de estatura o la regla que considera al embarazo como una incapacidad, diciendo que estos criterios no tienen relación con el desempeño laboral y por ello son el equivalente funcional a la discriminación por género. Los feministas también han atacado algunos criterios de selección orientados hacia el pasado (por ejemplo, el de antigüedad en el cargo) con el argumento de que perpetúan discriminaciones preexistentes[11]. Aquí también vemos cómo actúa el principio antidiscriminatorio.

Sin embargo, el principio antidiscriminatorio pierde fuerza cuando los feministas demandan que los así llamados criterios meritocráticos de selección sean modificados y que la preferencia entre competidores por un puesto de trabajo sea otorgada a las mujeres como una forma de incrementar su participación en el campo laboral. Por definición, los criterios meritocráticos están vinculados con el desempeño laboral y no constituyen un método de perpetuar discriminaciones pasadas. Del mismo modo, el uso de tal criterio no puede ser juzgado como un medio de crear discriminaciones inaceptables, aunque su uso puede aún tener el efecto de crear desventajas y por lo tanto de subordinar a las mujeres.

El principio de antidiscriminación no sólo es incapaz de suplir la base teórica para este ataque al criterio meritocrático o de sostener la insistencia acerca de que ante la escasez de oportunidades le sean conferidos privilegios a las mujeres, más aún, puede negar o prohibir tal sistema de preferencias. El principio antidiscriminatorio se concentra

---

[10] Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, 480 U.S. 616 (1987).

[11] Ver Owen M. Fiss, *An Uncertain Inheritance*, in the Outer Circle: Women in the Scientific Community 259 (Harriet Zuckerman, Jonathan R. Cole & John T. Breuer editors, 1991).

en la equidad con la cual son tratados los individuos, y cualquier hombre que sea rechazado como resultado del proceso de selección que favorece a las mujeres sobre la base de su género puede reclamar haber sido tratado injustamente. Desde luego, el principio antidiscriminatorio puede ser modificado para excusar la discriminación cuando el motivo de ella es mejorar la posición general de las mujeres, pero si sigue esta estrategia prácticamente no tiene diferencias con el principio de antisubordinación.

La importancia del principio de antisubordinación en el pensamiento feminista también puede ser apreciado en el ataque a la idea tradicional de maternidad o, en términos menos ásperos, a la concepción social que fusiona la división social y biológica del trabajo y que hace a las mujeres responsables en primer grado del cuidado de los niños[12]. Esta concepción social es considerada por los feministas como una causa importante de desventajas. El cuidado de los niños tiene, ciertamente, sus recompensas intrínsecas, pero éste no es el tema. Lo que preocupa a los feministas es la práctica que asume en forma automática que la responsabilidad por el cuidado de los niños corresponde a sus madres. Esta práctica tiende a recluir a las mujeres en los hogares, inhabilitándolas para obtener la experiencia y las calificaciones requeridas para las ocupaciones que para la sociedad tienen mayor prestigio y reconocimiento. También hace que sea difícil para las mujeres mantener esas mismas posiciones cuando están calificadas para hacerlo. Algunas mujeres dejan el hogar para trabajar, pero aun sobre ellas pesa la expectativa de dar prioridad a los niños cuando surja el conflicto entre el trabajo y la familia.

El principio antidiscriminatorio, al estar comprometido con la equidad de distribuir oportunidades escasas entre un conjunto de candidatos competitivos, no admite una práctica tan sutil y a la vez extendida como la imposición de los deberes de cuidado a las mujeres. Una decisión de distribuir empleos puede ser percibida como parte de la división del trabajo en consideración al género (las mujeres se quedan en casa con los niños, los hombres salen a trabajar), pero esa decisión es más el resultado de una aceptación social que la consecuencia de lo que presupone el paradigma discriminatorio: una elección deliberada por parte de una autoridad no identificable, como un empleador o un funcionario de admisiones. El principio de antisubordinación no es tan limitado, dado que alcanza a cualquier práctica que pone a las mujeres en desventaja, y por lo tanto ofrece las bases teóricas para aquellos aspectos del programa feminista que

[12] Ver en general Dorothy Dinnerstein, *The Mermaid and the Minotaur: Sexual Arrangements and Human Malaise* (1977).

están dirigidos a incrementar la disponibilidad de mecanismos de control de natalidad, el requerimiento a los empleadores de proveer licencias por maternidad y paternidad y el apoyo para la creación de guarderías infantiles.

El principio de antisubordinación también ofrece un criterio para comprender una parte crucial del programa feminista -designado como «valor comparable» o «paga equitativa»-[13] que busca obtener iguales salarios para las mujeres en el contexto de un mercado de trabajo que está ampliamente segregado por criterios sexuales. El principio de «valor comparable» no ataca todas las diferencias en términos de los ingresos, algunas de las cuales pueden ser atribuibles a requerimientos de mayor capacitación técnica (a los cuales las mujeres no pueden llegar dadas sus responsabilidades domésticas o debido a implícitas exclusiones de los programas de entrenamiento). Interviene sólo en aquellas diferencias donde los trabajos son funcionalmente equivalentes o comparables, si bien se retribuyen en forma desigual. La preocupación aparece con las situaciones en las cuales las secretarias cobran la mitad del salario de un conductor de camiones, a pesar de que el valor de cada trabajo, medido por algún criterio abstracto, es el mismo. Las mujeres son las secretarias, y los hombres los conductores de camiones.

En algunos casos los empleadores excluyen a las mujeres de los trabajos mejor pagados desde un primer momento simplemente porque son mujeres; una práctica económicamente poco inteligente que también puede ser erradicada como una forma grosera de discriminación. El derecho no permite las apetencias discriminatorias del empleador o las de sus empleados. Un empleador también puede ser considerado responsable bajo el principio antidiscriminatorio por los vestigios de prácticas excluyentes que hayan ocurrido en el pasado y que se reflejan en la hostilidad y el acoso que las mujeres pueden encontrar cuando buscan acceder a una categoría laboral que el empleador tenía previamente reservada para los hombres. Estos trabajos aún pueden ser considerados como efectivamente vedados a las mujeres[14].

---

[13] Ver Paul Weiler, *The Wages of Sex: The Uses and Limits of Comparable Worth,* 99 Harvard Law Review 1728 (1986). Ver también Deborah H. Rhode, *Occupational Inequality,* 1988 Duke Law Journal 1207 y *Justice and Gender: Sex Discrimination and the Law (1989);* ver además Mary E. Becker, *Barriers Facing Women in the Wage-Labor Market and the Need for Additional Remedies: A Reply to Fischel and Lazear,* 53 University of Chicago Law Review 934 (1986).

[14] Ver Vicki Schultz, *Telling Stories About Women and Work: Judicial Interpretations of Sex Segregation in the Workplace in Title VII Cases Raising the Lack of Interest Argument*, 103 Harvard Law Review 1749 (1990).

Imaginen, sin embargo, una situación en la cual el empleador formal y efectivamente mantiene una posición abierta para los trabajos mejor pagados, pero gracias a la presión social, las mujeres son educadas implícitamente y de distintas maneras para evitar esos trabajos e inducidas a buscar sólo aquéllos de menor paga. Las mujeres son canalizadas sutilmente hacia el rol de secretarias, no de conductores de camiones. Desde luego, es probable que la mayor paga de los así llamados trabajos masculinos actúe como contraefecto a estas presiones sociales perniciosas, dado que ofrece razones a todos para competir por ese trabajo. Pero la fuerza de las presiones sociales que perpetúan los roles basados en divisiones de género no deben ser subestimadas. El dinero es sólo uno entre muchos factores que llevan a la gente a buscar un trabajo por oposición a otro. Los feministas ciertamente atacarán el proceso de socialización que lleva a tal canalización y tratarán de conseguir programas educacionales que liberen a las mujeres del confinamiento de los estereotipos. Es probable que tales cambios no ocurran de inmediato o que no provean una solución para la generación previa de mujeres que se encuentran trabajando como secretarias o encasilladas en algún otro trabajo de menor paga. Por ello, los feministas también insisten en que el salario de esos trabajos debe ser incrementado. Esta demanda constituye el centro del programa basado en la idea de «valor comparable» y sólo puede ser justificado como una forma de mejorar la posición general de las mujeres en el plano económico y, por lo tanto, como un medio para erradicar la jerarquía de género. El empleador no está discriminando en base al sexo, tampoco está eligiendo empleados o determinando sus salarios en base al mismo criterio. Sólo puede decirse que el empleador acepta u obtiene ventajas de un mercado laboral que está estructurado por presiones sociales más amplias y, por lo tanto, le es posible mantener una paga diferenciada entre trabajos funcionalmente equivalentes y que esta diferencia desaventaja a las mujeres, tanto a aquéllas que actualmente ocupan esos cargos menos remunerados como a las mujeres en general.

Finalmente, podemos ver al principio de antisubordinación actuando en aquellos aspectos del programa feminista relacionados con la remoción de raíz de ciertas prácticas sociales, tales como el acoso sexual, la prostitución y la pornografía, que reducen a las mujeres a objetos sexuales[15]. El argumento aquí no es que la cosificación de las mujeres es discriminatoria, si bien, es a veces utilizado como eje crítico. Más bien, los feministas ponen en duda este tipo de

[15] Ver Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law (1987)* y *Toward a Feminist Theory of the State (1989).*

cosificación porque degrada el valor o el lugar de las mujeres en la sociedad («las mujeres existen para el placer sexual de los hombres») o es responsable por la subordinación de las mujeres en otras esferas de la vida social («a las mujeres se las mantiene en trabajos peor pagados para servir los intereses o deseos sexuales de los hombres»). Se dice que la pornografía tiene como objetivo erotizar la subordinación de las mujeres y, peor aún, inflamar las pasiones masculinas para conducirlas a la violencia contra las mujeres.

Al utilizar el principio de antisubordinación de estas variadas formas, el feminismo se continúa y se construye a partir de la tarea del movimiento por los derechos civiles. En el fondo, el principio de antisubordinación constituye un repudio a aquellas estructuras sociales -tan evidentes en la esclavitud y la segregación reclamada por Jim Crow- que ordena a las personas y a los grupos a los cuales pertenecen de acuerdo a un criterio de adscripción. Estas estructuras jerárquicas son condenadas tanto por impedir la realización individual cuanto por violentar las concepciones más elementales de comunidad. La lucha a favor de los negros en los Estados Unidos otorgó al principio de antisubordinación buena parte de su atractivo, y los feministas han aprendido de esta experiencia en su propia lucha. Sin embargo, también es cierto que muchas de las dificultades que el principio de antisubordinación generó para el movimiento de los derechos civiles rondan al movimiento feminista.

Una dificultad surge de la naturaleza grupal del principio de antisubordinación. Ese aspecto del mismo requiere que el significado social y la legalidad de una práctica sean consideradas en términos del impacto de tal práctica en cuanto al grupo como una totalidad. Es inevitable, sin embargo, que algunas mujeres individualmente tengan posiciones radicalmente distintas respecto del significado de algunas de estas prácticas aun de aquéllas que parecen menos aceptables. Por ejemplo, algunas mujeres no encuentran nada objetable en ser tratadas como objetos sexuales o en mirar o participar en la producción de material pornográfico o aun en convertirse en prostitutas. ¿Cómo pueden conciliarse sus puntos de vista con el proyecto feminista?

Desde luego los feministas realizan todo tipo de esfuerzos para respetar las opciones y los intereses de mujeres individuales y darles cabida dentro de un intento más amplio que busca asegurar la igualdad para las mujeres. Pero, al mismo tiempo, los feministas son precavidos respecto de las preferencias individuales o los deseos que refuercen las prácticas o instituciones que son consideradas como aquéllas que afectan a las mujeres como grupo y por lo general se realiza una tarea de subvaluar o explicar estas preferencias o deseos en el contexto de una teoría que las señala como atípicas o como el

resultado de las relaciones de poder existentes. En ciertas ocasiones, simplemente se muestra que estas preferencias individuales son insuficientes para justificar las prácticas que se cuestionan. Lo más importante es el bienestar del grupo. Existe una gran fuerza en todas estas respuestas, pero no hay dudas de que muchos aspectos del programa feminista dividen a las mujeres y de que la orientación grupal choca contra la ideología individualista que subyace a una amplia franja del derecho constitucional y la política de los Estados Unidos.

Otra dificultad para el feminismo surge del hecho de que el principio de antisubordinación supone un rol activo por parte del estado. El ataque de los feministas a la criminalización del aborto o las leyes que restringen el acceso a medios de control de natalidad es antiestatista, pero no debe llevarnos a falsas interpretaciones. Los feministas están tan interesados en subsidiar los abortos como lo están en despenalizarlos. Acusan al Estado de haberse convertido en un agente represivo, pero al mismo tiempo lo adoptan como un aliado potencial en su lucha por la igualdad. Los feministas son conscientes que para erradicar una institución social tan enraizada y resistente como la jerarquía de género se requieren acciones afirmativas por parte del poder del Estado y presuponen un programa amplio de activismo estatal que incluye, además de los subsidios para los abortos, un incremento en la disponibilidad de métodos de control de la natalidad, entidades para el cuidado de niños, licencias por maternidad/ paternidad, esquemas de igualdad laboral, una fuerte protección legal contra la violencia doméstica y acoso sexual y la regulación de la pornografía.

Tales ejercicios afirmativos del poder estatal involucran costos considerables y son por ello de especial interés en una época en la cual se tiene muy en cuenta el gasto público. Algunas formas de activismo estatal, tal como aquélla supuesta por la regulación de la pornografía, entran en conflicto con normas constitucionales específicas, como aquélla que garantiza la libertad de expresión. Una objeción más general y a la vez más teórica al programa feminista surge del hecho de que involucra un desvío del rol del Estado contemplado por la filosofía liberal sobre la cual solemos suponer se basan los Estados Unidos.

El liberalismo presupone una fuerte dicotomía entre el Estado y la sociedad absuelve al Estado de cualquier responsabilidad por lo que ocurre en la esfera social. De hecho, el pensamiento liberal en su forma más prístina trata a cada intromisión del Estado en la esfera social y su regulación de la interacción entre ciudadanos con gran sospecha y limita estrictamente la función del Estado a reencauzar la conducta de cualquier individuo que viola algún principio moral universalmente aceptado. Tal perspectiva no puede ser fácilmente

reconciliada con el tipo de activismo estatal querido por los feministas. La intervención que reclaman es de naturaleza estructural, tratando de alterar instituciones sociales básicas como la familia y el mercado y no en relación a los individuos contra quienes el poder estatal se aplica por haber cometido una falta distinta. Así, encontramos una cantidad de feministas como Zillah Eisenstein o Catharine MacKinnon que desafían los supuestos fundamentales del liberalismo y a la vez tratan de construir una nueva teoría para el Estado: el diseño de un plano para un Estado comprometido activamente con la obtención de la igualdad[16].

II

Los Estados Unidos experimentaron muchos cambios en la década de los setenta. Uno de ellos involucró la transferencia del Poder Judicial a un grupo más conservador de integrantes de la Corte Suprema de Justicia. La Corte que emitió el fallo Brown v. Board of Education y supervisó su implementación se desintegró, ya que algunos de sus líderes, como Earl Warren, Hugo Black y William O. Douglas se retiraron. En su lugar, el presidente Nixon y, después de él, el presidente Ford designaron personas sensiblemente menos comprometidas con los reclamos igualitarios, y este esquema sólo fue reforzado en la década de los ochenta por las designaciones de los presidentes Reagan y Bush. El presidente Clinton puede revertir este esquema y su designación de la jueza Ginsburg es ciertamente un paso en esa dirección, pero el hecho es que los últimos veinticinco años pertenecieron íntegramente a los republicanos.

El cambio de alineamiento en el más alto nivel de la Justicia Federal, que ocurrió a partir de los setenta y se continuó en los ochenta, tuvo muchas consecuencias. Por un lado, atrofió al movimiento por los derechos civiles que, por un hecho de cantidades (los negros constituyen sólo el 12 por 100 de la población) dependían tan fuertemente del liderazgo por una institución alejada del control popular. También forzó al movimiento de las mujeres a ampliar su convocatoria, de apelar a las legislaturas tanto como a los tribunales para promover su programa igualitario. En términos generales, también pienso que es justo decir que los cambios de integrantes en la

[16] Ver MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State, supra* nota 15: Zillah R. Eisenstein, *Feminism and Sexual Equality: Crisis in Liberal America (1984)*. Ver además Frances Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform,* 96 Harvard Law Review 1497 (1983).

Corte Suprema y el cambio de la doctrina concomitante llevó a muchos en la profesión jurídica a un cierto desencanto, especialmente en las facultades de derecho. En los años sesenta los jóvenes contemplaban a la Corte Suprema como una fuente de inspiración, como una indicación de cómo el derecho puede ser usado para servir a los más altos ideales de la nación. Durante los años setenta, el encanto se rompió. El cinismo y la desconfianza -lo que Paul Ricouer ha denominado la «hermenéutica de la sospecha»[17]- se pusieron a la orden del día. Los actos y los balbuceos de aquéllos en el poder fueron analizados por sus motivaciones y objetivos corruptos. En la academia jurídica este cinismo tomó muchas formas, ninguna tan significativa como el movimiento de la escuela crítica que emergió a fines de la década de los setenta y causó gran revuelo porque desbancó la pretensión de una justicia objetivamente entendida para el derecho. Los estudiantes de la escuela crítica del derecho proclamaron que «el derecho es política» y con ello querían decir no sólo que la política tiene una importante influencia en el derecho, como por ejemplo mediante las designaciones de jueces, sino más bien que el desarrollo del derecho es continuo con, si no reducible a, el ejercicio de la decisión y el poder político. Sostenían que todas las estructuras normativas, especialmente aquéllas del derecho, estaban enredadas en una «contradicción fundamental»[18], el deseo de intimidad que siempre coincidía con el temor y la desconfianza hacia otros. A causa de esta radical tensión, decían que todas las estructuras normativas apuntan en dos direcciones y son radicalmente indeterminadas con respecto a las obligaciones y conclusiones que imponen. Como resultado de ello, no hay respuestas correctas en el derecho, ni las podrá haber[19].

Al final de los años setenta y durante buena parte de los ochenta la escuela crítica del derecho jugó un papel de liderazgo en los debates teóricos de las facultades de derecho de los Estados Unidos. Cientos de personas participaron en las conferencias anuales. Fueron designados profesores de esta tendencia en algunas de las más importantes facultades de derecho, como Harvard y Stanford. El interés estudiantil era insaciable. Hoy, la situación es totalmente diferente. Los estudiantes han sido desviados en su atención. No hay nuevas designaciones de profesores de esta escuela. El trabajo de los

---

[17] Ver Paul Ricoeur, *Freud and Philosophy: An Essay in Interpretation*, 16-26 (1970).

[18] Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 Buffalo Law Review 205-211 (1979).

[19] Ver Owen M. Fiss, *¿La Muerte del Derecho?, supra*, nota 3, págs. 136-137.

académicos de la escuela crítica del derecho es virtualmente de ningún interés en los círculos filosóficos de los Estados Unidos. Muchas de sus tesis centrales, incluyendo la de la «contradicción fundamental» y la tesis de indeterminación, han sido abandonadas incluso por aquéllos que primero las propagaron[20]. La escuela crítica del derecho ha muerto y su lugar en la academia ha sido ocupado por el feminismo.

El feminismo es parte de la misma tradición escéptica de la escuela crítica del derecho, pero ha desarrollado su propia crítica al derecho. Una forma de la crítica feminista -a la que a veces se hace referencia como «feminismo cultural»- y que surge principalmente del trabajo de Carol Gilligan[21] es relativamente tibia. No ataca la objetividad del derecho como lo hacía la escuela crítica del derecho, más bien afirma que la preocupación exclusiva del derecho con la justicia debe ser suplementada con otra perspectiva general: la ética del cuidado. Como una cuestión puramente sociológica, el énfasis sobre la ética del cuidado amplía el valor de la mujer o su lugar en la sociedad porque, aunque esta ética no pertenece a la mujer solamente, se cree que es más común entre las mujeres o más identificable con cualidades femeninas estereotipadas. También se piensa que la ética del cuidado tiene implicaciones sobre la jurisprudencia y ha sido usada para reexaminar muchas de las nociones dominantes del derecho, tales como la del proceso adversarial o, especialmente, el compromiso con los derechos individuales. Estas nociones eran uno de los blancos predilectos de la escuela crítica del derecho y eran generalmente rechazadas como parte de las conspiraciones liberales[22]; hoy son criticadas en términos similares por feministas como Carrie Menkel-Meadow o Robin West[23], quienes las denuncian por ser excesivamente individualistas o por carecer de valor relacional.

Una crítica más aplomada del derecho puede ser encontrada en la obra de Catherine MacKinnon. Ella se burla de la objetividad del derecho y ha intentado demostrar que la aparente neutralidad o equidad de

---

[20] Ver Duncan Kennedy & Peter Gabel, *Roll Over Beethoven*, 36 Stanford Law Review, 1, 15.17 (1984) y Owen M. Fiss, *El Derecho Recuperado*, 11 Doxa 233-236 (1992).

[21] Carol Gilligan, *In a Different Voice* (1982).

[22] Por ejemplo, ver William H. Simon, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, 1978 Wisconsin Law Review 29 y Mark Tushnet, *An Essay on Rights*, 62 Texas Law Review 1363 (1984).

[23] Ver Carrie Menkel-Meadow, *Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process*, 1 Berkeley Women's Law Journal 39 (1985); Robin West, *Jurisprudence and Gender*, 55 University of Chicago Law Review 1 (1988). La profesora Robin West simpatiza con algunas de las premisas psicológicas del feminismo cultural, si bien mantiene una posición crítica.

las normas del derecho, tales como la doctrina del consentimiento en la violación o las leyes que protegen la pornografía no son ni neutrales ni equitativas, sino que reflejan el punto de vista de los hombres[24]. En este esfuerzo de desmitificación del derecho, la crítica de MacKinnon se asemeja casi completamente con la de la escuela crítica del derecho, más aún que la posición de Gilligan o sus seguidores, pero se diferencia en un punto importante: para los integrantes de la escuela crítica del derecho la finalidad de la crítica era la crítica misma, mientras que para las feministas radicales como MacKinnon la crítica tiene al menos un sentido, es decir, la igualdad. La escuela crítica del derecho se inspiró en ideales de la izquierda en el sentido de que sus adherentes aspiraban a una mayor igualdad esperando, decían, la destrucción de todas las jerarquías[25]. Pero en términos doctrinarios o teóricos la escuela crítica del derecho era enteramente negativa, de hecho estaba obligada a mantener la tenacidad de su crítica: cada estructura normativa podía ser desestructurada en base a la contradicción fundamental. En el caso del feminismo, sin embargo, el igualitarismo parece tener un rol más sustantivo: para MacKinnon igualdad no es simplemente una motivación, sino una parte de la teoría.

La particularidad del feminismo, tomado en cualquiera de sus versiones, tanto radical como cultural, consiste en el hecho de que busca combinar una teoría sobre la igualdad con una crítica del derecho. La presencia de este elemento crítico en el feminismo lo distingue de las exploraciones teóricas de otros movimientos igualitarios y explica algunos de los motivos para el auge del feminismo en la academia jurídica. La crítica ha llevado a muchos a hablar de una «jurisprudencia feminista», un término que no tiene contrapartida en el contexto de los derechos civiles. En mi opinión, sin embargo, la crítica feminista carece de una adecuada base teórica, y en algunos aspectos está en conflicto con su igualitarismo.

La crítica del derecho que puede rastrearse en el trabajo de Carol Gilligan se basa en el simple hecho de que no hay nada intrínsecamente individualista acerca de la justicia o los derechos o aun del procedimiento adversarial. Podemos hacer justicia en el sentido relacional o del cuidado tanto como lo deseemos[26]. La crítica de MacKinnon es más poderosa y hoy tiene mayor impacto en la academia, en parte porque responde más directamente al sentido de desencanto

---

[24] Ver MacKinnon, *Feminism Unmodified* y *Toward a Feminist Theory of the State,* citados en la nota 15.

[25] Duncan Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System* (Cambridge: Afar, 1983).

[26] Ver Linda McClain, *«Atomistic Man» Revisited: Liberalism, Connection, and Feminist Jurisprudence,* 65 Southern California Law Review 1171 (1992).

que prevalece allí, pero también es vulnerable. Por un lado, MacKinnon no ofrece ningún argumento teórico acerca de su negación de la objetividad del derecho y es difícil apreciar cómo semejante argumento puede ser articulado. Cualquier argumento de ese tipo sería en sí mismo un alegato supuestamente objetivo y por ello, estaría en conflicto con una posición que niega la objetividad. ¿Por qué, es justo preguntar, sí es posible alcanzar la objetividad en un campo (sabiendo que el derecho objetivo no es posible) pero no lo es en otros (promoviendo un derecho objetivo)?

Debe también tenerse en cuenta el hecho de que la negación de la objetividad que hace MacKinnon se presta a un relativismo ético que es inconsistente con su programa sustantivo. La jerarquía de género es condenada por ella y otros feministas sobre la base de que ofende la igualdad y dado que en este argumento se hace un reclamo a la justicia -antes que a intereses- la igualdad es y debe ser tratada por ellos como un valor objetivo. Hasta cierto punto la profesora MacKinnon reconoce este argumento, pero sólo para reducirlo a ser puesto entre paréntesis en su libro más reciente cuando admite que la «igualdad sexual es tomada, al menos nominalmente, como un ideal social sobre el cual acordar»[27].

Aunque la negación de la objetividad por parte de los feministas radicales está seriamente comprometida como cuestión teórica, no lo está desde una visión más limitada que proviene de una perspectiva histórica acerca de la objetividad. Esta duda está basada en el simple pero inquietante hecho de que muchas de las mujeres de nuestra historia han sido excluidas del proceso de crear e interpretar la ley, una exclusión que probablemente convertirá al argumento de objetividad del derecho en una pretensión o una farsa que enmascara los intereses de aquéllos que lo hicieron, es decir, los hombres. Tal duda de carácter histórico acerca de la objetividad no es un tema menor. Proyecta una sombra de escepticismo sobre las doctrinas recibidas[28] y puede ser suficiente para sostener el amplio apoyo hacia las ramas más radicales

---

[27] MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State,* citado en la nota 15, capítulo XII. El párrafo dice: «Este libro no es un tratado sobre la moral. No trata acerca del bien o del mal o aquello que considero que está bien o está mal hacer o decir. Se trata de lo que es, el significado de ello y la forma en la cual se aplica legalmente (enforced). Es un argumento teórico en clave crítica que apunta a una nueva dirección; no promueve un ideal (descuento que la igualdad sexual es un ideal social sobre el cual acordamos) o un plano maestro para el futuro».

Mi perspectiva acerca de la objetividad está planteada en Owen M. Fiss, *Objectivity and Interpretation,* 34 Stanford Law Review 739 (1982).

[28] Ver, por ejemplo, Lea S. Vandervelde, *The Gendered Origins of the Lumley Doctrine: Binding Men's Consciences and Women's Fidelity*, 101 Yale Law Journal 775(1992).

del feminismo. Pero la duda de base histórica es cualitativamente diferente que su contraparte la duda de base teórica, ya que ésta, al menos, admite la posibilidad de un derecho objetivo y convierte al feminismo en una posición filosóficamente coherente: puede fácilmente admitirse que el feminismo hace referencia a la justicia y no a meros intereses. Desde luego, para algunos, el derecho objetivo puede permanecer sólo como eso, una posibilidad teórica, una quimera filosófica, pero de tanto en tanto podemos encontrar en casos como Roe v. Wade, o tal vez la decisión más reciente en el fallo Casey[29], una posibilidad teórica convertida en realidad. El fallo Roe v. Wade no es simplemente la política correcta, sino también el derecho correcto.

Redefinido en estos términos, el feminismo, aun en sus versiones más radicales, puede ser visto como dando expresión a la misma hermenéutica de la sospecha que le dio a la escuela crítica del derecho tanto de su atractivo durante los años setenta y ochenta, pero que sin embargo permite una visión más positivista del derecho. La justicia es posible y vale la pena luchar por ella, aunque uno debe ser consciente y suspicaz respecto de si ésta ha sido alcanzada. Existe un buen motivo para sospechar. Sin embargo, mientras la sospecha permanezca fundada en la historia, podrá ampliar antes que limitar el rasgo igualitario del movimiento, del mismo modo que la historia del racismo en los Estados Unidos y los orígenes específicos de las leyes de Jim Crow nos forzaron desde una perspectiva crítica a reexaminar la doctrina de «separados pero iguales». Ciertamente, una vez que la crítica feminista es vista como una doctrina que se basa más en una perspectiva histórica que teórica, el feminismo perderá parte del derecho de presentarse a sí mismo como una «jurisprudencia», al menos como ha sido tradicionalmente entendido ese término. El feminismo será menos visto como una teoría acerca del derecho, o acerca de la integridad del derecho, que como una teoría sobre la igualdad. Pero, tal vez, ésta no será una pérdida que lamentemos. Parte del glamour frecuentemente asociado con la teorización más abstracta se perderá, pero el feminismo que subsista parecerá más auténtico y en su propio derecho digno de admiración y atención: el feminismo será visto como un cuerpo sistemático de pensamiento acerca de una las aspiraciones más altas y generales del derecho y un esfuerzo decidido de cambiar esa aspiración en realidad concreta. A veces, menos es más.

(Trad. Roberto de Michele)

---

[29] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey. 112 S. Ct. 2791 (1992).

DOXA-14 (1993)

SOBRE LA EUTANASIA[1]

Mi punto de vista

En este trabajo argumentaré en favor de la eutanasia. El nuevo proyecto del Código Penal Español continúa considerando la eutanasia como delito. La eutanasia es un caso típico de conflicto entre el interés colectivo y el individual. Es un caso difícil porque no se pueden mantener a la vez valores importantes como son el de la vida y el de la autonomía de la voluntad.

Mi primer argumento hace referencia al valor de la vida. Valoramos no sólo la vida biológica, sino también qué es lo que hacemos con nuestra vida. Esta idea es compartida por mucha gente que está a favor y en contra de la eutanasia. Tenemos que decidir si cuando hablamos del valor de la vida nos referimos sólo a un hecho natural biológico o bien a algo más que depende de nosotros, de nuestra voluntad, y que podemos denominar artificial. Quisiera argumentar que lo que valoramos *más* de la vida no es que seamos seres vivos, que tengamos unas características naturales, sino la conducta y los objetivos que hemos alcanzado en ella. Si el aspecto artificial dota de sentido al valor de la vida entonces creo que tenemos argumentos para sostener que la autonomía del yo debe regir el problema de la eutanasia.

---

[1] Debo agradecer a los profesores Raymond Pfeifer, Ronald Dworkin, Ernesto Garzón, Alexander Peczenick, Ricardo Caracciolo, Jorge Malem, Carlos Nino y Martín Ferrell sus comentarios, sugerencias y críticas. También me ha sido de especial utilidad las críticas que recibí en el Seminario Finlandés-Español celebrado en Tampere y Hensinki y en el seminario de la Universidad Pompeu Fabra. Este trabajo ha sido posible gracias a los fondos de investigación n.º PB 90-327 y BE92-39 que la DGYTC ha concedido al Departamento de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra.

Si aceptamos este argumento, entonces existen algunos casos de eutanasia voluntaria que se pueden justificar. Quisiera también argumentar que en algunos casos en los cuales no existe voluntad del destinatario es posible justificar la eutanasia si se cumplen ciertas condiciones. Mi argumento se refiere principalmente a la justificación, aunque soy consciente de que es preciso encontrar procedimientos adecuados para implementar esa política y que, en muchos casos, la ausencia de procedimiento fiable es un obstáculo para la práctica de la eutanasia.

También quisiera argumentar que la eutanasia -en condiciones normales, si se aceptan los valores que sugiero- no puede administrarse en contra de la voluntad del destinatario. En otras palabras, si tomamos en serio la autonomía del individuo no es posible justificar la eutanasia en contra de la voluntad de su destinatario.

Existe una larga discusión sobre la distinción entre la eutanasia activa y pasiva. Quisiera argumentar que mi preocupación principal reside en el tema de la justificación. Ahora bien, si existen casos en los cuales la eutanasia está justificada no se entiende muy bien por qué sólo se puede justificar la eutanasia pasiva. Mi propuesta consiste en invertir la carga de la prueba, y quienes defienden que la eutanasia está justificada en un caso determinado deben dar argumentos que justifiquen por qué la eutanasia activa no es un procedimiento adecuado. Pienso que en muchos casos se cree injustificadamente que entre la acción y la omisión existen unas diferencias mucho más profundas que las que existen en realidad. Pero no me voy a ocupar de este argumento. Otros lo han hecho con brillantez[2].

Por último, mucha gente teme que aceptar la justificación de la eutanasia suponga iniciar argumentos resbaladizos. Si aceptamos la eutanasia acabaremos aceptando cualquier cosa, desde la eugenesia hasta la selección de la raza. El argumento es débil porque siempre se pueden establecer distinciones, límites, fronteras y excepciones. Una persona con sensibilidad moral es aquella que sabe justificar distinciones y establecer diferencias.

El debate

La gente tiene opiniones contrastadas en relación con la eutanasia. En muchas ocasiones se identifica con el asesinato, porque el asesinato supone quitar la vida y la eutanasia también la quita. Esta es una posición muy fuerte y está fundamentada en la creencia de

[2] Véase, por ejemplo, E. Garzón, *Deberes positivos y Deberes negativos*. Doxa, 3.

que la vida es algo sobre lo que la gente no puede decidir, porque es sagrada. Muchas veces esta creencia se fundamenta en ideas religiosas y quienes están en contra de la eutanasia no creen que sea posible negociar con creencias fundamentales. Desde esta posición, no sólo creen que la eutanasia es incorrecta desde el punto de vista religioso y moral, sino que también creen que debe castigarse jurídicamente. El paradigma contra la eutanasia afirma que la vida es sagrada, que la vida viene de Dios y los hombres no tienen competencia para interferir en este asunto.

En oposición al paradigma descrito se encuentra el de los que defienden la eutanasia. Estos argumentan que la autonomía confiere valor a la vida. Sin autonomía los actos humanos carecen de valor, incluso desde el punto de vista religioso. Un derecho que no respeta la autonomía no es un buen derecho. El derecho no puede imponer una determinada conducta a la gente que no hace daño a terceros y que pide morir porque va a morir lentamente o porque no quiere sufrir más. Los defensores de la eutanasia sostienen que quienes defienden el paradigma estricto son crueles porque la vida con gran sufrimiento y sin esperanza de supervivencia carece de sentido. Los partidarios de la eutanasia ofrecen numerosos y trágicos ejemplos para demostrar que la razón está de su parte[3]. Pero las respuestas de sus oponentes siempre son las mismas. La situación puede ser horrible, pero es mucho peor eliminar la vida humana.

De vez en cuando se pueden encontrar argumentos sorprendentes. Por ejemplo, en un debate sobre la eutanasia entre el Gran Rabino de Londres y el Dr. Barnard -que tuvo lugar en Oxford en marzo de 1992-, el Gran Rabino no sólo mantuvo que la vida humana era sagrada, sino también que el sufrimiento era bueno porque la gente que comparte el sufrimiento de los demás se vuelve mejor. El argumento del Rabino es erróneo, no sólo porque trata a los seres humanos como medio, sino porque justificaría que torturar mejora a quien comparte el sufrimiento del torturado. ¿Volveremos a la ejecución pública por su valor educativo? Si el argumento del Rabino es correcto, ¿por qué no volvemos a la tortura o a los campos de concentración?

El debate fue enérgico y tuvo la virtud de mostrar los puntos de vista de los contrincantes. Por una parte el Rabino hablaba desde un punto de vista religioso y moral, mientras que el Dr. Barnard hablaba desde la perspectiva del hombre que trabaja diariamente con la enfermedad, el sufrimiento y la muerte. El doctor citó numerosos

---

[3] Véase, por ejemplo, el caso de Mr. Donnelly en J. Rachels, *The End of Life,* Oxford University Press, 1986, pág. 32.

casos de pacientes reclamando insistentemente el fin de sus días. Según el Dr. Barnard es imposible mantenerse insensible frente al sufrimiento ajeno y se debe ser muy cruel para no atender tales peticiones. Sin embargo, la gente discutió muy vivamente las posiciones y no se dio ningún tipo de acuerdo. Los argumentos del Dr. Barnard aludían más a los sentimientos y a la tragedia que a las razones que pueden justificar la eutanasia. El dolor añade dramatismo, pero ésta no es la cuestión principal.

Si nos tomamos el problema de la eutanasia en serio debemos estudiar cuáles son los argumentos a favor y en contra, los principios que la sustentan y, por último, decidir si jurídicamente debe o no debe prohibirse y por qué[4].

Desde mi punto de vista, en este debate no se distinguió muy claramente entre el argumento moral y el jurídico. En la tradición filosófica no se asume que toda conducta inmoral debe ser castigada jurídicamente. Se pueden encontrar muchos argumentos en autores de reconocida filiación cristiana, como Tomás de Aquino, que sostienen que no debe confundirse el pecado y la inmoralidad con el acto antijurídico[5].

Por otra parte, es muy difícil mantener el valor sagrado de la vida tal y como lo mantiene el paradigma estricto. Primero, porque en nuestras sociedades existe el acuerdo de que la vida, en ciertas ocasiones, está subordinada a otros ideales, incluyendo entre ellos a los ideales religiosos. La estrategia de mi argumentación se iniciará discutiendo el sentido y el valor de la vida en nuestra cultura, y argumentaré que a pesar de las diversas ideologías expresadas existen muchas situaciones en las cuales el valor de la vida está en juego, y que nuestras sociedades toman decisiones sobre la vida -lo cual supone que no se mantiene la sacralidad del valor vida humana-. En segundo lugar, argumentaré que la idea de la sacralidad dota de demasiada importancia al aspecto natural de la vida y que es preciso reclamar la relevancia del aspecto artificial incluso desde el punto de vista religioso.

---

[4] El problema de la muerte relacionada con el tratamiento médico forzado ha sido considerado por el Tribunal Constitucional español como un tema de excepcional importancia porque diferentes concepciones del derecho a la vida están en juego. Véase la STC 120/90. Un buen análisis del problema puede verse en M. Atienza, *La Huelga de Hambre de los Grapo,* en «Claves de la Razón Práctica», n. 14. Alfonso Ruiz Miguel ha escrito un excelente trabajo -todavía inédito- sobre el valor de la vida en el ordenamiento jurídico español.

[5] Un punto de vista muy interesante puede encontrarse en el trabajo de Mario Cuomo, «Religious Belief and Public Morality. A Catholic Governor's Perspective» in *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Social Policy,* n.º 1, 1984, en el cual pone de manifiesto el peligro de defender una moral que no se practica y concluye que los obispos no deben coaccionar, sino persuadir, pág. 31.

El valor sagrado de la vida humana

El paradigma fuerte sostiene que la vida incumbe sólo a Dios[6]. Los hombres no pueden disponer de la vida porque Dios es el único ser que tiene derecho a disponer de la vida humana. El valor sagrado e intrínseco de la vida humana supone que es independiente de los intereses del individuo. Un hombre o una mujer pueden estar interesados en suicidarse. Pero el suicidio es erróneo porque la vida tiene valor independiente del interés del individuo. Alguien puede creer que el suicidio no es erróneo si el enfermo padece una enfermedad mortal y quiere ahorrarse el sufrimiento de una agonía lenta. Pero desde el punto de vista del paradigma estricto su creencia es falsa, porque la vida tiene un valor último y sin excepciones y no se puede disponer de ella en ningún caso.

Sin embargo, si pensamos en los valores compartidos en nuestra sociedad, podemos encontrar algunos casos en los cuales la vida no es un valor que se mantenga sin excepciones. Mi tesis es que el valor de la vida no es sagrado, sino *prima facie*. En nuestra moral pública se encuentran ciertas circunstancias en las cuales se puede o se debe disponer de la vida. Veamos alguna:

1. Los casos de legítima defensa. En los códigos jurídicos y morales de muchas sociedades la legítima defensa es una eximente de la responsabilidad. En situaciones de estado de necesidad también se permite disponer de la vida. Esta excepción es reconocida incluso por algunos pensadores religiosos, como por ejemplo el estricto Rabino londinense, y también por el nuevo proyecto de catecismo católico.

2. El caso de la guerra. No hemos inventado las guerras limpias, sin muertos. La guerra del Golfo produjo numerosas bajas, especialmente en el bando iraquí. En la primera y la segunda guerra mundial, la vida humana fue un valor sacrificado a ideales que se consideraron superiores. Mucha gente creyó y cree que ese coste debía ser pagado y todavía honra a los héroes que sacrificaron su vida por su patria, por la libertad o por un mundo mejor que el que ofrecía el racismo alemán. Eso significa que el valor de la vida humana a veces debe sacrificarse a otros valores. Es difícil mantener una actitud pacifista frente al nazismo, por ejemplo.

3. La pena de muerte. En muchas sociedades todavía existe la pena de muerte. ¿Se puede ser partidario de la pena de muerte y opositor

[6] Véase, por ejemplo, K. Barth, *Church Dogmatics,* Edinburgh, T & T Clark. 1961. En el capítulo sobre la Santidad de la vida sostiene que la eutanasia debe ser considerada como un tipo de asesinato.

de la eutanasia a la vez, fundamentando todo ello en el valor sagrado de la vida? El catecismo de Woytila mantiene la pena de muerte para casos excepcionales.

4. Todavía podríamos encontrar otros ejemplos. Cuando los presupuestos del Estado se aprueban se está decidiendo sobre quiénes van a morir y quiénes no. Construir un paso a nivel puede afectar a la vida. Sabemos estadísticamente que si no asignamos recursos para el paso a nivel morirán x personas al año. La organización de la sociedad puede ser estudiada desde la perspectiva de la asignación del derecho a la vida. No quiero discutir si eso es o no moral, o si eso supone una elección trágica. Simplemente quiero llamar la atención sobre lo que se hace y no se discute, y por tanto se admite.

Todos estos argumentos muestran que en realidad en nuestras sociedades el derecho a la vida no se considera sagrado, porque se permite disponer de la vida en ciertas circunstancias. La discusión no reside ya en mantener dogmáticamente el sagrado valor de la vida, sino en averiguar las circunstancias en las cuales es lícito, obligatorio o prohibido disponer de la vida humana. Mi argumento sugiere que el derecho sagrado a la vida no es un argumento indiscutido. Sus defensores deben argumentar por qué nuestra moral positiva está equivocada. A lo mejor pueden demostrarlo.

Para conseguir nuestro objetivo, quizá sería bueno empezar a distinguir los límites que separan la eutanasia de otros casos que tienen que ver con la vida humana.

Los límites de la eutanasia

a) La eutanasia es distinta al genocidio y a la eugenesia

La gente teme la legalización de la eutanasia. Se argumenta que permitir la eutanasia es peligroso porque no se mantiene el valor de la vida como el primer principio moral y eso es erróneo[7]. Para reforzar el argumento se alude a las experiencias eutanásicas durante la época del nazismo. Creo que el argumento carece de fuerza porque los nazis no tenían una política eutanásica, sino genocida. No pretendían ayudar a morir mejor a los enfermos terminales, sino que eliminaban a la gente que ellos consideraban inútiles o enemigos de la sociedad. Es decir, el interés que se preservaba no era el del destinatario

[7] Yale Kamisar, por ejemplo, considera casos de eutanasia involuntaria el auxilio y ayuda para la muerte de idiotas y dementes seniles. Véase su artículo «Some non-religious views against proposed mercy killing legislation», *Minnesota Law Review*, vol. 42, 1958, pág. 969.

de la muerte y la eutanasia se realizaba en contra de su voluntad. En otras palabras, se dañaba a otros sin su consentimiento.

b) La eutanasia no es un asesinato

La eutanasia es semejante al asesinato porque en ambos casos la vida humana está en juego. Sin embargo, es erróneo identificar la eutanasia con el asesinato. Existen algunas diferencias importantes. Entre ellas cabe destacar las siguientes:

1. En la eutanasia siempre existe una razón humanitaria, mientras que en el asesinato, no. La eutanasia justificada sólo puede producirse en interés de la dignidad del destinatario.
2. La eutanasia tiene como objetivo disminuir el daño del destinatario que va a morir de todas formas. Los daños pueden ser muy variados, desde el dolor insoportable hasta la pérdida de dignidad que puede representar para una persona su reducción a vegetal. En el asesinato no se pretende disminuir el daño de nadie. Se pretende matar. El interés del asesinado no juega ningún papel.
3. El destinatario, directa o indirectamente, desea la muerte en el caso de la eutanasia. En cambio, en el asesinato, la víctima no. Se podría sugerir que el homicidio consentido sería semejante a la eutanasia. Sin embargo, en el homicidio consentido, la víctima no es un enfermo terminal. Esta es una diferencia relevante, aunque se pueden plantear casos difíciles en los cuales la línea de demarcación puede ser evanescente. Tal es el caso -sugerido por Nino- de la petición de la muerte de un enfermo que sufre mucho a causa de una enfermedad irreversible, pero que no es una enfermedad mortal.

Podríamos además aducir algunos argumentos que hacen referencia a cómo las leyes tratan la eutanasia y el asesinato. Los códigos y los jueces dulcifican las sanciones cuando está prohibida la eutanasia, porque no es lo mismo que un asesinato. Dentro de nuestro ámbito cultural, mucha gente piensa que la eutanasia se debe permitir en ciertas condiciones mientras que existe un consenso generalizado sobre la prohibición del asesinato.

No deja de ser curioso que existan pocos casos de eutanasia en los tribunales. Sin duda, en hospitales y clínicas se dan casos de eutanasia, pero no llegan a los tribunales, porque nadie -ni fiscales ni ciudadanos- encuentra razones suficientes para castigarla ni para denunciarla. Esta idea tiene incluso soporte académico, pues autores contrarios a la eutanasia recomiendan que en los textos legales se prohíba la eutanasia, mientras que en la práctica se sea tolerante. No es preocupante -en este caso- que el derecho de los textos sea distinto

al derecho en acción. Esta idea también tiene soporte judicial. En «La Vanguardia» del 22 de septiembre de 1992 se publicó la noticia de la condena de un médico a un año de prisión por suministrar una inyección letal a una anciana que pedía acabar con sus días. En la misma noticia se señalaba que la ejecución de la sentencia fue suspendida.

En todo caso, parece que es difícil mantener la analogía entre eutanasia y asesinato. Los autores contrarios a la eutanasia saben que es muy distinta la una del otro e identificarlos significa carecer del más mínimo sentido de la sensibilidad moral. Exageran y confunden. Es posible que tengan argumentos para defender la idea de que la eutanasia es inmoral e incluso que deba prohibirse legalmente, pero no la pueden identificar con el asesinato. Los casos difíciles nunca se dan entre eutanasia y asesinato, sino entre eutanasia y homicidio consentido.

La eutanasia no es análoga al suicidio

La eutanasia supone una decisión muy difícil. Es semejante al suicidio, porque en ambos casos la elección de la muerte está en juego. Incluso algunos argumentos que pueden justificar la eutanasia pueden servir para justificar el suicidio[8]. Pero existe una diferencia esencial. En el caso del suicidio el sujeto que realiza la acción y el destinatario coinciden. El Estado sólo puede castigar el -intento de- suicidio si sostiene que su concepción de lo bueno es superior a la concepción del ciudadano.

En el caso de la eutanasia otros deben practicarla -como en el caso del auxilio al suicidio- y las cautelas procedimentales y de prueba son muy importantes porque la eutanasia no es un medio para deshacerse de gente, sino un modo de ayudarla en una situación muy difícil. Es decir, un medio para evitar un daño. Y no debe olvidarse que el modo de morir una persona da la tónica de su calidad de vida. A todos nos importa cómo será nuestra muerte y pocos quisieran una agonía larga, dolorosa y mantenida artificialmente como fue la del general Franco.

Por otra parte, parece que si el destinatario se puede suicidar (tiene las capacidades suficientes), entonces, si pretende que le administren

[8] Martín Farrel ha argumentado que ni el auxilio al suicidio debe ser penado si nos tomamos la autonomía en serio, en su magnífico libro *La Ética del Aborto y la Eutanasia*. Buenos Aires, Abeledo Perro, mantuvo unas tesis más políticas y prudentes.

la eutanasia, está trasladando la responsabilidad a otros cuando podría defender sus intereses autónomamente. Ese quizá sería un criterio para no administrar la eutanasia a un individuo que tiene una enfermedad mortal irreversible, pero cuya esperanza de vida es extensa y cuya autonomía personal no se ve seriamente limitada por la enfermedad.

Una aproximación a la definición de eutanasia

La eutanasia significa la inducción de la muerte sin dolor en interés del destinatario y supone la *reducción* de la duración de la vida de un enfermo terminal. El daño que se infringe al destinatario es la reducción de la duración de la vida; si el enfermo no es terminal entonces no es un caso de eutanasia. Esta está fundada en el principio de que nadie debe ser cruel con los demás. El Estado no puede imponer el sufrimiento a las personas que piden morir. Un Estado que pretenda ser justo desde el punto de vista liberal no puede interferirse en esa decisión porque debe dejar la elección del daño al destinatario.

La idea más básica de la eutanasia está relacionada con la benevolencia[9]. La vida humana es un valor prima facie, Pero eso no significa que la vida humana es siempre el valor supremo. Existen situaciones en las cuales es mejor estar muerto que continuar con los sufrimientos de la vida. En la eutanasia se deja morir o se mata directamente a la gente porque el interés del destinatario es dejar de vivir. Cuando alguien -por ejemplo- está sufriendo dolores terribles y pide morir es muy cruel ser indiferente y proveer todos los medios artificiales para mantener una vida que no tiene ninguna esperanza. Joel Feinberg ha señalado que es «indigno forzar a otro a morir en contra de su voluntad, pero una indignidad semejante es forzarle a vivir... contra su voluntad»[10].

El dramatismo retórico del dolor no debe hacernos olvidar que el elemento fundamental de la eutanasia es el daño que se inflige al destinatario y ese daño puede ser no sólo el sufrimiento, sino también la indignidad. Existe eutanasia si a) se precipita la muerte; b) de un enfermo terminal; c) que la desea; d) con el objetivo de evitar un daño mayor; e) la acción u omisión la realiza una tercera persona.

---

[9] Algunos ejemplos interesantes pueden encontrarse en Bloom Cooper, *Law and Morality*, London, Duckworth, 1976, págs. 199 y ss. y J. Femberg, *Harm to self. op. cit.*

[10] Véase, por ejemplo, la obra citada de Feinberg, *Harm to others, op. cit.*, pág. 354

Esta definición de la eutanasia ofrece algunos problemas. Un elemento importante que evita discutir sobre el daño es que el enfermo es terminal y el daño (la muerte) se va a producir igualmente. Eso minimiza la relación daño-muerte porque la muerte llegará. «Eutanasia» significa ayuda a morir dignamente. La muerte ya está cerca. También cabe señalar que la definición de lo que es terminal es compleja y debe establecerse de una forma canónica. Ahora bien, sin terminalidad nos alejamos de la eutanasia, porque es una condición necesaria para que pueda hablarse de eutanasia. Un enfermo es terminal si: 1.º) su autonomía está tan deteriorada que es incapaz de gozar de sus derechos; 2.º) su situación es irreversible, es decir, no existe la posibilidad de recuperación de su autonomía. Un enfermo terminal tiene muy disminuida su autonomía y carece de la capacidad de organizar su plan de vida futuro. La terminalidad es fuente de valor y no es una mera definición.

En relación al punto c) conviene distinguir varios grados en la idea de que el enfermo la desea. El grado más fuerte es el requerimiento. En este caso el destinatario en el pleno ejercicio de su autonomía decide solicitar la eutanasia. Un grado más débil es cuando simplemente la desea[11]. Por otra parte, cuando el consentimiento expreso no se ha producido, el consentimiento hipotético podría jugar un papel relevante, siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones. El consentimiento hipotético no es un consentimiento pero -a pesar de todas las críticas-[12] puede inclinar la balanza en una u otra dirección en función de la reconstrucción de las ideas de la persona destinataria de la eutanasia. Una versión muy débil de eutanasia es la sugerida por Kamisar -que no la defiende- en su obra citada. La eutanasia sólo existe cuando se trata de una enfermedad incurable sin esperanza, sin que exista ningún modo de ayuda, y la persona afectada sufre un dolor inmitigable e intolerable y un permanente y racional deseo de morir. Estas son circunstancias que se exigen para que pueda practicarse. Pero el problema de la eutanasia es mucho más complejo[13]. Primero, porque los casos de eutanasia voluntaria no se han resuelto jurídicamente en muchos países y, segundo, porque la batalla en favor de la eutanasia se ha planteado

---

[11] Véase C. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 252 y ss.

[12] Véase R. Dworkin, « Why Efficiency?», en R. Dworkin, *A Matter of Principle.* Harvard University Press, 1985, págs. 276 y ss. Las críticas al consentimiento hipotético de Posner no significan que el consentimiento hipotético no juegue ningún papel en la justificación moral. La posición original de Rawls es un ejemplo de consentimiento hipotético que cumple ciertas condiciones.

[13] La distinción entre eutanasia voluntaria, sin voluntad y contra la voluntad ha sido aceptada mayoritariamente. Véase J. Feinberg, *Harm to Self, op. cit.*, pág. 345.

para la voluntaria y la pasiva. Pero avancemos un poco más en la distinción entre voluntaria e involuntaria.

La distinción entre eutanasia voluntaria e involuntaria

La eutanasia es voluntaria si el destinatario la solicita. La eutanasia es pasiva si nadie realiza una acción de matar, sino que se deja morir al enfermo. Los partidarios de la eutanasia consideran que la eutanasia voluntaria y pasiva está justificada y han concentrado sus energías en la defensa de esta práctica.

Sin embargo, este es sólo un caso de eutanasia. Existen otros casos en los cuales estas condiciones no se dan y que denominaremos eutanasia involuntaria. Por ejemplo, en algunas ocasiones el paciente sufre lo indecible, pero es incapaz de expresar su voluntad. En otros, el paciente está en estado vegetal sin sufrimiento de ningún tipo. ¿Es posible justificar la eutanasia en estos casos? Los argumentos tienen que ser muy poderosos para defender la eutanasia en los casos en que el destinatario no puede expresar su voluntad, porque un valor tan importante como la vida está en juego. Además los errores deben evitarse a toda costa porque, si se produce un daño, éste es irreparable.

Por último, conviene distinguir los casos de eutanasia involuntaria de los casos en los que existe una voluntad explícita en contra de la eutanasia. Creo que no existe ningún modo de justificar la eutanasia en contra de la voluntad del destinatario[14]. En este caso traspasamos el límite de la eutanasia y nos acercamos a otras figuras que probablemente ya están en el campo delictivo o quizá puedan justificarse.

La concepción de la eutanasia involuntaria

La concepción restringida de la eutanasia sólo permite su práctica en condiciones muy especiales porque, como ha señalado Feinberg, se necesita un alto grado de voluntariedad para que la propia muerte sea aceptable[15]. En los casos en los que la voluntad no se puede expresar, pero en los que no existen dudas razonables sobre cuál es la actitud del destinatario, ¿se puede practicar la eutanasia?[16]

---

[14] De hecho, éstos no son casos de eutanasia. Muchos autores confunden eutanasia con eugenesia, quizá porque los mismos principios que justifican la una pueden justificar la otra.

[15] Véase *Harm to self*, *op. cit.*, pág. 347.

[16] Los problemas de las declaraciones de la voluntad viciadas y las depresiones han sido analizados por Feinberg, *op. cit.*, págs. 354 y ss. Los problemas del cambio de voluntad en el último momento en pág. 362 y ss.

Una posible respuesta sería la siguiente. Se podría practicar la eutanasia si se dieran las siguientes circunstancias: 1. Enfermedad en estado terminal sin expectativas de curación; 2. el paciente no es capaz de expresar su voluntad; 3. existe un procedimiento fiable que prueba que el paciente estaría de acuerdo en la práctica de la eutanasia; 4. el valor de la vida -en esta situación precisa- debe evaluarse en relación con el daño y la indignidad de su situación.

Esa propuesta tiene problemas -como, por ejemplo, el diseño de procedimientos fiables-, pero, si se pudieran implementar, algunos casos de eutanasia involuntaria se podrían justificar.

El avance de la tecnología médica, que permite mantener artificialmente la vida durante mucho tiempo, plantea muchos problemas. En otras épocas no existía la posibilidad de mantener la vida artificialmente y entonces los casos de eutanasia involuntaria no se daban, porque las personas morían indefectiblemente al cabo de muy poco tiempo.

Nuestra concepción de la eutanasia involuntaria excluye de nuestro estudio el problema de los dementes seniles porque, por definición, la eutanasia está relacionada con enfermos terminales y sin esperanza de curación. Muchos autores se niegan a reflexionar sobre el tema de la eutanasia involuntaria porque los principios que la justifican sirven -o pueden servir también- para justificar medidas eugenésicas, la muerte de los idiotas o el suicidio de los prisioneros condenados a cadena perpetua[17]. Ni unos ni otros son enfermos terminales y, por tanto, no son casos de eutanasia. Seguramente el rechazo de estas medidas proviene de las múltiples y variadas formas de manipulación. Pero no quisiera analizar este problema, sino el de la eutanasia. También quisiera llamar la atención sobre el problema del escándalo que supone la defensa de la eutanasia y el silencio que se produce cuando se practica.

Una justificación liberal de la eutanasia

El argumento de Mill[18] contra la intervención del Estado en las

---

[17] No creo que la inferencia se pueda hacer directamente, pues es posible que en algunos casos se haga daño a los demás, suicidándose, por ejemplo. Pensemos en un padre de familia que deja a sus hijos en malas condiciones.

[18] El argumento de Mill es muy conocido y sienta las bases de los límites de la actividad del estado liberal. «The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant» in J. Stuart Mill, *On Liberty,* J. Gray and G. W. Smith ed. New York-London, Routledge, 1991, pág. 30.

acciones de los ciudadanos que no dañan a otros es el argumento más poderoso que justifica la eutanasia voluntaria. La elección de la muerte por un enfermo terminal no es una cuestión que interese al Estado. Los ciudadanos pueden decidir cómo morir y es asunto suyo el decidir si continúan viviendo con sufrimiento o indignidad o mueren suavemente. Cualquier intervención estatal en este asunto supone un paternalismo injustificado. La forma de la muerte es un elemento muy importante de lo que se entiende por plan de vida. Desde un punto de vista liberal, la autonomía cubre también el caso del cómo morir.

Por otra parte, cabe preguntarse -desde el punto de vista liberal- qué daño[19] produce la eutanasia, porque no está claro que sea mejor la muerte, la indignidad o el sufrimiento. Si aceptamos el argumento milliano, entonces la eutanasia voluntaria está justificada porque deja la elección en el ciudadano y su autonomía triunfa frente al Estado. La elección es del ciudadano y el Estado no puede ni debe interferir. Es el ciudadano quien decide si prefiere vivir como enfermo terminal o morir dignamente. El riesgo del error también lo asume el destinatario en el caso de la eutanasia voluntaria.

Sea cual fuere la decisión que tome el ciudadano, siempre debe tener la posibilidad de la elección. Eso significa que no se puede practicar la eutanasia al ciudadano que se opone a ella y que se puede practicar al ciudadano que la pide. Desde el punto de vista liberal, no se encuentran argumentos que reduzcan la libertad de elección de los ciudadanos en este caso.

Sin embargo, no todo el mundo es liberal en este sentido. Se puede argumentar que existen relaciones que están fuera de la autonomía de la decisión de los ciudadanos. El Estado está interesado en preservar la vida humana y ésta es la razón por la cual la eutanasia debe ser considerada como un delito. Mucha gente sostiene esta tesis. Pero, cabría preguntarse, ¿cuál es el interés público que está en juego, o cuántos recursos deben asignarse para mantener la vida sin esperanza y por qué no se asignan de un modo más eficiente a casos en que se salven vidas y no que se prolonguen los sufrimientos artificialmente? ¿Cuál es la razón que justifica el mantenimiento artificial de la vida humana en contra de la voluntad del destinatario que sufre dolores insoportables? ¿Cómo se puede argumentar que esta vida debe salvarse y castigar jurídicamente a quién actúe en contra?

---

[19] Este es el problema principal. En el caso de la eutanasia es difícil argumentar que se produce daño a otros, mientras que en el suicidio puede producirse. En realidad, el problema principal se encuentra en la noción de daño, pero en el caso de la eutanasia queda minimizado porque el daño sólo es el tiempo de la muerte o el acortamiento de la vida. El enfermo es terminal.

¿Cuál es el interés público en mantener enfermos terminales que sufren en los hospitales? ¿Por qué el Estado gasta recursos en estas vidas? Creo que no dejar decidir a los ciudadanos es un error[20]. Y es una equivocación porque existe una confusión sobre lo que el daño significa. Para muchos enfermos terminales, el daño es continuar sufriendo. Para otros el daño es sobrevivir como un vegetal y ellos quieren decidir por sí mismos qué indignidad están dispuestos a soportar. Aquellos que exigen el respeto a la vida y tratan de imponer coactivamente el castigo a la eutanasia pueden ser acusados de crueles. No resulta tan evidente que en estos casos la muerte sea peor que la crueldad de obligar a vivir o con dolor o con indignidad. ¿Por qué no dejar la elección de continuar viviendo o morir en manos del destinatario?

Estas cuestiones merecen respuestas, aunque me temo que la mayoría de personas sostienen principios sólo en el campo de la argumentación mientras que tratan de ser pragmáticos cuando se les presenta el problema concreto[21].

¿Eutanasia involuntaria justificada?

Algunos argumentos concluyentes que justifican la eutanasia voluntaria son inadecuados para la justificación de la involuntaria.

El caso de Nancy Cruzan, mantenida inconsciente durante años sin posibilidad de recuperación, es paradigmático. Sus padres, después de años de sufrimiento moral, solicitaron su muerte. Tras una larga batalla con los tribunales, Nancy Cruzan pudo morir. Es muy difícil encontrar argumentos para justificar la crueldad de mantener a Nancy en vida. Sin embargo, resultaba imposible saber su voluntad[22]. El único argumento convincente es que no se puede eliminar una vida natural, pero podemos preguntarnos si esta vida natural tiene un valor, y si la política de mantener la vida provoca un perjuicio en el sujeto que no hubiera escogido en el caso de ser capaz de decidir. ¿Qué daño debe evitarse: la crueldad, la indignidad o la muerte? Por otra parte, cabría preguntarse qué interés podría tener

---

[20] ¡Véase E. Garzón Valdés, *¿Es justificable el paternalismo jurídico?* Doxa, n.º 5.

[21] Véase L. Jiménez de Asúa, *op. cit*., pág. 434. Véase también el trabajo de Y. Kamisar, *op. cit*., págs. 970 y ss. y la respuesta de G. Williams, *Mercy Killing legislation a rejoinder.* «Minnesota Law Review», vol. 43, 1958, págs. 1 y ss.

[22] Véase J. Feinberg, «Overlooking the Merits of the Individual Case: Un Unpromising Approach to the Right to Die», en *Ratio Iuris,* 1990, pág. 134. Este caso es analizado por Dworkin en un libro de próxima publicación sobre el dominio de la vida.

Nancy Cruzan en continuar viviendo y, si no tiene ningún interés, por qué se debe dañar el interés de los padres que sufren con esa situación.

Se podría justificar la eutanasia con argumentos similares a los que justifican el paternalismo en algunos casos. Tal como afirma Garzón Valdés[23], el paternalismo está justificado cuando se da una incompetencia básica y la decisión se toma en interés del destinatario. Ambas razones son necesarias y suficientes para que se ponga en práctica el comportamiento paternalista justificado. La eutanasia no voluntaria se lleva a cabo en interés del destinatario y cuando éste no es capaz de expresar su voluntad. Sin embargo, el argumento es incompleto. ¿Cómo determinar el interés del destinatario? ¿Quién lo define? Garzón sostiene que el paternalismo está justificado si un agente racional estuviera de acuerdo con la decisión. Garzón considera el consenso racional como medio adecuado para valorar cuál es la decisión correcta.

El caso de la eutanasia no voluntaria puede enfocarse como un caso parecido al del paternalismo justificado. Los tests a los que la eutanasia debe someterse son similares a los que sugiere Garzón respecto al paternalismo. Existe uno empírico -la incapacidad básica de decisión- y uno normativo: el daño a evitar y su justificación[24].

En el caso de la eutanasia, creo que una respuesta mejor sería reconstruir la decisión que la persona en cuestión hubiera tomado en este caso particular. El problema radica entonces en descubrir cómo hubiera actuado la persona ante esta situación. La solución racional en este caso es reconstruir la decisión de la persona.

Un procedimiento aceptable sería la aportación de declaraciones de voluntad. Pero muchas personas no dejan constancia de sus deseos por escrito. Otra posibilidad es que el destinatario autorice a una persona cercana a él, que la conozca bien y que pueda mantener una conversación hipotética con él. Esta solución debe prepararse antes de que se dé la inconsciencia. El decisor debe ser designado por el destinatario. Esta propuesta resulta mejor que la del observador racional porque el criterio fundamental es reconstruir, si es posible, qué hubiera hecho el destinatario. Si tomamos la autonomía en serio, entonces no necesitamos buscar la mejor solución que el destinatario hubiera elegido. Habría sujetos que optarían por luchar por el fin natural de sus vidas y otros que preferían la eutanasia. En otras palabras, un observador racional debe mantener una conversación

[23] Véase E. Garzón Valdés, «¿Es justificable el paternalismo jurídico?». *Doxa* n.º5 y los argumentos sobre paternalismo en los artículos de V. Camps, P. Dieterlen, J. de Lucas y M. Atienza.

[24] Véase Garzón Valdés, *op. cit.*, págs. 165 y ss.

hipotética con el destinatario con el fin de determinar si la eutanasia es aplicable. La decisión no se toma objetivamente, sino según la voluntad del afectado, si es posible descubrirla. Esta posición -si se asume de buena fe- tiene la ventaja de ser cercana a la autonomía, porque sugiere que el hilo conductor para la toma de decisión es lo que hubiera decidido la persona en cuestión. El consentimiento hipotético podría ser un argumento que inclinara la balanza cuando ésta estuviera en situación de reposo. Por supuesto, que este procedimiento puede ser manipulado y se deberían tomar medidas para evitarlo. Pero ésa es otra cuestión.

Otra posibilidad -que complementa esta política y va más allá- la constituye el argumento de integridad de Dworkin. Dworkin sugiere que las ideas principales de esta persona pueden reconstruirse a partir de su vida consciente. Estas ideas y su coherencia respecto al tipo de muerte que (esta persona) desearía pueden justificar decidir en un sentido u otro. El argumento de Dworkin es la fidelidad a la coherencia de la vida de la persona. Esta podría suponer una herramienta especialmente útil en casos como el de Nancy Cruzan y otros muchos de eutanasia involuntaria. A mi modo de ver, esta estrategia se acerca -sin confundirse- a la autonomía de la persona porque el centro del argumento es: ¿qué decisión tomaría la persona involucrada si pudiera decidir por sí misma? Sin embargo, se encuentran dificultades a la hora de ponerla en práctica. ¿Quién reconstruye la vida del afectado? Hay que evitar los abusos, y permitir que los médicos o el Estado decidan, resulta peligroso porque están muy lejos del criterio del destinatario.

Una de las objeciones a esta propuesta es la dificultad de arbitrar procedimientos fiables para probar la voluntad y designar quién decide. Pero éste no es un problema de justificación y deberíamos dedicar atención al diseño de procedimientos que garantizaran que la eutanasia se utiliza para los fines preestablecidos y no para otros. También debería señalarse que estos procedimientos sólo funcionarían en algunos casos, pues en otros no podríamos reconstruir la voluntad del destinatario de la eutanasia. En los casos de consentimiento hipotético se trata de descubrir la voluntad del destinatario, no de imponerles la eutanasia.

Otra objeción a las declaraciones de voluntad consiste en afirmar que el ciudadano no puede disponer de valores importantes. Sin embargo, en nuestra sociedad, mediante declaraciones de voluntad no sólo transmitimos bienes materiales, sino también órganos vitales[25] como el hígado o el corazón, y cosas tan o más importantes

[25] Sobre este punto, véase el magnífico libro de E. Rakowski, *Equal Justice,* Oxford University Press, 1991, especialmente parte III.

que nuestra vida, como la educación y tutela de nuestros propios hijos.

Por último, algunos sujetos que creen y desean que otros decidan practicar la eutanasia, que están de acuerdo en ser destinatarios de la eutanasia, reconocerán que, desde el punto de vista del decisor, de la persona encargada de decidir, difícilmente se decidirían en favor de la eutanasia. Esta no es una prueba de la debilidad del procedimiento, sino de la seriedad del problema. Creo que sólo en casos claros esa persona va a decidir en favor de la eutanasia, en casos muy difíciles el decisor de buena fe será restrictivo, apurará la esperanza, y eso me parece correcto.

Argumentos en contra de la eutanasia

1. El primer argumento en contra de la eutanasia lo he citado al principio de mi artículo. La vida humana es un regalo de Dios y los hombres no pueden eliminarla. Sin embargo, esta afirmación privilegia el sentido natural de la vida y subestima la importancia de la vida artificial a la hora de dar sentido a la natural. Valoramos nuestra vida no sólo porque somos seres humanos, sino porque logramos unos objetivos y tenemos un comportamiento acorde con nuestras creencias. Esta parte artificial de la vida es muy importante, no sólo desde un punto de vista laico, sino también religioso. Creo que el paradigma estricto no es correcto porque la vida no es sólo un regalo de Dios. Los católicos, por ejemplo, creen que el comportamiento es decisivo a la hora de ir al cielo o al infierno.

2. Podría sugerir otra estrategia de defensa. Se puede argumentar que la creencia religiosa no es razón suficiente para prohibir y condenar un comportamiento determinado por la ley. La pregunta es si creencias no compartidas pueden ser impuestas por ley. Existe una distinción crucial entre derecho y moral. A pesar de que hay gente que sostiene que la ley debe proteger a la sociedad contra el pecado[26], resulta sencillo encontrar argumentos para afirmar que la

[26] Lord Denning en «The Times», 27 de septiembre de 1957, argumentó «que es imposible establecer una línea nítida de demarcación entre crimen y pecado... yo diría que sin religión no puede haber moralidad y sin moralidad no hay derecho». Otro buen argumento se encuentra en L. Stephen en su *Liberty, Fraternity, and Equality.* London, 1874, 2.ª ed. Stephen sugirió «que el derecho penal en esta nación se aplica para la supresión del vicio y para la promoción de la virtud», pág. 161. Los argumentos de Stephen fueron usados -parece que sin citar su origen- por Lord Devlin en su famosa polémica con Hart. El ex presidente Reagan también fue defensor de la inseparabilidad de moralidad y política. Véase su artículo en *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy,* n.º 1, 1984, pág. 10. Una posición distinta

función de la ley no es castigar el pecado[27]. Por ejemplo, Tomás de Aquino sostenía la existencia de una diferencia entre pecado y el comportamiento que debía ser prohibido por ley[28].

3. ¿Por qué se deben imponer algunas creencias a quienes no creen en ellas?[29] Siempre resulta difícil justificar el uso del derecho penal. La gente que cree en el valor sagrado de la vida no se ve obligada a practicar la eutanasia. Si no se cuenta con un acuerdo acerca de la moralidad de la eutanasia, si la gente no comparte opiniones, ¿cuál es la razón que justifica su castigo? La gente puede opinar que la eutanasia es asesinato, pero todo el mundo está de acuerdo en el castigo del asesinato y este acuerdo no se establece cuando se trata de la eutanasia. La coerción legítima debe contar con razones de peso y las razones en contra de la eutanasia no son fuertes[30]. Me pregunto si la eutanasia cuenta con este apoyo y la respuesta es que no, porque no existe un consenso entre la gente.

4. Uno de los problemas que preocupan a los opositores de la eutanasia es la posibilidad de error en el diagnóstico. En este caso, la eutanasia elimina una vida que puede ser preservada. Es verdad que existe posibilidad de error. Pero los errores, si se siguen los procedimientos adecuados y garantías, se minimizan[31]. La solución se encuentra en emplear los métodos adecuados con márgenes de error muy pequeños. Uno de ellos supondría que distintos equipos de médicos estén de acuerdo en el diagnóstico.

---

puede verse en Mario Cuomo, «Religious belief and Public Morality. A Catholic Governor's Perspective» en *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Social Policy,* n.º 1, 1984, en la que exige una actitud tolerante en temas tan controvertidos como el sentido de la vida y de la muerte.

[27] Véase la polémica Hart-Devlin en R. Dworkin (ed), *Philosophy of Law,* Oxford University Press, 1977.

[28] Tomás de Aquino, *Summa Theologicae,* 1a. 2ae, questio 96, art. 2, en la que mantiene que el derecho no prohíbe todos los vicios, sino aquellos que son especialmente destructivos para la comunidad.

[29] Mario Cuomo, en el artículo citado, sostiene, que para asegurar nuestra libertad, no debemos permitir a los demás la misma libertad, incluso cuando ocasionalmente produzcan conductas que pueden ser consideradas pecado, pág. 16..., los valores derivados de creencias religiosas no pueden ser considerados parte de la moralidad pública a no ser que sean compartidos mayoritariamente por la sociedad, pág. 18.

[30] «The antiquity of a law may create a prejudice in its favour; but in itself it is not a reason», sugirió Bentham en *The Principles of Legislation,* London, Trübner and Co., 1881, pág. 67.

[31] Vid. Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir.* Buenos Aires, Depalma, 1.ª ed. 1928, 7.ª ed. 1984, págs. 414 y ss. La legislación holandesa, que permite la eutanasia, ha diseñado procedimientos que tratan de minimizar el error exigiendo, por ejemplo, varios diagnósticos de equipos médicos diferentes.

Existe otra estrategia de argumentación. En la sociedad moderna muchas actividades suponen un riesgo para la vida humana[32]. El alpinismo o distintos tipos de competiciones de automóviles o motocicletas causan muertes cada año. Los mismos argumentos que justifican las actividades de riesgo pueden emplearse para justificar el riesgo de errores en el diagnóstico. En ambos casos se trata de la vida humana.

5. Otro argumento se refiere a los nuevos descubrimientos[33]. Creo que normalmente los nuevos descubrimientos científicos no se encuentran al alcance para aplicarlos inmediatamente. Un médico bien informado mantendrá con vida al paciente si sabe de la posibilidad de un nuevo tratamiento médico que lleve a la recuperación. Es difícil encontrar reglas estrictas en este caso y debemos confiar en lo razonable del equipo de médicos. Como sostiene George Fletcher en su artículo «Prolonging life: some legal considerations», «la profesión de médico enfrenta el reto de desarrollar los estándares humanos usuales para orientar las decisiones hacia una prolongación de la vida de los pacientes terminales... con respecto a los problemas que normalmente no se comentan con el paciente... especialmente el problema de prolongar la vida... la responsabilidad para las expectativas del paciente se encuentra en la profesión». El diagnóstico es cosa del médico, pero la decisión final no puede dejarse en manos del médico, como afirma Fletcher.

Por otra parte, se dan cambios no sólo en la tecnología, sino también en los valores que comparten los médicos. En 1936, Lord Dawson escribió lo siguiente: «era una tradición aceptada que los médicos tenían el deber de luchar por la vida hasta el fin. A medida que ha pasado el tiempo esto ha cambiado. La idea de que uno merece una muerte digna y en paz ha ido cuajando entre el cuerpo médico, incluso si ello conlleva una abreviación de la vida». Esta nueva idea es ahora muy común entre los médicos y la gente que se encuentra en contacto permanente con moribundos. Los casos difíciles no nos pueden hacer olvidar que existen muchos casos sencillos. La gente que está a favor de la eutanasia exige un cierto grado de seguridad y garantía en los diagnósticos y en la aplicación de nuevos descubrimientos. No se trata de asesinos interesados en matar, sino de ciudadanos benevolentes. No apoyarían la eutanasia sin un grado

---

[32] Las decisiones en condiciones de incertidumbre o riesgo son muy frecuentes en la vida. La aversión al riesgo no puede conducir a la inactividad absoluta.

[33] Vid. Jiménez de Asúa, op. cit., pág. 416, en donde describe el caso de un doctor que administró la eutanasia a su hijo enfermo de difteria el día anterior al descubrimiento de Roux.

razonable de certeza en el diagnóstico[34]. Al aconsejar la práctica de la eutanasia, un médico consciente e informado valorará si en el futuro inmediato la ciencia puede proporcionar remedio a la enfermedad.

6. Se considera que los no partidarios de la eutanasia son crueles. Sin embargo, los opositores a la eutanasia sostienen que la agonía y la muerte no siempre son dolorosas. Creen que hay buenos remedios, tales como suministrar algunas drogas prudentemente, y que las nuevas tecnologías suponen sistemas y tratamientos adecuados. Este argumento se ve reforzado por la afirmación de que el dolor no es tan terrible y que la gente partidaria de la eutanasia exagera sobre el dolor del paciente.

Resulta realmente difícil medir la intensidad del dolor. Hay quien sufre el dolor en silencio y hay quien lo demuestra. En realidad el problema no es el dolor, sino la enfermedad terminal. El cálculo se da entre el valor de la vida y el daño a la dignidad. La eutanasia, sin la proximidad de la muerte, no es eutanasia. El dolor es un aspecto, pero no constituye el problema principal.

7. El último argumento de los oponentes a la eutanasia es que si se comete un error, mejor que sea subsanable. Practicar la eutanasia es incorrecto porque si se comete un error resulta irreparable. Este argumento ha sido defendido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de Nancy Cruzan y ha sido criticado porque resulta muy difícil decir a una persona que sufre una enfermedad terminal y dolorosa que lo correcto es mantenerla viva y que lo erróneo es practicar la eutanasia. La pregunta es, entonces, ¿por qué es mejor mantener la vida? ¿Por qué razón no puede decidir la persona por sí misma qué valor es el mejor para ella? ¿Por qué tememos tanto el riesgo en este caso, cuando vivimos con riesgos mucho más irracionales? Sabemos que los coches producen accidentes que causan muertes, que los aviones se estrellan de vez en cuando. En nuestra sociedad decidimos cada día sobre el riesgo de vida o muerte. Los errores en la eutanasia suponen menos riesgo que los errores de un piloto o un conductor.

---

[34] Una legislación permisiva no excluye los caso difíciles; el punto de vista de Lord Segal es interesante en «The doctor's dilemma». Citado in Bloom-Cooper, *op. cit.*, pág. 197.

Procedimientos

Es muy importante diseñar los mecanismos que garanticen que la eutanasia es justa. La eutanasia no puede convertirse en un asesinato permitido, como han sugerido las críticas. El tema de los procedimientos es muy complicado y difícil y no me ocuparé extensamente de él. Sin embargo, quisiera señalar que mi argumentación se ha dirigido a la justificación de la eutanasia. Es posible que la eutanasia esté justificada, pero que no existan procedimientos fiables de comprobación de las condiciones para su aplicación y práctica.

Rachels ha sugerido que el mejor procedimiento consistiría en considerar la eutanasia como un asesinato, pero que incluyera una eximente de responsabilidad similar a la legítima defensa[35]. La legítima defensa está justificada porque el Estado no puede impedir que el daño se produzca y es un daño que debe evitarse. El Estado no puede intervenir. En el caso de la eutanasia la situación es distinta. Este procedimiento resulta simple y tiene la ventaja de que garantiza que se aplicará con medida. Se debe demostrar que la eutanasia ha sido practicada a pacientes terminales y presentar pruebas que demuestren la benevolencia y voluntad del paciente además de la corrección del diagnóstico.

Esta política parece atractiva, pero plantea algunos problemas. El primero es que se identifica la eutanasia con el asesinato. El segundo es que resulta simple, pero genera inseguridad. Es mejor definir qué pruebas se necesitan, que no proporcionar conceptos indeterminados. El tercero lo representa la dificultad de llevarla a la práctica en los hospitales, ya que puede provocar la presencia repetida de los médicos en los tribunales, lo cual no resulta deseable desde el punto de vista de la sanidad. Los médicos deben trabajar en los hospitales y no en los juzgados.

El mejor método es descubrir la voluntad del paciente. Cuando se halla consciente se debe contar no sólo con el diagnóstico, sino también con la garantía de que el paciente no ha sido manipulado. En estos casos la manipulación resulta sencilla. La eutanasia voluntaria sólo se puede practicar si existe un diagnóstico firmado por varios médicos y si existen pruebas de que la voluntad del paciente no ha sido manipulada. Estas pruebas pueden ser, por ejemplo, médicas, psicológicas o psiquiátricas, o las pruebas usuales que se hallan disponibles para determinar si la persona tiene una voluntad específica. En los casos de eutanasia no voluntaria las pruebas deben ser muy

---

[35] Véase James Rachels, «Euthanasia» in Reagan ed., *Matters of Life and Death,* New York, RandomHouse 1978, págs. 61 y ss.

estrictas. Además de las condiciones generales de la eutanasia resulta necesario probar que el paciente optaría por la eutanasia en este caso. Un procedimiento mixto es el mejor. En él se cuenta con una declaración de voluntad firmada por el paciente en la cual el paciente designa a una persona o grupo de personas que deben estar de acuerdo sobre la práctica de la eutanasia. El médico resulta imprescindible a la hora de determinar si se trata de una enfermedad terminal, pero no puede sustituir la autonomía de la persona. En los temas relacionados con la eutanasia creo que los médicos concentran mucho poder -demasiado- de decisión.

Algunas conclusiones

He discutido los argumentos principales en favor y en contra de la eutanasia. En mi opinión, se tiende a exagerar la maldad de la eutanasia y creo que se debe practicar y legalizar en algunas circunstancias y por procedimientos establecidos que garanticen el mínimo de errores. En el fondo de mi argumento se encuentra la idea de que el paciente toma la decisión más conveniente[36]. La vida humana tiene un valor prima facie. En algunos casos uno puede decidir que existen otros valores superiores. El Estado no debería imponer sus propios valores a sus ciudadanos en casos como la eutanasia. En primer lugar, porque la vida en nuestra cultura no se considera el valor supremo, como hemos dicho anteriormente. En segundo lugar, porque el Estado sólo puede interferir cuando se produce un daño y en el caso de la eutanasia el daño -¿qué daño: la muerte, el dolor o la indignidad?- lo debe decidir el paciente.

Un elemento muy importante para valorar la calidad de una vida es cómo morimos, y el Estado no debe intervenir imponiendo decisiones en asunto tan importante para la vida de un individuo.

Finalmente, si aceptamos que es posible practicar la eutanasia pasiva, ¿por qué encuentra resistencia la eutanasia activa? Si sostenemos que el valor del dolor o la indignidad excede al de la vida en algunos casos, ¿por qué es mejor la eutanasia pasiva, que prolonga el sufrimiento, que la eutanasia activa, que lo evita?[37]

---

[36] Véanse los argumentos de M. Farrell en *su Ética del Aborto y la Eutanasia, op. cit.*, pág. 111 en la cual defiende el derecho a la muerte desde la perspectiva del utilitarismo.

[37] Otra estrategia podría ser argumentar que entre la acción y la omisión no existe tanta diferencia como se mantiene tradicionalmente. Véase C. Nino, *¿Da lo mismo omitir que actuar?,* en la Ley, tomo 1979 C, págs. 801 y ss. Véase también Jonathan Glover, *Causing Death and Saving Lives.* Penguin Books, Middlesex, 1977, pág. 95.

DOXA-14 (1993)

RACIONALIDAD TECNOLÓGICA, RESPONSABILIDAD ÉTICA Y DERECHO POSTMODERNO*

I

Tratar de reflexionar acerca de las posibles interrelaciones entre racionalidad técnico-científica, responsabilidad ético-social y comunicación jurídica es algo que se orienta y tiende desde una perspectiva preferentemente jurídica, más que nada, a la propia utilidad; es decir, como aportación tendente a proporcionar al jurista investigador su propia certidumbre en cuanto al objeto de su investigación.

Mas, por encima de todo, lo que realmente aquél desea es ser entendido como oferta de diálogo interdisciplinar, como exigencia que ayude a superar al menos de forma lenta y progresiva el confuso babel terminológico resultante, procedente de esa especie de híbrido que es el homo faber.

Por una parte, al parecer, existen buenas expectativas al respecto. La física, que en palabras de Ilya Prigogines[2] describe un mundo en su concepción moderna clásica «que no sabe qué hacer desde el momento en que empiezan a aparecer estructuras organizadas», descubre hoy en una forma nueva los fenómenos del tiempo, la diversidad y la complejidad. Y éstas son precisamente las categorías centrales de la problemática con las que se encuentra confrontado el jurista investigador, por cierto bajo una terminología conceptual tan vetusta como la de «libertad», «individuo», «pluralismo» y «previsión».

Por la otra -y esto se asume como una conquista moderna, al par

---

* Lección magistral sobre Lichtenberg, pronunciada en la Escuela Técnica Superior de Darmstadt el 22-10- 1991.

[2] Ilya Prigogine. Isabelle Stengers, *Dialog mit der Natur.* 5.ª ed., 1986, Prefacio pág. III.

que como reflexión sobre la maldición babilónica[3]- se habla «de una forma de expresión últimamente empleada en la Filosofía jurídica con preferencia»[4], que describe lo jurídico bajo la categoría de «constructivismo social» en función de un sistema social autopoyético que de momento y en su hermetismo operativo no sólo se distancia de toda normatividad moral y política[5], sino que incluso llega a poner en solfa, desde su propia perspectiva, toda competencia cognitiva vinculante (en cuanto al Derecho se refiere) respecto a la realidad, viva o inerte, incluyendo, por supuesto, a las Ciencias naturales. «Desde el punto de vista constructivista no existe posibilidad alguna de poner en tela de juicio la autoridad científica del Derecho, ni desde las propias realidades sociales, ni desde la experiencia cotidiana y menos aún desde la experimentación científicamente controlada»- estas son palabras de Gunther Teubner[6]. ¿Acaso es ésta la manera ideal de destacar un purismo metodológico intencionadamente circular, por así decir, de una nueva «Teoría pura del Derecho», ahora bien, no como Teoría de las normas sino del conocimiento de lo social; o se trata quizá más bien de la arrogancia del poder disfrazada apenas de jerga lingüística de tipo prescriptivo o, incluso al revés, es la pura expresión de la experiencia de impotencia socrática? En todo caso, se muestra como una ironía del desarrollo científico el hecho de que justo aquella teoría del Derecho de cuño progresista, la teoría de los sistemas autopoyéticos, teoría que por primera vez rompe los lazos que le unen tradicionalmente con las ciencias naturales, reconozca de plano su entronque original con las teorías biológicas respectivas.

Intentemos comprender el sentido de la tan encomiada pretensión epistemológica del «constructivismo social» en base al trasfondo del desarrollo contemporáneo del Derecho y de la conciencia, que se acostumbra a caracterizar como «proyecto de modernidad»[7] y, en parte también «proyectos de la ilustración»[8], y que en opinión de numerosos sociólogos y filósofos americanos y franceses debe haber llegado ya a su fase postrera mediante el tránsito a la posmodemidad[9].

---

[3] Libro de Moisés, 11.

[4] Immanuel Kant, *Werke,* edit. por W. Weischedel, tomo III, 1959, pág. 377.

[5] Gunther Teurbner, *Die Episteme des Rechts,* en: D. Grimm (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts,* 1990, pág. 131; vid. aportaciones en: S.J. Schmidt (ed.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus,* 3.ª ed., 1991.

[6] Teubner, cfr. n. 4, pág. 132.

[7] J. Habermas, *Die Moderne -ein unvollendetes Projekt, Philosophisch-politische Aufsätze 1977-1990,* 1990.

[8] Heiner Hastedt, *Aufklärung und Technik, Grundprobleme einer Ethik der Technik,* 1991.

[9] Daniel Bell, Michel Foucault, Jean François Lyotard -por sólo citar tres de los nombres más relevantes.

Su integración dentro de la historicidad de su desarrollo permite reconocer con mayor precisión los puntos de engarce de los que se desgajaron las concatenaciones originales con la moral, la política, el Derecho y los conocimientos técnico-científicos; en ellos se apoya la esperanza de entender los requisitos que posibilitan otras nuevas y más duraderas vinculaciones o, cuando menos -para seguir con la imagen marcial de Teubner- la esperanza de poner fin a las «batallas en la guerra epistemológica»[10].

Con la tesis de que «es una ingenua hipótesis de la realidad el hecho de que actores humanos configuren los elementos básicos de la sociedad», puesto que más bien son los discursos sociales en sí los «nuevos sujetos epistemológicos», con esta tesis -decimos- se despide de forma radical la teoría jurídica de los sistemas autopoyéticos[11], de aquella teoría mantenida durante siglos sobre el contrato social de la modernidad, basada en una naturaleza racional -teoría que aproximadamente desde Hobbes (De iure, 1642; Leviathan, 1651) hasta Kant y Fichte (*Fundamentos de Derecho natural*, 1796) ha sido referencia básica indubitable y punto de partida en toda discusión en torno a las funciones del Estado y de las libertades públicas, últimamente reformulada de nuevo a la luz de la teoría de la Justicia de Rawls (1979)-. Una despedida de esta envergadura no resulta fácil en modo alguno, por lo que damos por supuesto que se apoya en «buenas razones», quizá incluso en pretendidas razones de necesidad.

II

Al concentrar en este lugar como en un foco unas pocas categorías básicas (lo que presupone reducir a la vez el campo visual), permítasenos presentar el núcleo de esta teoría del Estado y de la sociedad de cuño contemporáneo (que aparece en parte como experiencia filosófica y, en parte también, como axioma político-moral), bajo la siguiente tríada ideal: (1) Autonomía del sujeto individual como centro volitivo y de actuación, (2) Universalización de la razón, incluso a nivel práctico, y (3) Equiparación en calidad de «súbditos» (Hobbes y también Kant), o de «ciudadanos» (Rousseau).

Se ha descrito de forma muy precisa el origen común de ellas, a tenor de la cual en la versión hobbesiana el acto que representa el momento de creación del Estado no sólo produciría al soberano como personalidad del Estado y, por ende, como sujeto jurídico, sino que, simultáneamente conduciría a los individuos que sellan el pacto

[10] Teubner, cfr. n. 4, pág. 139.
[11] Ibíd., págs. 117 y 130.

social desde el estado de naturaleza al estado civil, es decir, a aquél en el que son sujetos y objetos del Derecho[12].

El Soberano como «máximo sujeto» o como «divinidad mortal», encarna en su persona a todos los individuos que le constituyen, en todo caso, respecto de materias incluidas en el ámbito de la «paz y de la seguridad general». Esto es -dice Hobbes- «algo más que un mero apoyo general o que un consenso: se trata de unificar de forma real a todos en una y misma persona, que se hace efectiva mediante el pacto de todos y cada uno entre sí...». La sumisión de cada sujeto por separado bajo la voluntad (absoluta) del Soberano y, con ello, la vinculatoriedad de la ley, no se justifican en modo alguno desde el punto de vista de su corrección o de la justicia dimanante de su propio contenido, sino desde la dependencia constitutiva de los sujetos pactantes. La proclamación de la obediencia a la ley destruye simultáneamente, con el acto básico de la representación, la condición de sujeto jurídico de cada individuo. Esta dependencia se evidencia incluso a través de la prueba hipotética de veracidad/certidumbre a la que Kant somete los pactos del legislador, es decir, del monarca. En ella no será el consenso real de súbditos/ciudadanos la condición positiva de la Justicia (hoy diríamos de la constitucionalidad) de una ley, sino el resultado negativo que debe confeccionar para sí mismo todo monarca legislador, según el cual la ley no debe ser formulada «de forma que todo un pueblo se vea imposibilitado a darle su aprobación», «sea cual fuere su grado de repulsa»[13]. Aquí aparece por supuesto el Kant liberal de 1784 (cinco años antes de la Revolución francesa) con todo su empuje, preconizando la autonomía del sujeto individual junto con el programa racional de la «época de la ilustración» que se basaba en el «sapere aude» (atrévete a usar tu propio entendimiento); aquí entraría incluso la crítica racional públicamente manifestada, sobre la legislación. Pero he aquí que entonces aparece el contraargumento federiciano de «razonad todo lo que queráis y sobre cualquier tema, pero obedeced», asumido sin objeciones por los súbditos prusianos en Königsberg en base al «numeroso y bien disciplinado ejército del monarca, garante del orden público»[14]. La idea de que es necesario todo un proceso público, real y permanente, de formación de voluntades

---

[12] Thomas Hobbes, *Leviathan,* edit. I. Fetscher, cap. 17, pág. 134, allí las citas siguientes. Cfr. Karl-Heinz-Ladeur, *Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozedualisierung des Rechts*, en: Grimm (ed.), n. 4, págs. 187 ss., 189 con ulterior bibliografía Bernard Willms, *Revolution und Protest oder Glanz und Elend des bürgerlichen Subjekts,* 1969, espec. págs. 15 ss.

[13] Kant, Über den Gemeinspruch:... en: *kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie Ethik und Politik*, ed. K. Vorländer, 1959, págs. 95 y 97.

[14] Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?,* Werke (*vid.* n. 3), Tomo IV, 1964. págs. 53 ss. y 61.

y opiniones, abierto a la crítica en todos sus flancos, apto para producir ante todo el Estado y su legislación, o sea, la idea de un status constituens de corte democrático, no habría sido para Kant, en modo alguno, puro sueño utópico.

Nadie como Hegel, el crítico de la teoría del pacto social[15], ha visto que el problema básico del Estado moderno -y también, por tanto, del nuestro actualmente- es la infinita tensión entre la pluralidad de intereses particulares y los esfuerzos por alcanzar el poder, por una parte, y por otra, la unidad de un sistema social a cuál más complejo, que puede ser determinado en su «totalidad» para llegar a ser operativo. «El principio de los Estados modernos posee tal extrema potencialidad y profundidad que permite al principio de subjetividad realizar hasta el máximo la particularidad personal autónoma y, al propio tiempo, conducirla a la unidad substancial y mantener así esa unidad en sí mismo». Evidentemente su respuesta no deja el menor resquicio de duda, de cómo el macrosujeto «Estado» debe ser concebido. «La personalidad del Estado es sólo en realidad la de una persona: el monarca»[16]. En la teoría hegeliana del «Estado personal» se encuentran de hecho vinculadas de forma ideal aquellas dimensiones que determinan hoy también el espacio de acción tanto del individuo como de la sociedad en su totalidad. Para salir al paso de posibles malentendidos debo añadir: por desgracia ese Estado personal, tal y como lo exige y concibe Hegel, no existe, ni tampoco ha existido ni existirá. De ahí que la teoría hegeliana sea una utopía que se desnaturaliza -cuando se la confunde con cualquier tipo de realidad histórica- en forma necesariamente «ideológica». Las teorías decimonónicas del Estado y de la sociedad también incluso las contemporáneas de los años sesenta, nos ofrecen toda una gama de ejemplos. La teoría del «reino de las reformas sociales» de L. von Stein (1850), a quien E.R. Huber toma como primer gran apologeta del principio del Estado Social[17], es hoy nuevamente una de las más influyentes. La teoría steiniana, posterior a Hegel, ostenta una doble vertiente ideológica: primero, por partir de la posibilidad de un poderoso actor social unificado, que no debe ser entendido «desde su ser intrínseco como

---

[15] G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* pág. 258.

[16] Ibídem, pág. 260.

[16] Ibídem, pág. 279 (destacado por el propio Hegel).

[17] Ernst Rudolf Huber, *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats,* en: *Nationalstaat und Verfassungsstaat,* 1965, págs. 127 ss. El texto hace referencia a otro dado a conocer durante el semestre de invierno 1941/42, publicado después en 1958. Vid, además, E.W. Böckenforde, *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat,* en: *Recht, Staat,* Freiheit, 1991, págs. 170 ss., 1.ª edición en 1963.

guiado por ningún tipo de interés social»[18], y segundo, porque dicho extraño ser debe ser «el rey» propiamente dicho, el monarca, representante de la concepción «autónoma» o de la «idea pura del Estado», hallándose «por encima de las clases sociales y de sus contradicciones»[19] -y ello en un momento en el que la sociedad burguesa ya se había constituido desde hace tiempo en Francia como sujeto político con pretensiones de monopolio universal, si bien en Alemania ello no era así en toda su extensión.

Las utopías, y aquí incluimos también la hegeliana, presentan los momentos que en la realidad sólo se dan en forma de situaciones relativas, imperfectas e «impuras»; es decir, vinculadas al paradigma de ubicación espacio-temporal (por así decir, como el mineral dentro de la roca), de forma estática y no susceptible de proceso alguno de perfeccionamiento, como el estado de absoluta pureza. De ahí que las utopías no sólo carezcan de lugar de ubicación sino incluso de tiempo, mostrándose como realidades estáticas, incapaces de procesamiento, siendo, por así decir, U-cronías. En la utopía hegeliana el Estado no es sólo la «realización de la eticidad ideal», el sujeto moral absoluto, sino también la voluntad sustancial real, la «autoconciencia elevada a generalidad» y, con ello, lo razonable «en y para sí». De esta manera se llega a la unidad de la «moralidad absoluta», autoconsciente y refleja, de racionalidad absoluta y, en la medida en que «se produce aquí el mayor grado de libertad jurídica», se produce también simultáneamente una Justicia absoluta -como dice Hegel-, «un absoluto e inmutable fin en sí mismo»[20]. Si esto no fuera sólo pura elucubración intelectual nos hallaríamos realmente ante un momento divino en el que la historia se detiene; o sea, ante el mismísimo retorno a la época dorada.

III

Como trasfondo de este pensamiento idealista de totalidad, cuyos efectos posteriores pueden hallarse sobre todo en el ámbito de la categorización científico-jurídica hasta bien entrada nuestra época, se hace patente el gran decalage que asumimos objetiva y subjetivamente respecto del modelo de Estado y sociedad de la modernidad (evito el fácil lapsus linguae: ... «que hemos realizado»).

---

[18] Lorenz von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Tomo III (1850), edición de 1959, pág. 37.

[19] Lorenz von Stein, n. 18, págs. 37 y 40.

[20] Hegel, *op. cit.*, en n. 14, págs. 257 y 258.

La hipótesis que orienta nuestro ulterior interés en la cuestión podría formularse eventualmente así: la patente discrepancia entre las exigencias de prestaciones que se esperan del Estado moderno capitalista, tecnológicamente dependiente, políticamente calificado de «pluralista» y cada vez más multicultural; y la capacidad real de prestaciones de sus instituciones y de sus conceptos político-jurídicos básicos (como, por ejemplo, los de representación parlamentaria, división de poderes, Derechos fundamentales, etc.), tal discrepancia no es sólo un resultado histórico casual resultante de un desarrollo político-económico -y también técnico- que pueda caracterizarse mediante conceptos clave tales como soberanía democrática por un lado, y creciente división del trabajo y de la productividad, y «explosión de los intereses de grupo» por otra[21]. Nuestra hipótesis apunta más bien al hecho de que el desarrollo de aquellos «factores reales» (Max Scheler)[22] se origina mediante profundas transformaciones de la estructura de la conciencia, de la propia comprensión del saber y de la ciencia y -expresémoslo con cautela-, de las direcciones de nuestro sentido moral. Puede ser que se den relaciones causales cambiantes entre los factores individuales; no obstante, ni se dejan aislar, ni tampoco aparecen aquí en un primer plano de interés. Si se resumen dichas transformaciones bajo la fórmula de W. Ch. Zimmerli[23], de «experimento antiplatónico» de la postmodernidad, entonces hay que constatar igualmente que la rama jurídica preponderante actualmente entre juristas que trabajan dentro y fuera de los Tribunales de Justicia, a saber, la dogmática jurídica (todavía), no forma parte del experimento. Esto aclara también la curiosa ausencia de diálogo, incluso la incapacidad -diría yo- que se da entre los juristas prácticos al aplicar la dogmática jurídica, y los puramente teóricos quienes al igual que los enunciadores de la teoría de los sistemas antipoyéticos han logrado conectar con la filosofía postmoderna. Permítanme ahora presentar algunas muestras de esta «no simultaneidad» fundamental. La literatura sobre «la crisis del Estado de Derecho»[24], «la crisis del

---

[21] Klaus Eder, *Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts,* en: Grimm, (ed.) *vid* n. 4, págs. 155 ss. y 173.

[22] Max Scheler, *Wesen und Begriff der Kultursoziologie,* en: *Wissensformen und die Gesellchaft,* obras selectas, vol. 8, 2.ª ed., 1960, págs. 17 ss.

[23] Walther Ch. Zimmerli, *Das antiplatonische Experiment. Bemerkungen zur technologischen Postmoderne,* en: íd. autor, (ed.), *Technologisches Zeitalter oder Postmoderne,* 1988, págs. 13 ss.

[24] Cfr. Denninger (ed.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, vol. I, cap. IV, *Theorien zur Krise des freiheitlich-demokratischen Rechstaates*, págs. 367 ss. Además: Ingeborg Maus, *Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen,* en: Íd. autor, *Rechstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus,* 1986, págs. 277 ss., con la literatura allí reseñada.

Derecho regulador»[25], la del «¿Adiós al Derecho?» (así; entre signos de interrogación) o, cuando menos, la de la «menguante capacidad de orientación del Derecho»[26], cubren ya bibliotecas enteras. La otra mitad de sus respectivos anaqueles la ocupan trabajos sobre crisis del Estado de bienestar[27] o del Estado Social, si bien el desmedido crecimiento de dicho Estado Social es precisamente una de las causas principales de la crisis del Estado de Derecho. Esto, al menos, es lo que se puede leer especialmente en aquellos autores que prefieren hablar de inmediato de la «crisis del Estado moderno», poniendo en tela de juicio, en principio, su gobernabilidad[28]; o que, como E. Forsthoff se conforman con una advertencia dirigida el Estado como mero recordatorio resignada en parte y, también en parte, intimidatoria, tendente al dominio de la «realización técnica»[29]. Otros observadores menos resignados analizan el «Estado de Seguridad» como compensación de la «sociedad del riesgo» o del «Estado preventivo» o, dicho de otro modo, del «Estado dirigente», como niveles de desarrollo que van más allá del mero intervencionismo del Estado Social[30]. Una opinión al respecto, publicada no hace mucho y sensible a estos extremos, aunque dogmática, sobre el «peligro que corre actualmente el Estado de Derecho» entiende, entre otras cosas, bajo ciertos términos un «profundo desconocimiento de las leyes epistemológicas del Estado de Derecho», bosquejadas grosso modo bajo los términos de «aluvión normativo», «temor a la responsabilidad», «pérdida de distancias», «obligatoriedad material», «exageradas expectativas», o «desobediencia civil»[31]. El exceso de producción normativa y de instancias burocráticas actúa también en el ámbito de los «desarrollos

---

[25] Rüdiger Voigt, (ed.), *Abschied vom Recht?,* 1983.

[26] Grimm, *vid*. n. 25.

[27] Habermas, *Die Krise des Wohlfahrtstaates und die Erschöpfung utopischer Energien,* en: íd. autor, *Die neue Unübersichtlichkeit,* 1985, págs. 141 ss.

[28] Sobre la discusión en torno a la gobernabilidad cfr. Wilhelm Hennis/Peter Graf Kielmannsegg/Ulrich Matz (ed.), *Regierbarkeit*, vol. I, 1977, vol. II, 1979; además: *Sobre gobernabilidad de las monarquías parlamentarias, v. Cappenberger Gesprüche der Freiherr-vom-Stein-Gesellaschaft*, vol. 15, 1979, con aportaciones de Josef Isensee y Hans Meyer; *der Zustand des Rechtstaates, Cappenberger Gespräche*, vol. 21, 1986, con aportaciones de Peter Badura y Gerd Roellecke.

[29] Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft,* 1971, págs. 11 ss.

[30] Ulrich Beck, *Risikogesellschaft,* 1986; Joachim Hirsch, *Der Sicherheitsstaat,* 1980; E. Denninger, *Der Präventions-Staat,* en: íd. autor, *Der gebändigte Leviathan,* 1990, págs. 33 ss.; cfr. además: Gunnar Folke Schuppert, *Diskurse über Staat und Verwaltung,* en: *Staatswissenschaften und Staatspraxis,* 1991, págs. 122 ss.

[31] Eberhard Schmidt-Assman, der Rechtstaat, en: Isensee/Kirchhof (ed.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. I, 1987, pág. 24, marginal 97.

patológicos», y de la «falta de orientación y hastío». Esta perspectiva típica -podría uno estar tentado a decir- del pensamiento tradicional sobre el Estado de Derecho, necesita, en cierta medida, ser invertida, si se quiere avanzar desde su epifenómenos, cuya existencia no se cuestiona, hacia sus auténticas causas. De esta forma ya no se hará responsable al aluvión normativo y a su aplicación, ni al exceso de «juridificación», por la desorientación y el hastío existente, sino al revés; se preguntará qué tipo de desorientación ha conducido a tal exceso de «juridificación». Dicho sea entre paréntesis: la queja por el aluvión normativo es por cierto muy antigua; aparece en B. Alberti (fall. 1.472) y en J.S. Mill (1861)[32]. Y en estos autores no se diagnosticará en absoluto su inclusión dentro de la categorización del Estado de Derecho de cuño constitucional, en base a manifestaciones como las de «desobediencia civil», «exageradas expectativas» o «temor a la responsabilidad», como expresión de un estado social patológico, sino que se investigarán ante todo las causas que figuran en la base de la abierta incongruencia entre las categorías del Estado de Derecho y del propio Derecho, y entre las ideas orientativas de cuño ético-social.

Uno de los fenómenos básicos que aquí se investiga puede ser denominado, de forma breve e imperfecta, «crisis generalizada de la razón». Quizá deberíamos atrevernos a hablar sencillamente del «final de la razón en general». En cualquier caso lo que sí se puede es justificar la diferenciación entre «moderno» y «postmoderno», entre el Derecho de la época de las luces y la Revolución francesa, y el actual Derecho postmoderno -teniendo bien presente que toda división por épocas conlleva en sí el error potencial de ser entendida como expresión de un universalismo histórico-; en ese caso se entenderá como fenómeno del fin de la razón universal, con todas sus concomitancias y secuelas. Ciertamente al hacerlo así no se discute la posibilidad de todo ser humano de comunicarse con otros de forma «razonable» y de decidirse en base a consideraciones y argumentos análogos. Tampoco hay que tocar aquí las categorías kantianas de la razón pura -es decir, teórica- en su función de instrumentos útiles para comprender la realidad, es decir, para su conceptualización. Sin embargo, no existe ya ninguna garantía (¿más?) de que podrán ser usados en todas partes y del mismo modo, al igual que con los mismos resultados prácticos. En el ámbito de las denominadas ciencias exactas o naturales se puede apreciar muy poco este fenómeno; no obstante, en lo tocante a las ciencias sociales, ciencias humanas o culturales (incluyendo aquí a las ciencias jurídicas) esto es ya de por sí

[32] *Vid.* ulteriores precisiones en Denninger. Staatsrecht 1. 1973, pág. 133, n. 117, y 118 completando.

evidente. Aquí puede quedar pendiente de decisión si parece oportuno limitar la tesis de la universalidad al ámbito de la razón práctica, toda vez que es éste precisamente el ámbito en el que debe calibrarse necesariamente: a) en primer lugar, la relación de proporcionalidad del Derecho y la moral con la realidad tecno-científica, y b) en el segundo, porque precisamente los progresos epistemológicos obtenidos de esta realidad son los que han colaborado de forma decisiva en la destrucción de la generalización de la razón práctica. Estos asertos requieren una breve fundamentación: comprender los progresos epistemológicos de las ciencias naturales y sociales puede ser entendido como un distintivo de la época moderna de las luces, como condición necesaria del progreso ético-jurídico de la humanidad; mas, en todo caso y hoy por hoy, la conciencia se halla ofuscada respecto del paralelismo que se da en ambos desarrollos[33].

Tres circunstancias características en el desarrollo del «saber» (de Las Ciencias naturales) han cooperado en la producción de una inseguridad básica en cuanto a la orientación a nivel mundial, y, con ello, en la devaluación de los baremos tradicionales de toda acción -posiblemente también en una sensibilización moral- y, en todo caso, en la conmoción de la razón práctica como patrimonio que posibilita compromisos universales.

1. La primera de tales circunstancias es la constatación de la imposibilidad de dominar con seguridad las consecuencias de la técnica en sus más amplias dimensiones espacio-temporales (y que ya se extienden, en parte, a sucesivas generaciones), Charles Perrow, en su obra de 1984: *Accidentes normales. La vida bajo la tecnología de altos riesgos,* bosquejó la actual balada en prosa empírico-científica del aprendiz de brujo y, desde la catástrofe de Chernobil sabemos que Goethe y Perrow están totalmente de acuerdo ambos, y con razón, en que el denominado «error humano» es el que trastoca todo sistema, incluidos los sistemas de seguridad.

2. La segunda característica del desarrollo actual del saber y de la Ciencia, cuyos efectos sobre las estructuras del Estado de Derecho y de la función del respectivo «Derecho regulador» debemos elaborar ahora, se deja perfilar grosso modo bajo el rótulo de «explosión de ignorancia». Ciertamente, la ciencia produce saberes en sentido de certeza de algunos o muchos sujetos epistemológicos en cuanto a determinadas materias. En la medida, empero, en que el horizonte de

[33] Sobre la complejidad del concepto «Aufklärung» v. artículo homónimo en: *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland,* vol. I, 1972, espec. págs. 265 ss.; Jochen Schmidt (ed.), *Aufklärung und Gegenaufklärung in der europäischen Literatur, Philosophie und Politik von der Antike bis zur Gegenwart,* 1989.

tales saberes crece -y en algunos ámbitos lo hace de forma más rápida todavía-, crece también el horizonte de cuestiones sin resolución, el horizonte del desconocimiento, la ignorancia o el no total conocimiento aún y, al par que se incrementa la conciencia de la propia incertidumbre se transforma el punto de vista en cuestión, sumergiendo los aparentemente «resultados seguros» en la penumbra de la eventualidad, de lo ya superado, de un futuro en cierto modo ya acaecido. Jean François Lyotard describe esta (como se ha convenido en llamar desde la perspectiva del desarrollo teórico) «constitución interna de la Ciencia postmoderna», como una paradoja discontinua, catastrófica, no susceptible de rectificación. Es ella pues la que cambia el sentido de la voz «saber» al expresar la forma en que se efectúa dicha transformación. No aporta nada conocido, sino desconocido[34]. Se podría completar esto diciendo que esa ampliación consciente de lo desconocido no sólo tiene lugar en alguna de las zonas marginales y lejanas de la Ciencia, al igual que tampoco se da en cualquier profundo sector de la especulación en torno a la llamada «investigación de partículas», sino en ámbitos de relevancia técnica inmediata, que es tanto como decir de relevancia social e individual. La incertidumbre de si «nosotros» (y se podrá decir, ¿qué sentido tiene esto aquí?) viviremos para ver el colapso de la materia, su implosión en el agujero negro dentro de equis millones o de miles de millones de años (decir «nosotros» es un decir) es algo que muy probablemente trae sin cuidado tanto a los asistentes a esta conferencia como a los demás ciudadanos de fuera. En la jerga de los políticos y demás burócratas legisladores esto significa: «de momento no hay necesidad de ello». La incertidumbre, empero, de si la catástrofe de Chernobil se podría repetir o no próximamente en Polonia, Yugoslavia, Alemania o en cualquier otro rincón del planeta; o cualquier otra incertidumbre similar como la de las posibles consecuencias que acarrearía la pérdida de microorganismos manipulados genéticamente, o de los cambios climáticos del planeta a largo plazo, todo ello permite convertir la capacidad de 'actuación insegura' -como así lo formuló Ulrich Beck-, en una cualificación clave a nivel político y biográfico»[35].

El tener que trabajar con inseguridad científicamente formulada y calibrada, sea en forma de porcentajes de riesgo o del factor equis estimado respecto de las consecuencias derivadas de la técnica es algo que acarrea a los juristas bastantes quebraderos de cabeza dejándoles, por así decir, a nivel «personal» (es decir, como seres morales) y a nivel dogmático, a dos velas. Sus consecuencias se describen como «crisis del Estado de Derecho», puesto que el razonamiento

[34] Jean-François Lyotard, *Das postmoderne Wissen*, 1986, pág. 173.
[35] Beck, v. n. 31, págs. 101 ss.

jurídico tradicional en concreto, que se basa en deducciones jerárquicas, en el paso de lo general a lo específico, de la Ley a la casuística, en la subsunción -en una palabra- y en la sentencia reputada justa, e incluso en el acto administrativo formulado a todas luces como imperativo; todo ello ya no parece funcionar en absoluto, ya que, si el causante individual de un daño o de un sólo riesgo no puede ser identificado «con seguridad», si, por tanto, se carece de certidumbre en cuanto al sujeto responsable o, desde una perspectiva policial, en cuanto al «perturbador del orden» responsable, si, por otra parte además el hecho jurídico que conlleva como consecuencia la responsabilidad o el deber de actuar de oficio no puede ser determinado con precisión ya que en lugar de un peligro de perfil bien diferenciado aparece un simple riesgo cuyo grado de probabilidad es tan desconocido como el alcance de los posibles daños; entonces es cuando justamente se vienen abajo las columnas que sujetan ese artístico edificio que es el «derecho regulador»; entonces es cuando empiezan a desdibujarse los límites aparentemente tan claros entre lo prohibido y lo permitido, entre la libertad del ciudadano y el control del Estado, límites de los que el Estado Social debería sentirse tan orgulloso.

Veamos un ejemplo de todo lo dicho, en una sentencia del Tribunal de lo contencioso-administrativo de Kassel[36]. El Tribunal en cuestión debería decidir sobre la necesidad y la capacidad de obtención de licencia de ciertas instalaciones experimentales de manipulación genética en una época en la que todavía no existía la «Ley sobre técnicas de manipulación genética» del 20 de junio de 1990, que es la base jurídica específica para tales experimentos y que sirve también para elaborar productos farmacéuticos[37]. La solución del caso propuesto, a la luz de los principios tradicionales del Estado de Derecho es bien clara, constatada igualmente por la gran mayoría de los que sometieron a crítica la decisión en cuestión: que una acción «en sí» permitida no necesita ni licencia ni capacidad jurídica, ya que lo que no está prohibido por el legislador por razones obvias de bienestar común está permitido, tanto más cuanto que, como aquí es el caso, se basa en la aplicación de ciertas libertades constitucionales (libertad de ejercer oficio, profesión y actividad económica). Sin embargo, el citado Tribunal decidió algo distinto: en primer término constató de forma precisa que el progreso tecno-científico siempre conlleva «indefectiblemente» cierta carencia de conocimientos, ciertas lagunas del saber humano y cierta eventualidad, es decir, conlleva una falta de

[36] VGH Kassel, *Beschluss vom 6.11.1989*, JZ 1990, 88, con comentario de H.H. Rupp; NVwZ 1990, págs. 276 ss., con ulteriores reenvíos.

[37] Aquí se soslaya conscientemente la aplicabilidad de principios transitorios hasta la plena vigencia de la Ley de manipulación genética alemana.

seguridad en los resultados. El trato con este fenómeno del desconocimiento (es decir, del «todavía no saber») no es nada nuevo para el ordenamiento jurídico; sin embargo, la sentencia continúa: «No obstante, en la investigación de materias innovadoras básicas, como la energía nuclear, tecnología espacial, tecnología de información y de comunicación, biología y -en especial- tecnología genética, nos movemos en otras dimensiones y en otros niveles cualitativos distintos»[38].

Dada la peligrosidad especial de dicha tecnología genética -comparada en este contexto con la derivada de la energía nuclear de uso pacífico-, se reputa correcto que sea el propio legislador quien decida en principio sobre la permisividad de dicha tecnología. Si se tuviera que esperar a los resultados experimentales sobre nocividad o utilidad de esta tecnología sería tanto como arrojar a un niño a un pozo y esperar a ver qué pasa antes de actuar. Dicho con pocas palabras: la sentencia invirtió la relación prohibido-permitido, típica en Derecho, de la siguiente forma: «Puesto que la puesta en práctica de este tipo de actividades no está expresamente permitida, sino condicionada a severos controles, debe estar en principio prohibida en función de sus imprevisibles riesgos.»

Aquí aparece un nivel jurídico especial, al trastocarse en «programa de seguridad preventivo». El juez que exige la actividad exclusiva del legislador actúa, sin embargo, como si fuera él mismo el legislador, cuando lo prohíbe por primera vez. Si se quisiera generalizar este principio -y hasta ahora la capacidad de generalización ha sido característica y condición cualitativa de la normatividad jurídico-reguladora del Estado de Derecho-, el ciudadano se vería de inmediato confrontado con el «temor de todo juez al evaluar la técnica» (G. Winter), y muy pronto desconocería dónde se hallan los límites de lo permitido[39]. Al desaparecer el límite clásico de seguridad y previsibilidad del Derecho, que simultáneamente significaría despedirse de la libertad y responsabilidad individual del ciudadano, cambiaría igualmente la seguridad precaria, preventiva, manipulable y contextual, en relación a determinados bienes jurídicos[40].

La relación entre la generalidad de la Ley, entre el sujeto responsable de sus actos -como así es lo usual en el ordenamiento jurídico de Kant- y la superación técnico-racional del mundo, dicha relación todavía brillaría un último segundo con todo su esplendor, justo en el momento de su destrucción.

---

[38] Cfr. n. 37, JZ 1990, 90.

[39] Cfr. Gerd Winter, *Die Angst des Richters bei der Technikbewertung*, ZRP 1987, págs. 425 ss.

[40] *Vid*. al respecto Denninger, n. 31, págs. 33 ss.

3. Una tercera característica del desarrollo científico, al tiempo que la última que aquí se va a mencionar, es tan compleja y está tan poco estudiada en todas sus últimas consecuencias que sólo la puedo esbozar aquí con suma cautela y sin ánimo de exhaustividad. Por otro lado, es ésta justamente la que fascina a los juristas, puesto que se trata, dicho grosso modo, de cambiar la proporción «saber-poder». Con todo no intento señalar los siguientes fenómenos extremos observados con frecuencia: a) Que por primera vez en la historia de la humanidad, el desarrollo tecnológico ha alcanzado tal estado que hace posible la autodestrucción de la especie homo sapiens (junto con gran parte de su entomo), y b) que los esfuerzos en hombres y tiempo que conlleva la eliminación de cierto número de seres humanos se ha reducido siempre de forma progresiva[41]. No conviene pasar por alto aquí que ambos hechos han logrado efectos profundos en cuanto a la distribución global del poder y en el ordenamiento jurídico internacional y sus instituciones, y que seguirán lográndolo. Nuestro interés se centra ahora en el fenómeno cotidiano, mucho menos espectacular pero por ello tanto más efectivo, de la creciente implicación de la praxis (o sea, de las estructuras de poder) y del desarrollo científico.

En íntima unión con el final de la generalización de contenidos de la razón práctica y sobre el telón de fondo de modelos tradicionales en fase de desintegración, si no ya fuertemente descoloridos, relativos a la formación de identidades colectivas, como el Estado nacional, la clase social, la creencia religiosa o el partido político[42], este fenómeno significa un reto apenas reconocido como tal, dirigido a la fantasía del jurista. Categorías básicas como «representación», «bien común», «Soberanía», y también elementos constitutivos del Estado de Derecho como «división de poderes», «Ley» y «Derechos fundamentales», han de ser repensados de nuevo.

Walther Ch. Zimmerli, al opinar que «la época tecnológica determina la otra cara de la medalla de la postmodernidad»[43] ha destacado uno de los aspectos esenciales del fenómeno aquí reseñado: habla de una hibridación entre ciencia y tecnología en donde ya no existirá división entre ciencia como pura producción de conocimientos y técnica, como aplicación de éstos. La línea divisoria entre la «investigación de líneas básicas» y la «ciencia aplicada» se vuelve cada vez más difuminada incluso a nivel teórico. J.E Lyotard ha constatado de forma brutal y sin tapujos que ya no sirve de línea protectora, ni a

---

[41] Heinrich Popitz, *Phänomene der Macht*, 1986, págs. 33 ss.

[42] Vid. al respecto Habermas, *Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?,* en: Habermas/Heinrich, *Zwei Reden, Aus Anlass des Hegelpresises*, 1974, págs. 57 ss.; Íd. en Lyotard, *op. cit*., n. 35, pág. 53.

[43] Zimmerli, cit. n. 23, pág. 22 y más adelante pág. 24.

nivel teórico ni en la práctica, de la torre de marfil: «El Estado y/o la empresa han cedido el cómputo de legitimación idealista o humanista (completemos: de las ciencias) para justificar el nuevo punto de partida; en el discurso de los actuales accionistas de hoy, la única apuesta digna de crédito es el poder (la puissance).

Ya no se compran científicos, técnicos ni aparatos para buscar la verdad, sino para ampliar el poder[44].

De toda esta situación resultan para todo ordenamiento jurídico que, como el constitucional alemán, se base en el «valor y dignidad de la persona», «al actuar como miembro de una sociedad libre, en libre autodeterminación»[45], tareas específicas de protección, que aquí sólo pueden ser reseñadas brevemente en cuanto a sus tendencias:

a) Todo científico que trabaje en régimen de dependencia material -lo que hoy por hoy viene a ser la regla general- debe ser protegido, en cuanto a las convicciones constitutivas de su personalidad, contra toda presión del sistema político-económico. Ello exige el reconocimiento de la capacidad de objetar en conciencia de todo científico en régimen de dependencia laboral, con vigor suficiente como para modificar tal status en ciertas condiciones; a saber, en base a la denominada «subjetividad» (o, mejor dicho) autonomía de la propia conciencia.

El Tribunal Supremo federal alemán ha aplicado ejemplarmente, en mayo de 1989, lo aquí dicho, en un caso en el que se trataba de la negativa de un director de un grupo de investigadores, empleado por una multinacional, a seguir desarrollando un antiemético que no sólo se aplicaría en el tratamiento quimioterapéutico del cáncer sino evidentemente y en mayor medida como tratamiento de primeros auxilios en todo soldado herido de muerte por radiaciones procedentes de explosiones nucleares en una guerra atómica[46].

b) El ordenamiento jurídico no debe proteger sólo el foro interno del individuo por su identidad personal sino en interés de un abierto y público debate entre riesgos y utilidades, especialmente sobre disponibilidad y capacidad de los científicos (individualmente) en cuanto a comunicación allende los límites del sistema. La sociedad tecnológica depende, por su propia estructura capitalista, en gran medida, de la implicación entre las estructuras de poder y los procesos de adquisición

---

[44] Lyotard, *op. cit*., n. 35, pág. 135 -paréntesis añadido por mí, E. Denninger.

[45] BVerfGE 65, 1, 41 (Ley alemana del Censo de Población), en vez de citar diversas fórmulas similares.

[46] BAG Sentencia del 24-5-1989, JZ, 1990, págs. 139 ss., con comentarios de Mayer-Maly. Cfr. completando: E. Derminger/Karl Heinz Hohm, *Arbeitsverweigerung aus Gewissensgründen,* en: *Die Aktiengesellschaft,* 1989. págs. 145 ss.

de conocimientos. Negarlo o denunciarlo como patologías sería ponerse en peligro de muerte, además de ser un pésimo romanticismo ecológico. Por otra parte no es menos peligroso ocultar informaciones sobre peligros técnicos potencialmente mortales o amenazadores, o sobre riesgos similares dentro de un subsistema, mientras que los productos que los encierran se extienden por todo el mundo. La historia tecnológica -incluso la de Occidente- de lo nuclear y biogenético ofrece múltiples e instructivos ejemplos, desde el escándalo de Pinto, de los años setenta (casi 9.000 muertos en cuatro años), pasando por la inseguridad de la puerta de bodegas de carga del avión DC-10 (346 muertos tras estrellarse), hasta el llamado caso Bart, relativo a un sistema automático, peligroso por defectos de construcción, encargado de regular el tráfico de ferrocarriles de cercanías en la bahía de S. Francisco[47]. Pero miremos ahora lo que sucedió en la reciente historia de la tecnología alemana y nos dará qué pensar. Se trata de la tragedia de la química Clara Immerwahr, primera esposa del premio nobel Fritz Haber, al manifestarse sin éxito durante la Primera Guerra Mundial contra la fabricación de gas venenoso, fabricación en la que trabajaba su esposo[48]. Otro triste ejemplo del pasado reciente nos lo ofrece la «política informativa» (o, mejor dicho, la política de «desinformación») de la empresa Boehringer de Ingelheim/Hamburgo, sobre la peligrosidad del producto conocido como dioxina (TCDD). La historia es siempre la misma: un especialista que trabaja en ello intenta o bien advertir de los potenciales peligros a los demás miembros de la empresa o a la opinión pública. Por ello se ve sometido a presión por parte de la propia empresa, hasta la eventual pérdida de su puesto de trabajo. No pocas veces se llega hasta el suicidio[49]. Hay que comprender que todo ello no puede calificarse tan sólo de simple «tragedia personal» o algo parecido, ni tampoco que se trata de un mero tema de «jornadas sobre técnica y ética», o para la redacción de códigos deontológicos de asociaciones de ingeniería -por muy honorables e importantes que sean todos estos esfuerzos-, sino que aquí es donde debe intervenir el legislador, al producirse un problema estructural de compatibilidades entre subsistemas en colisión o -dicho en términos comprensibles en la vieja Europa: «Se trata de ocuparse de libertades fundamentales en colisión». En este lugar recordaremos que el legislador de Hesse obliga, desde hace ya más de veinte años, a un grupo de científicos especialistas (todos los que participan en

[47] Bart = Bay Area Rapid Transit -nombre de la empresa-. Sobre los ejemplos vid. Hans Lenk, *Ethikkodizes für Ingenieure,* en: H. Lenk/G. Ropohl (ed.), *Technik und Ethik*, 1987, págs. 194 ss.

[48] IPPNW, Clara-Immerwahr-Auszeichnung der IPPNW, págs. 8 ss.

[49] Cfr. diario «Der Spiegel», n. 31 y 32, 1991, págs. 102 ss., y 106 ss.

cátedras e investigaciones universitarias) a calcular las consecuencias más graves del conocimiento científico a nivel del máximo rango -como la vida, salud, coexistencia pacífica-, al par que se exige que todo científico informe a nivel interno (cuando menos) en la Universidad, de todo peligro potencial que pueda serle conocido (Art. 6 Hug)[50].

Esta disposición fue atacada con virulencia en su momento por políticos y científicos de primera fila, llegándose a hablar de la obligatoriedad de convertirse en denunciante, de la restauración de la Inquisición en la enseñanza superior, y de la supresión de la libertad de investigación científica, e incluso de la destrucción de la ciencia como tal[51]. Colegas de Marburgo acudieron al Tribunal Constitucional impugnando dicha norma, norma que había sido concebida expresamente como protección de todo informador científico. Los magistrados de Karlsruhe reflejaron su postura en conciencia, sensibilizados ante el problema, en una sentencia de veinte folios[52], cuyo resultado fue la desestimación de plano del recurso interpuesto.

IV

Aquí concluyo esta exposición. La lista de cuestiones sin resolver es demasiado prolija y crece constantemente por un motivo: la explosión de desconocimiento. De la situación aquí esbozada entre «reconocimiento y Ciencia» se pueden extraer numerosas consecuencias bastante «concretas» de índole organizatoria y procedimental, sobre todo allí donde se requiere coordinación a nivel práctico entre conocimientos empírico-científicos y los dimanantes de las ciencias sociales, tanto si se trata de procedimientos de producción normativa a nivel parlamentario en los que desde hace ya bastante tiempo se viene discutiendo sin resultado satisfactorio. Aquí entraría desde la institucionalización de asesorías tecnológicas (TFA), hasta la fijación de valores límite respecto al reglamento sobre instalaciones de altos hornos y similares, pasando por las disposiciones administrativas de aguas residuales[53], hasta llegar al nivel de aplicación normativa -por ejemplo, referente a consultas de expertos en materia de inspección de instalaciones nucleares según la Ley de energías nucleares-, siempre

---

[50] En la forma constitucional ofrecida y de acuerdo con una interpretación restrictiva, dicha norma es perfectamente compatible con la Ley fundamental de Bonn. *Vid*. BVerfGE 47, 327, 380.

[51] Ibídem, pág. 371.

[52] Ibídem, págs. 366-386.

[53] *Vid*. al respecto: Denninger, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt - und Technikrecht*, 1990.

teniendo a la vista que -como acabamos de ver en Alemania- el titular de licencia administrativa es justamente el que se suele oponerse al acceso de expertos designados por la Administración para la inspección de dichas instalaciones en cuestión[54].

Así pues, sería por ejemplo un buen incentivo pergeñar las condiciones de composición y funcionamiento de las comisiones de expertos sobre el telón de fondo de la inevitable imbricación entre los conocimientos en las respectivas materias y los intereses económicos y demás circunstancias, puesto que ello sería ideal para cumplir la legislación del Estado de Derecho, aparte que suficiente para una protección eficaz de las libertades fundamentales. La recientemente regulada «Comisión Central de Seguridad Biológica», en base a la ley sobre manipulación genética, de 20 de junio de 1990, supone una oportunidad antes desconocida[55].

La creciente juridificación actual, la diferenciación procedimental en cuanto a modos de producción normativa propios, la pluralidad de instancias decisoras a veces consideradas meros mandatarios -lo que necesariamente conlleva en parte cierta autonomía del «discurso jurídico»; todas estas manifestaciones no son más que una descripción inmediata del fenómeno. Para justificar esta forma de producción jurídica apenas sí se ha dado un primer paso. Otra cosa sería si se pudiera partir de la base de que el discurso entablado de manera «racional», es decir, basado en argumentos razonables, incluso en buenos motivos racionales, y el consenso conseguido de esta forma en un proceso «limpio», nos pudieran acercar a la «verdad» -léase- a la «Justicia» un paso más en cada caso. Esta hipótesis nuestra tan optimista se basa en el lema kantiano antes citado «sapere aude» y encierra hoy la idea habermasiana de un «poder comunicativo afectivo» que actúa -como dice su autor- «sitiando» al sistema político-administrativo, ya que se nutre de una creencia residual en el poder efectivo de una razón general que llega a darse en la práctica[56]. Sin entrar en agudas críticas como, por ejemplo, las de Albrecht Wellmer[57] sobre la universalidad de la teoría consensual, tenemos que constatar que posturas filosóficas tan distintas como las de Lyotard y Rorty renuncian unánimemente a todas esas premisas. Para Rorty no se trata de llegar a «la verdad» o al «bien común» en abierta y libre

---

[54] V. al respecto: Decisión del VGH de Kassel del 10-9-1991, 14 R 2081/91, Siemens AG contra el Ökoinstitut de Darmstadt, FAZ del 11-9-1991.

[55] *Vid*. un buen principio de cambio de criterios jurisprudenciales en la dirección correcta, aparece en la decisión del BVerfG del 27-11-1990 -1 BvR 402/87- (Josefine Mutzenbacher) EuGRZ 1991, págs. 33 ss., y 39.

[56] Habermas, *Volkssouveranität als Verfahren. Ein normativer Begriff der Öffentlichkeit,* en: íd. autor, *op. cit*., n. 6, pág. 208.

[57] Albrecht Wellmer, *Ethik und Dialog,* 1986, págs. 200 ss., y 211 ss.

polémica intelectual, sino que para él «una sociedad sólo será liberal si se considera satisfecha con el mero hecho de llamar verdadero al resultado de tales polémicas[58]. Lyotard, en cambio, llama al consenso «valor obsoleto y sospechoso» contrario a la Justicia. Por tanto, «debemos necesariamente ponemos de acuerdo a nivel teórico-práctico sobre la Justicia, desvinculándola de todo consenso *(sic)*»[59].

No se deberá lógicamente, por tanto, abusar de los aforismos, sino degustarlos como producto del refinamiento espiritual de Pascal. En este sentido me parece que Lichtenberg, protector de esta lección magistral, yendo más allá que Kant y su llamada a la razón, fue capaz de formular el problema (cuya tarea resolutoria hemos planteado aquí) «con una visión postmoderna más clara», si se me permite decirlo así, cuando escribía: «En todo estamento, el conocimiento racional consiste propiamente en la comprensión correcta de todas nuestras necesidades esenciales»[60].

---

[58] Richard Rorty, *Kontingenz, Ironie und Solidarität*, 1989, pág. 96, ibíd. resaltado en cursiva.

[59] Lyotard, *op. cit*., n. 35, pág. 190.

[60] Georg Christoph Lichtenberg, *Sudelbücher,* edit. por Franz H. Mautner. 1984, pág. 370, J 231, el segundo destacado en el original.

DOXA-14 (1993)

DISTINCIONES ACERCA DEL CONCEPTO HEGELIANO DE SOCIEDAD CIVIL*

Una de las figuras a las que se recurre constantemente en la historia y en el lenguaje de la filosofía política es la pareja sociedad civil-Estado político. Mientras el significado del término «Estado», a pesar de los distintos modos de definirlo, parece mantenerse invariable, el de «sociedad civil» está sometido a una serie de cambios que es preciso indagar. La filosofía del derecho de Hegel -como veremos en la presente aportación- representa el mejor lugar para comprenderlos.

1. Una comparación entre modelos

En su significado más antiguo y originario, la sociedad civil no presenta grado alguno de autonomía respecto al Estado: sociedad y Estado se entienden dentro de la misma dinámica conceptual[1]. Al comienzo de la *Política* de Aristóteles es visible el nexo que los une. El Estado, o sea, la sociedad civil *hê pólis kái hê koinônia hê politikê, civitas societas civilis sive res publica:* ésta es la fórmula clásica que ha constituido la base para la sucesiva reconstrucción[2]. Bajo

[1] Véase al respecto M. Riedel, «Hegels Begriff der 'bürgerliche Gesellschaft' und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs», publicado por primera vez en *Archiv, Zwischen Tradition und Revolution. Studien zu Hegels Rechtsphilosophie,* Erw. Neauausg., Stuttgart, Klett-Cotta, 1982, 2.ª ed., pp. 139-169. [Hay tr. cast.: «El concepto de la 'sociedad civil' en Hegel y el problema de su origen histórico», en AA. VV., *Estudios sobre la «Filosofía del derecho» de Hegel*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 195-222]. Cfr. también M. Riedel, *Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel,* Neuwied u. Berlin, Luchterhand, 1970, págs. 39-53.

[2] Aristóteles, *Política*, I (A), 1252a 1-7 [Tr. cast. de C. García Gual y Aurelio Pérez, *Política,* Madrid, Alianza Editorial, 1986, pág. 41]. La fuerza de la tradición está todavía muy presente en la primera traducción alemana del texto aristotélico,

este perfil, la tradición clásica permanece aún presente formalmente en el derecho natural moderno.

Hobbes y Locke usan indistintamente uno y otro término; en Christian Wolff, sociedad civil es sinónimo de Estado; incluso Kant, que junto a Fichte es el autor más próximo a Hegel, define el Estado como *civitas*, según la antigua acepción[3].

Esta recepción de la tradición es un hecho que hay que tener en cuenta. Sin embargo, no debe absolutizarse, ya que de otro modo se corre el riesgo de colocar en un mismo plano la antigua y la moderna *societas civilis*. Se omite así la diferencia entre ambas con el fin de mostrar la acción de ruptura llevada a cabo por Hegel en la tradición de la metafísica política desde Aristóteles hasta Kant.

De lo que se trata, en cambio, es de ver cómo al tomar los conceptos del mundo antiguo, se torna consciente de forma gradual la separación frente al mismo. El cambio de acento dentro del propio sistema conceptual es el indicio de una transformación que hay que descifrar. La equivalencia aristotélica se decanta resueltamente en favor de una *pólis*, que absorbe en su interior cualquier reivindicación de subjetividad. Ahora bien, es el surgimiento de esta subjetividad lo que caracteriza epocalmente al derecho natural moderno. Aquí todo está a favor de la parte opuesta, de lo «civil», e incluso parece sacrificarse el antiguo significado de la *pólis*. Todo ello sucede sin una transformación lingüística general. Las separaciones son lentas, las variaciones casi imperceptibles. Así, también esta sociedad civil deberá vestiarse de nuevo con la forma-Estado. Parece inmutable aquello que cambia y únicamente

---

a cargo de J. G. Schlosser, el cual, en efecto, traduce de este modo el punto central del pasaje citado: *«nämlich der Staat, oder die bürgerliche Gesellschaft»* (Aristóteles, *Politik und Fragment der Ökonomie,* Aus dem Griechischen übersetzt und mit Anmerkungen und einer Analyse des Textes versehen von J. G. Schlosser, Erste Abteilung, Lübeck, Niemann, 1978, pág. 1).

[3] Desde la perspectiva de la presente investigación bastarán algunas remisiones significativas. Hobbes, en el cap. V del *De cive* dedicado al problema del origen del poder estatal, afirma: «La unión así creada se llama Estado *(civitas),* o sea, sociedad civil (...)» [tr. cast. de André Catrysse: *De Cive,* en la antología preparada por Enrique Lynch con el título *Hobbes,* Barcelona, Península, 1987, pág. 232]. Locke titula el importante cap. VII del segundo de los *Two Treatises of Government: Of Political or Civil Society* [tr. cast. de Carlos Mellizo: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil,* Madrid, Alianza Editorial, 1990, pág. 96]. Wolff escribe: «Ea philosophiae pars in qua homo consideratur tamquam vivens in Rep. seu statu civil» (Cfr. C. Wolff, *Philosophia rationalis sive logica,* Verona, Ex Typografia Dionysii Ramanzini, 1735, *Discursus praeliminaris de philosophia in genere,* cap. III § 65). De Kant véase especialmente los §§ 45-46 de la primera parte de la *Metaphysik der Sitten* [tr. cast. de Adela Cortina y Jesús Conil: *La Metafísica de las Costumbres,* Madrid, Tecnos, 1989, págs. 142-145].

con Hegel nos damos cuenta que la transformación ha tenido lugar de forma radical.

No obstante, la transformación es ya visible, observando el ritmo dialéctico que da origen a la forma-Estado. Mientras en el modelo aristotélico la *pólis* es el resultado de un movimiento lineal que presupone al hombre *naturaliter* social, en el modelo que se remonta a Hobbes la *civitas* es el punto de llegada artificial, el resultado de un *aut-aut*. El uso de esta terminología[4] requiere alguna precisión: a costa del recurso reiterado a un número cada vez mayor de distinciones en el ámbito del mismo fenómeno, es tal vez posible, a un cierto nivel de abstracción, reconducir a un esquema conceptual unitario distintos pensadores como Hobbes, Spinoza, Locke y Kant. En cuanto al problema crucial de la naturaleza del Estado, es posible identificar, empezando por Hobbes y con todas las cautelas debidas al alto grado de abstracción, un modelo que persiste, aunque sea con notables variaciones, hasta Hegel incluyéndole y excluyéndole a la vez[5]. En efecto, de Hobbes a Kant se adopta un modelo (tan formal que permite llenarse con los más diversos contenidos) caracterizado por un mismo método (racional, matematizante) y que responde a un mismo problema (el del fundamento del poder).

No se entiende el carácter del derecho natural moderno si no se compara con la historia de la jurisprudencia europea anterior a aquel cambio. Para los iusnaturalistas, la tarea del jurista no era ya la *interpretatio* de reglas dadas, cuyo material era siempre el *Corpus iuris*, sino aquella más amplia que consistía en descubrir las «reglas» de las acciones humanas con la misma certeza con la que se conocen las de «las magnitudes en geometría». Así, pues, la diferencia fue, ante todo una diferencia de método que adquirió inmediatamente valor sistemático.

En el libro I de la *Política*, Aristóteles explica el origen de la pólis valiéndose de una conocida reconstrucción histórica:

> La familia es la comunidad, constituida por naturaleza, para satisfacción de lo cotidiano (...), mientras la primera

---

[4] Se toma aquí con el significado que le da N. Bobbio, «Il modello giusnaturalistico», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV Serie, L., 1973, págs. 603-622. [Hay tr. cast. de Manuel Escrivá en N. Bobbio, *Thomas Hobbes,* Barcelona, Paradigma, 1991, págs. 17-47]. Cfr. también la primera parte de N. Bobbio-M. Bovero, *Società e Stato nella filosofia politica moderna,* Milano, Il Saggiatore, 1979, págs. 17-109. [Hay tr. cast. de Juan Carlos Bayón en N. Bobbio, *Estudios de historia de la filosofía: De Hobbes a Gramsci,* Madrid, Debate, págs. 73-149].

[5] Ibídem, pág. 37.

[6] El sentido del nuevo método se expresa de una forma especialmente incisiva en la dedicatoria del *De Cive*. [Tr. cast. cit., págs. 185-361 (185-188)].

> comunidad, que deriva de la unión de más familias desarrollada para satisfacer una necesidad no cotidiana, es la aldea (...). La comunidad de aldeas constituye la *pólis* (...). Por lo tanto, está claro que la *pólis* es un producto natural y que el hombre es, por naturaleza, un ser político *(zôon politikon)*[7].

A pesar de que hablar de un modelo aristotélico comporta los mismos problemas y dificultades que hacerlo de un modelo hobbesiano, puede ser significativo constatar su persistencia en el tiempo: aquel mantiene su vitalidad hasta el umbral de la edad moderna[8]. Sólo con la dicotomía estado de naturaleza-estado civil se alcanza una radical transformación. El estado civil ya no es la espontánea prolongación del estado natural, sino el resultado de un contrato (con modalidades de actuación y contenido que varían en cada autor), estipulado por individuos originariamente independientes, que deciden abandonar el estado de naturaleza y dar vida al estado civil dotado de autoridad y legitimado. El modelo se construye en base a estos dos elementos fundamentales. Entre los dos estados no existe continuidad, sino conflicto: el estado civil surge como antítesis del estado natural.

Este modo de proceder se remonta a Hobbes y especialmente a su firme toma de posición contra la concepción aristotélica al comienzo del De cive:

> La mayoría de los que escribieron sobre política suponen, afirman o postulan que el hombre es un animal nacido con disposiciones naturales para vivir en sociedad. El hombre es un animal político, *zôon politikon,* dicen los griegos. Sobre esta base construyen su teoría política, como si para mantener la paz y gobernar todo el género humano sólo hiciera falta que los hombres se pusieran de acuerdo sobre ciertos pactos y condiciones, a los cuales dan entonces el nombre de leyes. Este axioma no deja de ser falso (...)[9].

A poco que se observe, la diferencia entre las dos concepciones no hay que buscarla en el punto de llegada, que siempre es el Estado, sino más bien: a) en el punto de partida, que en el modelo aristotélico

---

[7] Aristóteles, *Política*, I (A), 2, 1252b 13-28 y 1253a 1-3 [tr. cast. cit., pág. 43].

[8] Aún en *De la république* Bodin define el Estado como «el recto gobierno de varias familias con poder soberano» [tr. cast. de Pedro Bravo Gala: *Los seis libros de la República,* Madrid, Tecnos, 1985, pág. 9].

[9] Cfr. Hobbes, *De Cive* [tr. cast. cit., págs. 197-198].

es la sociedad, mientras en el hobbesiano es el individuo particular del estado de naturaleza[10]; b) en el movimiento que da origen al Estado, que en el primer caso, es lineal y comporta una transformación prevalentemente cuantitativa, y, en el segundo, es discontinuo y comporta un salto de calidad. Dos puntos de partida antitéticos convergen en el mismo resultado. En el pensamiento occidental, es una tendencia constante y un elemento invariable, más allá de las diferencias, considerar al Estado como el momento supremo y definitivo de la vida social del hombre. Esta conclusión, sin embargo, se obtiene partiendo de fuerzas opuestas. Para Aristóteles, los individuos se hallan desde siempre inscritos en un orden social que los conforma. Hobbes, en cambio, arranca de individuos aislados, a partir de los cuales, mediante contrato, surge el Estado. En aquél, el inicio era la sociedad; en éste, el individuo. En el primer caso, el estado civil deriva de un movimiento abierto, gradual, que partiendo de la familia llega a la *pólis*. En el segundo, el estado civil únicamente puede ser consecuencia del abandono del estado de naturaleza, por consiguiente, de la unión de individuos originariamente dispersos.

Desde el punto de vista ideológico está claro que este segundo caso podía contemplarse como el reflejo teórico y, a la vez, el proyecto político de la incipiente sociedad burguesa. Y, en efecto, de este modo lo interpretó Marx:

> El pescador y el cazador individual y aislado, con el que comienzan Smith y Ricardo, pertenece a las imaginaciones carentes de fantasía de las Robinsonadas del siglo XVIII, que en modo alguno expresan, como se imaginan los historiadores de la civilización, simplemente una reacción frente al superrefinamiento y un retorno a una vida natural mal comprendida. De la misma forma que tampoco descansa sobre tal naturalismo el contrato social de Rousseau, que pone en conexión y relación mediante el contrato a sujetos independientes por naturaleza. Esta es la apariencia (...). En realidad, se trata más bien de la anticipación de la «sociedad burguesa» (...). Cuanto más nos remontamos en la historia, tanto más se nos presenta el individuo productor, como dependiente, como perteneciente

[10] Aunque también es cierto que, en el ámbito del propio modelo desde Hobbes-Spinoza hasta Locke-Kant, el concepto de *status naturalis* tiende a transformarse en una *societas naturalis,* es decir, en una auténtica sociedad prepolítica que comprende todas las relaciones económicas y sociales que los individuos mantienen entre sí. Pero eso (que constituye la variación más notable en el modelo) no contradice el arranque individualista de las teorías iusnaturalistas. El punto de partida no es el *appetitus societatis,* sino el *conatus sese conservandi* de Spinoza.

a un todo mayor: primero de forma todavía completamente natural en la familia y en la familia ampliada que se convierte en tribu; más tarde en la comunidad en sus diferentes formas que procede de la contraposición y fusión de las tribus (...). El ser humano es, en el sentido más literal del término, un *zôon politikon,* no sólo un animal social, sino además un animal que sólo se puede aislar en sociedad[11].

El Rousseau del que habla Marx es asimilado por completo (siguiendo la interpretación hegeliana) a la doctrina del derecho natural moderno. La lectura de un Rousseau teórico del individualismo ha condicionado fuertemente el juicio de Marx. Poco importa en esta sede establecer si Marx ha malinterpretado o no a Rousseau. El hecho aquí decisivo es que lo critique recurriendo a Aristóteles. Marx toma casi literalmente el pasaje de la *Política* anteriormente citado; critica a Rousseau por medio de Aristóteles, la *societas civilis* del iusnaturalismo moderno mediante el *zôon politikon* de la política clásica. A decir verdad, se trata de una operación no especialmente original, ya que había sido realizada antes que Marx por Hegel. Pero con Marx nos encontramos al final de un proceso: la sociedad burguesa de la que habla no es ya la sociedad civil de los iusnaturalistas y tampoco la de Hegel. El propio término cambia hasta tal punto su significado que Marx en la *Judenfrage*[12] identifica el espíritu de esta sociedad con el *bellum omnium contra omnes,* cuando, en cambio, en el modelo hobbesiano, la sociedad se constituía precisamente con el fin de superar el estado de guerra originario. De todos modos, el origen de tal transformación hay que buscarlo en el concepto hegeliano de una sociedad cuyo centro se traslada de la política a la economía.

2. Aspectos y figuras de la sociedad civil

2. 1. Es preciso esperar hasta el primer curso de lecciones de Hegel sobre la filosofía del derecho para encontrar un tratamiento de

---

[11] K. Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie* (1857-58) [tr. cast. de Javier Pérez Royo: *Líneas fundamentales de la crítica de la economía política,* en OME-21 (Obras de Marx y Engels), Barcelona, Grijalbo, 1977, págs. 6-7. En esta versión castellana se habla de «sociedad civil», donde la italiana utiliza la expresión «sociedad burguesa»; la elección de esta última para el presente texto, pues, obedece tan sólo a razones de fidelidad respecto a los términos empleados por Becchi (N. del T.)].

[12] K. Marx, *Zur Judenfrage* (1843) «(...) el espíritu de la *sociedad civil,* del ámbito del egoísmo, del *bellum omnium contra omnes*» [tr. cast. de José María Ripalda: «La cuestión judía» en *Manuscritos de París. Escritos de los «Anuarios Francoalemanes»,* OME-5, Barcelona, Grijalbo, 1978, págs. 178-208 (188)].

la sociedad civil independiente del Estado. En la *Enciclopedia* de Heidelberg falta todavía una consideración autónoma de este momento. A partir de aquel primer curso (en el que se encuentra ya toda la articulación presente en el texto publicado), la historia de la sociedad crece de forma desmesurada.

En el concepto de sociedad civil, Hegel comprende, ante todo, la necesidad histórica y la formación de una sociedad despolitizada centrada en la economía. El avance de la economía mediante la división del trabajo y la introducción de las máquinas en el sistema productivo comporta una verdadera revolución en las relaciones entre los hombres, que Hegel pone agudamente de relieve, señalando sus aspectos negativos y dramáticos. La economía, que originariamente no era otra cosa que el conjunto de reglas para el gobierno de las familias y estaba totalmente subordinada a la política, adquiere no sólo una dimensión autónoma, sino una verdadera preponderancia. Se modifica primeramente el contexto en el que se introduce. En la antigüedad, la economía no se había separado de la familia. Sólo cuando el valor de cambio se separa progresivamente de la esfera doméstica, del *oikos*, tiene lugar una apretada red de intercambios sociales que se extienden más allá del núcleo familiar originario.

Al final, el hombre, según la conocida imagen de Hegel, pasa a ser «hijo» (*Rph* § 238) de la sociedad civil, y la economía tiende a adquirir el valor que en otras épocas tuvieron la religión o la política.

El «sistema de las necesidades» de Hegel constituye la introducción filosófica al problema de la *political economy* clásica. En esta ciencia, Hegel reconoce la ideología de una realidad histórica emergente: la sociedad burguesa. El contenido esencial de la misma son las necesidades del hombre y su satisfacción a través del trabajo. Con anterioridad a Hegel, sólo Locke había introducido el concepto de trabajo como factor determinante en el ámbito de la moderna filosofía jurídica y política[13]. Es la intersección necesidad-trabajo, multiplicidad de necesidades-multiplicidad de medios para satisfacerlas,

---

[13] Cfr. el cap. V del segundo de los *Dos Tratados sobre el gobierno* [tr. cast. cit., págs. 55-75]. Sobre esta circunstancia, normalmente omitida, ha llamado la atención N. Bobbio en el artículo «Hegel y el iusnaturalismo» (1966), ahora en *Studi hegeliani,* Turín, Einaudi, 1981, págs. 3-33. [Hay tr. cast. de Alejandro Rossi: «Hegel y el iusnaturalismo», en AA.VV., *Estudios sobre la «Filosofía del Derecho» de Hegel,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 377-406]. Véase también F. M. De Sanctis, «Lavoro, propietà, industria. Il capitolo V del 'Secondo Trattato' di Locke, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII (1988), 2, págs. 311-328 (ahora en F. M. De Sanctis, *Dall'assolutismo alla democrazia,* Saggi, Turín, G. Giappichelli, págs. 79-104). Alusiones a una posible influencia de Locke sobre Hegel se encuentran en el escrito de P. Chamley, «Les origines de la pensée economique de Hegel», *Hegel Studien,* 3, 1965, págs. 225-261.

lo que produce un progresivo desarrollo en la división del trabajo y exige la introducción de máquinas en el modo de producción.

La dialéctica generada a partir de las complicaciones y de la expansión de este sistema se mueve entre la *«acumulación de riquezas»* y la «singularización y limitación del trabajo particular, y con ello la dependencia y miseria de la clase ligada a ese trabajo» (*Rph* §243, pág. 682. 12-14).

Por ejemplo, en la obra publicada, Hegel parece pensar todavía que las exportaciones (*Rph* § 246)[15] y la colonización (*Rph* § 248)[16] son remedios eficaces para combatir la crisis de sobreproducción. En las lecciones, tales ilusiones parecen desvanecerse. Es significativo que Hegel, viviendo la crisis de 1825 (aquella crisis con la que -según Marx- la gran industria inauguraba «el ciclo periódico de su vida moderna»), se percate cada vez más de lo vanos que resultan los remedios propuestos.

Las lecciones correspondientes al curso 1824/25 (*Rph* VI) documentan claramente este cambio de perspectiva [17]. Este curso es, de entre todos, aquel en que Hegel demuestra tener una conciencia más lúcida de los mecanismos de desarrollo de la sociedad capitalista y de sus estridentes contradicciones. Si en el texto publicado, Hegel se limita en el fondo a tomar en consideración los intentos de solución

---

[14] Acerca del significado de estas lecciones en general, cfr. ahora P. Becchi, «Las nuevas fuentes para el estudio de la Filosofía del derecho hegeliana», *Doxa*, 8 (1990), págs. 221-239.

[15] Cfr. *Rph* § 246: «Por medio de esta dialéctica suya la sociedad civil es llevada más allá de sí; en primer lugar más allá de *esta determinada* sociedad, para buscar en el exterior consumidores y por lo tanto los necesarios medios de subsistencia en otros pueblos que están atrasados respecto de los medios que ella tiene en exceso o respecto de la industria en general».

[16] Cfr. *Rph* § 248: «Esta ampliación de las relaciones ofrece también el recurso de la colonización, a la cual -en forma esporádica o sistemática- tiende la sociedad civil avanzada. Por su intermedio la sociedad proporciona a una parte de su población un retorno al principio familiar en otra tierra, y se da a sí misma una nueva demanda y un nuevo campo para su trabajo».

[17] Losurdo, pues, tiene razón cuando escribe que «el análisis más profundo del carácter implacable de la crisis de sobreproducción se encuentra en las lecciones de 1824-25» (pág. 120); y poco después observa que, si bien todavía subsisten en el texto publicado algunas ilusiones, «en las lecciones siguientes (...) se filtra un creciente escepticismo acerca de los remedios de las exportaciones y de las colonizaciones» (pág. 128). (Las citas son tomadas de D. Losurdo, *Tra Hegel e Bismarck. La rivoluzione del 1848 e la crisi della cultura tedesca,* Roma, Ed. Riuniti, 1983). Si eso es cierto, entonces deberá admitirse también que existen diferencias relevantes entre el texto publicado y las lecciones. Por tanto, no comprendo muy bien el sentido de su trabajo más reciente *(Hegel, Marx e la tradizione liberale,* Roma, Ed. Riunti, 1988), en el que se insiste, en cambio, en la necesidad de una lectura unitaria.

que entonces se discutían, en las lecciones esos intentos se contemplan con creciente escepticismo.

Cuando la «producción excede la necesidad de consumo», la sociedad civil se ve «impelida a fundar colonias» (*Rph* VI § 248, págs. 614. 18-22) para resolver el problema de la gran masa que no puede ya satisfacer las propias necesidades con el trabajo. Pero ahora este remedio se contempla teniendo en cuenta su inestabilidad; sólo momentáneamente puede desviar las contradicciones. Cuando la colonización tiene lugar de forma «esporádica», es decir, cuando se confía a la iniciativa particular, es totalmente insatisfactoria: «los colonos (...) quedan desvinculados de sus respectivas madre patrias, a las cuales no aportan ventaja alguna; se abandonan a la accidentalidad de ganarse el pan» (*Rph* VI § 248 A pág. 614. 25-28). El problema de la miseria, pues, no se resuelve, sino que simplemente se aplaza. Distinto es el caso en que la colonización es «sistemática», o sea, cuando a la cual quedan estrechamente unidas. En este último caso, el problema de la miseria parecería resuelto, al menos de modo provisional. Sin embargo, tampoco en esta ocasión puede ocultarse que «los ciudadanos de las colonias (...) tienen menos derechos que los ciudadanos de la madre patria» (*Rph* VI § 248 A pág. 615. 27-28). Prescindiendo de estas discriminaciones, las mismas contradicciones presentes en las metrópolis están destinadas a reproducirse en poco tiempo también en las colonias.

Hegel se muestra aún más escéptico por lo que a las exportaciones se refiere. En 1824/25, Hegel, a quien no se le escapa la conexión entre desarrollo del comercio exterior y colonización, está tan poco persuadido de la eficacia del recurso a las exportaciones como para darse cuenta del hecho de que éstas, si bien atenúan en el país exportador las consecuencias de la crisis de sobreproducción, acaban produciendo en el país importador consecuencias todavía más graves. Merece recordarse un ejemplo:

> Los ingleses importan algodón en rama de la India, pero la fabricación de artículos de algodón ha aumentado tanto que exportan de nuevo estos artículos de la India, obstaculizando de este modo la fabricación en este país, fabricación que da empleo a varios millones de hombres (*Rph* VI § 236 A pág. 601. 3-7).

Son consideraciones que no valen únicamente en lo tocante a la relación con las colonias; en la misma página Hegel dice que «en el continente muchas fábricas se ven aniquiladas a causa de las máquinas inglesas» (Ibíd. 1-3). ¡Y hablaba probablemente pensando que muchas de aquellas fábricas eran alemanas! Por otro lado, si al

exportar sus mercancías Inglaterra conseguía exportar también la crisis, no por ello lograba vencer sus consecuencias internas. Hegel lo pone claramente de relieve cuando afirma:

> No existe otro país en el que se produzca tanto, ni que tenga un mercado mayor; con todo, la miseria y la plebe en ninguna otra parte están presentes en tan alta medida y de forma tan terrible como en Inglaterra (*Rph* VI § 245 A pág. 611. 5-8).

El mismo escepticismo que Hegel demuestra tener respecto a los remedios indicados, lo manifiesta también en relación al proyecto de emplear la mano de obra excedente en *workhouses* especiales. Una propuesta así, de impronta malthusiana, debería haber permitido resolver en Inglaterra el dramático problema del desempleo y de la consiguiente pobreza. Ante tal propuesta, Hegel tampoco esconde su perplejidad. Ya en el curso anterior de 1822/23 observaba: «si, por ejemplo, las instituciones para los pobres, tal como existen allí [en Inglaterra], ofrecen sus productos a buen precio, entonces se quita el pan a los demás que hasta ahora se lo ganaban» (*Rph* V § 245 A pág. 704. 6-10). Tampoco cree Hegel que puede acudirse a una especie de trabajo a domicilio:

> Se da trabajo a los pobres, se les abastece de material y se compra sus productos. Parece ser el modo más adecuado, el más justo, pero considerado con más atención este proceder no elimina la pobreza, tiene, si cabe, un efecto aún peor (*Rph* VI § 245 A. p. 611. 28-31).

Lejos de contribuir a la solución del problema de la pobreza, tales remedios conducían sin más a la sobreexplotación de algunos sectores de trabajadores. Ni siquiera una rigurosa política de intervención del Estado en la economía parecía en condiciones de resolver el problema. En efecto, Hegel no desconoce el hecho nuevo de que el dinero (como potencia abstracta e independiente) y la acumulación de riqueza en circulación pueden incluso limitar y condicionar la propia soberanía del Estado. El movimiento de capital que parece extenderse desmesuradamente se manifiesta de forma rotunda en las lecciones de 1824/25. En ellas, Hegel llega a decir que los bancos dictan las leyes a los gobiernos y a la política:

> Puesto que el dinero es el gran medio, la clase comercial está ahora muy ligada a la política. Se encuentra tan implicada en las necesidades de los distintos Estados y en el comercio

> del dinero, que los bancos han adquirido enorme importancia (...); dado que los Estados tienen necesidad de dinero para perseguir sus intereses, dependen de esta circulación de dinero en sí mismo independiente (*Rph* VI § A págs. 520. 27-32 y 521. 1-2).

El análisis de estas lecciones podría continuar, pero los elementos sobre los que he incidido me parecen suficientes para llegar a la conclusión de que, en ellas, Hegel, antes aún de avanzar respuestas, plantea sus dudas y su perplejidad en torno a las que se ofrecían en aquella época. El «sistema de las necesidades», abandonado a su propia dinámica, sólo conduce a la trágica realidad de que la riqueza y la pobreza aumenten conjuntamente:

> En *Londres,* ciudad infinitamente rica, la necesidad, la miseria, la pobreza son tan terriblemente grandes que cuesta hacerse una idea. Al aumentar la riqueza, ésta se concentra en pocas manos y la diferencia pasa a ser cada vez mayor, ya que el hecho de la concentración de grandes capitales permite adquirir a precios más ventajosos que en el caso de poseer un patrimonio exiguo (...). Los ricos se toman desconsiderados, quieren ganar aún más, se arriesgan; la envidia, que se basa en el impulso a la igualdad, termina por arruinar a muchos hombres. En pocas palabras, existen una infinidad de combinaciones posibles que dan pie a la pobreza y otras tantas que producen riqueza. Si por un lado se encuentra la riqueza, por el otro debe hallarse la pobreza (*Rph* VI § 195 A págs. 492. 22-28 y 495. 1-7).

En relación al carácter inevitable de esta dialéctica, por la cual al aumento de la riqueza corresponde necesariamente al aumento de la pobreza, Hegel no ofrece ninguna solución. Cuando habla de la pobreza y del medio de corregirla, admite que «a esta pregunta es muy difícil responder», puesto que «la desproporción de la riqueza hace que la sociedad civil se empobrezca hasta el punto de no poder remediar la desproporción de la plebe» (*Rph* VI § A pág. 611. 13-16).

2.2. Lo que hasta ahora he puesto de relieve, basándome principalmente en fragmentos de las lecciones de 1824/25, permite comprobar con cuanta atención siguió Hegel el desarrollo de la sociedad burguesa y de sus contradicciones. Sin embargo, la imagen de la sociedad que se desprende de aquella descripción no es todavía la de la sociedad civil hegeliana. En Hegel tienen lugar un doble movimiento

ya perceptible desde sus primeras lecciones. La economía se extiende de la *societas domestica* a la *societas civilis;* esta última, cargada de nuevo contenido, no se identifica ya con el Estado en la totalidad de sus atribuciones. Dos pasos adelante y uno atrás. El resultado es una sociedad que contiene en su interior el sistema de las necesidades y, sin embargo, no se identifica simplemente con él. La complejidad de la sociedad civil hegeliana se resiste a quedar reducida a la recepción filosófica de los contenidos de la economía política. Este nudo no se dejar cortar con la espada de Smith y Ricardo. Bajo la guía del «sistema de las necesidades» se ha ido consolidando una interpretación (cuyos orígenes hay que buscar en Marx), que tiende a identificar la descripción hegeliana de la sociedad civil con la sociedad moderna basada en el trabajo industrial. Desde este prisma se han ido multiplicando, sobre todo por el marxismo, los estudios acerca de la relación de Hegel con la economía política, destinados a mostrar, por un lado, la profundidad de la comprensión hegeliana del intercambio y del trabajo abstracto, y, por el otro, la homogeneidad entre el estatuto «lógico» de la filosofía y la teoría de las «necesidades» de la economía política[18].

No es menos cierto que también por parte de algunos autores de inspiración marxista se ha descubierto la «categoría de lo político», disminuyendo el predominio tan extenso de la economía[19]. No obstante, no creo que la supremacía del interés por las categorías económicas haya decaído; tanto es así que resurge en algunos estudios recientes[20]. De este modo, la parte continúa confundiéndose con el todo, y el «sistema de las necesidades», que no es más que el momento inicial de la sociedad civil, se superpone a la totalidad de

[18] Limitándonos a la literatura italiana, recuérdese: M. Cacciari, «Pensiero negativo e razionalizzazione. Problemi e funzione della critica al sistema dialettico» (1973), ahora en *Pensiero negativo e razionalizzazione*, Venecia, Marsilio, 1977, págs. 13-69; F. Consiglio, «Bisogno e valore nella 'Filosofia del diritto' di Hegel, *Giornale Critico della filosofia italiana*, LIV 9LVI (1975), págs. 522-548; R. Bodei, R. Racinaro, M. Barale, *Hegel e l'economia politica*, a cargo de S. Veca, Milán, Mazzotta, 1975. D. Borso, *Hegel politico dell'esperienza*, Milán, Feltrinelli, 1976; F. Fistetti, *Critica dell'economia e critica della politica. Marx, Hegel e l'economia classica*, Bari, De Donato, 1976.

[19] Desde este punto de vista me parece significativa la lectura de M. Tronti, *Hegel politico*, Roma, Instituto della Enciclopedia italiana, 1975 y el ensayo de M. Cacciari, *Dialettica e critica del Politico. Saggio su Hegel*, Milán, Feltrinelli, 1978. Ambos ensayos fijan su atención -aunque desde ángulos distintos- en la desviación que caracteriza el discurso de Hegel respecto a la economía política.

[20] Objeción que puede hacerse a D. Losurdo, *Tra Hegel e Bismarck. La rivoluzione del 1848 e la crisi della cultura tedesca*, cit., págs. 111-239. Véase al respecto P. Becchi, «Hegel la coscienza della crisi e il fascino del politico», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXV (1985), págs. 261-274.

sus momentos. Contra esta vieja y nueva tendencia es preciso afirmar que la sociedad civil, tal como la entiende Hegel, no es únicamente la descripción del sistema de la economía y de las relaciones a ella inherentes. En la primera parte, el conjunto de estos momentos se trata al nivel más bajo. En la segunda y la tercera parte, en cambio, se discuten temas de naturaleza esencialmente jurídica y político-administrativa. En esta articulación sistemática, las filosofías del derecho de Hegel concuerdan entre sí.

Tal vez haya que repetir una vez más que la distinción entre sociedad civil y Estado, entendida como distinción entre economía y política, es obra de Marx y no de Hegel. El sistema hegeliano es más complejo[21].

La economía no coincide con la sociedad, la cual comprende también momentos de regulación jurídica y de organización sociopolítica, del mismo modo que la política no coincide simplemente con el Estado. El modelo dicotómico economía-política puede sustituirse por uno tricotómico economía-sociedad-Estado, en el que la sociedad ocuparía todo el campo intermedio, sede de conflictos tanto económicos como políticos. Es una sucesión algo forzada, pero no creo que contradiga el planteamiento general de la construcción hegeliana.

Hay de hecho en el interior de la sociedad civil un complejo ordenamiento jurídico y político (no confundirlo con el ordenamiento propiamente estatal), que responde a las necesidades de la sociedad. Precisamente por este motivo no es exacto creer que para Hegel la política encuentre su único lugar de realización en el Estado. También esta tesis, de gran predicamento entre los estudiosos italianos[22], presenta algún problema. Bajo la estela de esta posición se ha

---

[21] Sobre este punto merecer recordarse lo que escribía N. Bobbio en la reseña «La filosofia giuridica di Hegel nell'ultimo decennio» (1972), ahora en *Studi hegeliani,* cit., págs. 159-192: «Bajo la guía de Marx (...) el análisis del sistema de las necesidades, que sólo constituye su primera parte, para dar pie a la falsa representación de la sociedad civil como espacio de las relaciones económicas (...) Quede dicho de una vez para siempre que la identificación entre sociedad civil y espacio de las relaciones económicas, o, lo que es lo mismo, la distinción entre sociedad civil y Estado como distinción entre sociedad económica y sociedad política, es obra de Marx y no de Hegel: referirla, como sucede frecuentemente, a Hegel es simple y llanamente una deformación de su pensamiento» (163).

[22] En este sentido se había ya manifestado G. Solari, «Il concetto di società civile in Hegel», *Rivista di filosofia*, XXII, 1931, págs. 299-347, publicado más tarde en *Studi storici di filosofia del diritto,* Turín, Giappichelli, 1949, págs. 343-381 y ahora en *La filosofia política,* a cargo de L. Firpo, Roma-Bari, Laterza, 1974, págs. 209-265: «En la doctrina de la sociedad de Hegel está implícita una teoría del Estado (...). Es el Estado quien mantiene y defiende el orden jurídico y la eticidad que le corresponde en una comunidad, cuyos miembros se proponen finalidades económicas

llegado a afirmar que la sociedad civil es ya una forma de Estado, esto es, la *civil society* de Locke y el Estado de derecho de Kant y Humboldt. Es verdad que en el texto publicado (también en las lecciones) se deja espacio a esta interpretación. Exactamente en el § 183 (así como en el § 157 y en el § 187) Hegel escribe que este sistema (la sociedad civil) puede considerarse como *«estado exterior, como estado de la necesidad y del entendimiento»* (*Rph* § 183 pág. 633. 19), lo cual parece legitimar aquella hermenéutica. Pero, en realidad, esta explicación (con asidero en los textos) presenta más problemas de los que de hecho resuelve.

En efecto, se llega así a la paradójica conclusión de que en Hegel estarían presentes al menos dos distintas formas de Estado igualmente legitimadas: una, orientada en sentido claramente liberal (la sociedad civil), la otra, en un sentido no tan claramente definido, pero en todo caso totalitario (el Estado ético). No obstante, creo que nadie hasta ahora ha logrado explicar cómo pueden coexistir dos imágenes tan distintas de Estado, o, mejor aún, cómo el mismo autor, en la misma obra, puede sostener dos concepciones del Estado inconciliables entre sí.

Además, siguiendo esta interpretación, queda básicamente sin resolver el problema de la relación entre la sociedad civil y el Estado político. Y ello es comprensible, ya que, en un cierto sentido, la sociedad civil como tal está ausente: ella es ya Estado. Por otro lado, no es menos cierto que Hegel usa las expresiones indicadas no sólo en el texto publicado, sino también en sus lecciones (a partir de *Rph* I § 89 pág. 108. 24-26). El problema, pues, permanece abierto.

Se podría avanzar una nueva hipótesis, a saber, que en aquel contexto *«Staat»* no debe entenderse en el sentido de «Estado», sino como «estado», *status*[23]. Desde este punto de vista, Hegel sólo habría querido decir que, a ese nivel de exposición, el sujeto tiene un *status* distinto al que tiene en la familia o en el Estado. El sujeto no

---

(...)» (págs. 243 y ss.). Esta tesis ha sido retomada principalmente por N. Bobbio, «Lo studio di Hegel» (1972), ahora con el título «Sulla nozione di 'società civile'», en *Studi hegeliani,* cit., págs. 147-158 (152) (de Bobbio, véase también -se trata de un trabajo distinto del anterior- «Sulla nozione di 'società civile'», *De Homine,* 24-25, 1968, págs. 21 y ss.) y por G. Marini, «Structura e significati della società civile hegeliana», en *Il pensiero politico di Hegel. Guida storica e critica,* a cargo de C. Cessa, Roma-Bari, Laterza, 1979, págs. 57-82 (65-69). [Hay tr. cast.: «Estructura y significados de la sociedad civil hegeliana», en AA.VV. *Estudios sobre la 'Filosofía del derecho' de Hegel,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 223-248].

[23] Sustancialmente, es esta la tesis avanzada por Ilting en su Comentario al primer curso de lecciones sobre la filosofía del derecho (cfr. notas 195 y ss., pág. 317 de la edición alemana citada).

es ya miembro de una comunidad política (el Estado); por el contrario, la comunidad pasa a ser para él algo «externo», y, sin embargo, tal condición es necesaria para la «satisfacción» de sus necesidades. No se me escapa que esta aproximación interpretativa, si bien supera algunos obstáculos, también los crea.

La mayor dificultad surge cuando Hegel trata a nivel de sociedad civil los temas de la administración de justicia y de la policía, dos esferas de competencia del Estado. La sociedad civil parece extraerse de dos principios: por un lado, en ella se manifiestan los intereses privados en su libre juego, mediatizado sólo por la pertenencia de los individuos a los distintos grupos sociales; por el otro, este tiene reglas precisas, que, sin salirse de él, tutelan su desarrollo mediante órganos particulares puestos a su servicio. En otras palabras, la sociedad no ofrece únicamente el espectáculo de la disolución del *ethos*, sino que representa además una particular imagen de recomposición jurídica y administrativa. Junto a la vida económica se presenta en toda su amplitud una determinada forma de organización jurídica. El juego de intereses inarmónicos no puede abandonarse a su suerte, requiere reglas precisas e instituciones adecuadas que lo hagan respetar. Para que funcione, el sistema de las necesidades necesita aparatos de mediación que, al reducir su inmediatez, garanticen además su desarrollo.

Una sociedad de este tipo es, por tanto, al mismo tiempo «burguesa» y «civil». Sin que con el término «burguesa» se quiera identificar a una particular clase social, sino, de forma más abstracta, el momento de la vida económica *tout-court*; «civil», por su parte, se usa en el sentido que recibe en la expresión «derecho civil» contrapuesto a «derecho público». Así como entre los juristas se puede hablar de «derecho civil-burgués», del mismo modo, respecto a Hegel, cabe hablar de «sociedad civil-burguesa». Teniendo en cuenta que, en esta expresión, «civil» no tiene nada que ver con el *status civilis* (por lo tanto, el Estado) del derecho natural moderno.

A pesar de lo anterior, aún queda en el alero el hecho de que Hegel trate elementos de derecho público a nivel de derecho privado. Pero tampoco creo que esto pueda ser un argumento suficiente para sostener que, en última instancia, la sociedad civil es ya, de alguna forma, Estado. La esfera de la administración de justicia y de la administración pública son instrumentos necesarios para el desarrollo de la sociedad. Ambos extremos están tan vinculados entre sí, que sin aquéllos, ésta no podría existir. Pero lo que aquí está en discusión no es la justicia y la policía en cuanto aparatos de una forma-Estado, sino en cuanto medios necesarios para garantizar el sujeto que trabaja en la sociedad la satisfacción de sus necesidades. Así, este sujeto, que en la sociedad burguesa ha perdido cualquier vínculo

con la universalidad, tiende a adquirirlo de nuevo en el interior de la sociedad a través del derecho y de la administración. Pero una tendencia de esta índole podrá llevarse a cabo únicamente a un nivel superior: el del Estado entendido como comunidad política.

No se trata, pues, de pensar en distintas formas de Estado, sino en una sociedad que engloba en su interior instrumentos que parecen necesarios para su autorregulación. Cierto es que queda en pie el dato fáctico de que Hegel en este lugar hable de Estado. Mas es preciso recordar que en el mismo contexto -con mucha precisión en *Rph* I (§ 89 A pág. 108. 28)- Hegel añade: «Aquí los ciudadanos son *bourgeois* y no *citoyens*». También es verdad que poco después Hegel repite que «los ciudadanos de este Estado son *personas privadas*» (*Rph* I § 91 pág. 110. 36), pero, de todos modos, es difícil imaginar un Estado en el que los ciudadanos sean y actúen sólo como personas privadas. En definitiva, las oscilaciones de Hegel en este punto me parecen evidentes. Y cabe preguntarse si esta circunstancia no debe conducir a un replanteamiento general del concepto hegeliano de sociedad civil.

2.3. Después de estas observaciones, que al menos habrán servido para comprender lo problemático del concepto hegeliano de sociedad civil, quisiera ahora detenerme en algunos aspectos de la parte que Hegel dedica a la administración de justicia. Tomaré como indicador la versión del texto publicado, con alguna referencia (cfr. *infra,* 2.4.) a los cursos de lecciones posteriores. Si bien Hegel nunca ha dado tanta importancia a los problemas ligados a la función del derecho en una sociedad compleja como lo hizo en el primer curso[24], puede ser aquí oportuno presentar en sus líneas esenciales esta parte tal como aparece en la versión publicada.

La administración de justicia corresponde en Hegel a aquella particular *Verfassung* (no confundir con la del Estado) llamada a regular y a defender mediante un sistema de leyes la libertad y la propiedad de los individuos: «la constitución jurídica, como medio para la seguridad de las personas y de la propiedad» (*Rph* § 157 pág. 572. 17-18). Con la administración de justicia la sociedad civil vuelve a su concepto, «a la unidad de la universalidad existente en sí con la particularidad subjetiva, aunque ésta sólo en el caso particular

[24] Si en las lecciones siguientes a la publicación de la Filosofía del derecho de 1820 es evidente el vivo interés de Hegel por los mecanismos de desarrollo de la sociedad capitalista, en su primer curso de lecciones parece conceder un mayor peso a los problemas vinculados a la administración de justicia. Sobre este extremo no puedo aquí sino remitir en general a mi libro *Le filosofie del diritto di Hegel,* Milano, F. Angeli, 1990, págs. 107-147.

y aquélla en el sentido del *derecho abstracto*» (*Rph* § 229 pág.675. 2-4).

La particularidad del sujeto y la universalidad del derecho abstracto retornan como temas específicos de la sociedad civil y con ellos se concretan y realizan todos aquellos momentos que Hegel había discutido en la primera parte: la posesión y la propiedad, el contrato, lo ilícito. El elemento «abstracto» del derecho lleva a la sociedad civil y penetra en su centro, en la administración de justicia o, literalmente, del derecho *(«Rechtspflege»)*. Aquí la libertad abstracta, cerrada y contenida dentro de sí, deviene libertad formal (civil). ¿Cómo? Mediante un sistema de leyes y códigos:

> Lo que el derecho es *en sí* está *puesto* en su existencia objetiva (...): es la *ley*. Por esta determinación el derecho es derecho *positivo* (*Rph* § 211 págs. 654-655).

Únicamente con la existencia de la ley, el derecho abstracto deviene positivo y adquiere concreción. Este es el punto de vista que caracteriza el texto de Hegel publicado.

Es característico de la ley el que se exprese como regla de comportamiento válida para todos. Su forma consiste en tener validez y en ser conocida, en cuanto ley escrita, por todos los ciudadanos; su contenido procede del material jurídico de una época histórica pensado en su universalidad determinada.

A través de la existencia de la ley el derecho abstracto se hace concreto y concretamente cognoscible por todos. Hegel es decididamente contrario a pensar la justicia como si se tratase de un monopolio de los juristas. Entre quien quiere un código que todos puedan conocer y quien quiere el derecho como «propiedad» de sus científicos (*Rph* § 228 A), Hegel se coloca de parte del primer grupo. Aparece aquí en toda su amplitud la contraposición con la Escuela histórica. En su escrito más famoso, Savigny había sostenido el papel decisivo del gremio de los juristas en la producción del derecho. Para Hegel, en cambio, es la ley la fuente privilegiada, si no exclusiva, del derecho; es ella el *«Shiboleth*[25] con el que se distinguen los falsos hermanos y amigos del pueblo» (*Rph* pág. 66. 11-12). La afirmación se encuentra de nuevo en la parte más violentamente polémica del Prefacio, que Ilting titula *Der Irrationalismus*

[25] [«Shiboleth» (espiga) es la palabra hebrea cuya pronunciación sirvió al juez Jephté para distinguir a los enemigos efrateos que negaban su origen (Jueces, 12, 5 y 6). Con posterioridad se usó en un sentido más general para denominar cualquier signo distintivo, especialmente entre distintas facciones (N. del T.)].

der Friesianer (*Rph* págs. 63-66), pero tras la airada polémica con Fries se entrevé aquella contra Savigny[26].

El paso de la crítica de Fries a Savigny es perceptible en una pasaje algo anterior al citado: «la particular forma de mala conciencia que se manifiesta en la elocuencia con que se pavonea esta superficialidad: cuanto *menos espiritual* es, más habla del *espíritu,* cuanto más muerto e insípido es su discurso, más se usa las palabras *vida* y *vivificar,* cuanto mayor egoísmo y vacía altanería muestra más que nunca tendrá en la boca la palabra *pueblo*» (*Rph* pág. 65. 24-31). El pasaje empieza con una inconfundible remisión a Fries, pero prosigue con una cadena de asociaciones que en un contexto análogo harán referencia a Savigny. Al hablar de los «derechos consuetudinarios», en el § 211, Hegel observa: «Es una ilusión pensar que por su forma, es decir por ser consuetudinarios, tienen la ventaja de que se han convertido en *vida* (por lo demás, hoy se habla con preferencia de la *vida* y del *convertirse en vida* precisamente cuando se cae en la materia y los pensamientos más muertos» (*Rph* § 211 A pág. 655. 25-28, 656. 1-3). De este modo, quien pretende destruir el orden legal existente se asimila, de manera bastante, a quien, con el fin de defender el mismo orden, contrapone a la ley el «derecho de los juristas»[27].

La crítica de Hegel, pues, presupone toda la polémica sobre la oportunidad política de la codificación. Exactamente en el párrafo citado Hegel continúa:

> Negar a una nación culta o a la clase jurídica la capacidad de hacer un código es uno de los mayores insultos que puede sufrir esa nación o esa clase (*Rph* § 211 A pág. 657. 12-14 y 18-20).

Aun sin nombrarlo, Hegel polemiza aquí claramente con Savigny y se coloca de la parte de Thibaut. Igual que para éste, también para

---

[26] Esta cuestión es comprendida con lucidez por G. Marini, «La polemica con la Scuola storica nella 'Filosofia del diritto' hegeliana», *Rivista di filosofia,* LXVIII (1977), págs. 169-204 (177), ahora también en G. Marini, *Storicità del diritto e dignità dell'uomo,* Nápoles, Morano, 1987, págs. 89-136 (100).

[27] Mas Hegel no se limita a parangonar a Fries con Savigny, va más allá asimilándolo a Haller. El punto del Prefacio en el que se habla del *shiboleth* remite a la nota del § 258, donde, criticando a Haller, Hegel concluye: «El odio de la *ley,* del derecho *legalmente* determinado, es el *shiboleth* por el que se revelan y dan a conocer de modo indudable el fanatismo y la hipocresía de las buenas intenciones, cualquiera que sea el ropaje que vistan» (*Rph* § 258 A pág. 697. 25-29). Evidentemente en esta ocasión Hegel hace, por así decirlo, de cada hierba un fardo; confunde adrede derecha e izquierda, al asimilar a Fries con Savigny y Haller.

Hegel el código no debería haber creado un sistema de leyes nuevas respecto al contenido, sino sistematizar, ordenar, contenidos jurídicos en gran parte históricamente existentes: «no se trata de hacer un sistema de *nuevas* leyes según su *contenido,* sino de conocer el contenido legal existente en su universalidad determinada, es decir, aprehenderlo de modo *pensante*» (*Rph* § 211 A pág. 657. 14-17).

Sin embargo, la centralidad de la ley y la necesidad de la codificación no deben hacer olvidar que, según Hegel, tampoco este sistema complejo de reglas consigue eliminar las contradicciones e injusticias presentes en la sociedad. El derecho deriva efectivamente de la razón, pero desciende y vive en la existencia histórica. En este transitar necesario de lo abstracto a lo concreto, del concepto a la existencia, tiene lugar una verdadera contaminación. En este darse a la existencia se halla presente como posibilidad interna, dialécticamente insuprimible, la precariedad de lo racional. La existencia de la ley no excluye, pues, un margen ineliminable de arbitrariedad y de injusticia. El código, claro está, no podrá ser «algo absolutamente determinado que no pueda admitir ninguna determinación ulterior», pero sería totalmente erróneo «a causa de que no puede llegar a esa perfección no dejarlo alcanzar lo que se llama imperfecto, es decir la realidad efectiva» (*Rph* § 216 a pág. 662. 25-663. 3). Lo accidental se acoge no de forma escéptica, sino racionalmente. Un sistema de leyes y códigos es necesario, aun a sabiendas de que su naturaleza finita lo conducirá a una serie de determinaciones sin fin y que, por tanto, siempre se precisarán nuevas integraciones.

Es más, incluso el sistema de leyes más perfecto no garantiza automáticamente que se haga justicia. La actividad del juez, llamado a aplicar la ley al caso particular, no escapa del peligro de una decisión, dentro de ciertos límites, accidental: «un golpe de más, un tálero o un centavo, una semana, o un día de prisión de más o de menos son una injusticia» (*Rph* § 214 A pág. 660. 4-7).

En conclusión, Hegel critica dos posiciones antitéticas y, sin embargo, convergentes, aunque en el texto publicado el acento se ponga sobre todo en la Escuela histórica. Por un lado, la filosofía engreída del abstracto deber ser, que en materia jurídica se traduce en la petición de un código «absolutamente completo». Tal filosofía, apreciada por el intelecto, corre tras una inalcanzable perfección. Por otro lado, la Escuela histórica, que, al juzgar esta perfección inalcanzable, renuncia a la propia idea de la codificación y acepta todo lo existente con sus costumbres e instituciones. No se trata ni de enseñar al mundo cómo debe ser, ni de justificar toda institución por el mero hecho de que exista. Esta visión no permite alcanzar confortantes logros constructivos, puntos de vista a partir de los cuales probar una total refundación. No existe un mundo totalmente distinto y,

no obstante, existen en el interior de este mundo márgenes de intervención, soluciones provisionales. Lo irracional, la injusticia, existe en la historia junto a la posibilidad de superarla:

> Una importante fuente de complicación de la legislación la constituye el proceso por el cual con el tiempo lo racional, lo en y por sí jurídico, va penetrando en instituciones originales que contenían una injusticia y eran por lo tanto instituciones meramente históricas (*Rph* § 216 A pág. 662. 13-16).

La fe en la razón, empero, no se identifica con el optimismo en la historia. El impulso de la razón es la instancia ética que armoniza la existencia histórica y la realización del concepto. Lo racional se convierte en parámetro crítico de lo existente. En cambio, a la Escuela histórica le falta la crítica histórica, que después de Hegel será el as en la manga de los jóvenes hegelianos[28].

2.4. Debería ahora aparecer con suficiente claridad el hecho de que la complejidad de la sociedad civil no se deja reducir a su relación con la economía política, sino que demanda ante todo problemas relacionados con la organización política de la sociedad. Junto a la exigencia de un derecho codificado, que defienda la propiedad y la libertad de los individuos, Hegel atribuye a esta sociedad una función esencialmente administrativa. No sólo reglas y normas jurídicas, sino también un conjunto institucional caracterizado por una destacada función de intervención administrativa. Hegel llama *Polizei* al conjunto de disposiciones mediante las cuales el poder público interviene en la vida económica y social con la finalidad de garantizar los intereses de la colectividad.

También respecto a la *Polizei* se da el mismo problema que ya aparecía a propósito de la administración de justicia. Quien ha visto en la administración de justicia una figura determinada de Estado (liberal) ha subrayado también en la *Polizei* una nueva figura de Estado (policial)[29]. Queda por preguntarse, al igual que hicimos respecto

---

[28] Quien sostendrá esta posición con mayor vigor en el ámbito del movimiento juvenil hegeliano, radicalizándola *versus* Hegel, es Arnold Ruge. En su ensayo tal vez más notable, publicado en el verano de 1842, «Die Hegelsche Rechtsphilosophie und die Politik unserer Zeit» (aparecido en *Deutsche Jahrbücher für Wissenschaft und Kunst*) se anticipan lúcidamente todos los motivos fundamentales de la posterior crítica de Marx. Cfr. al respecto P. Becchi, «Notas sobre Arnold Ruge. La interpretación política de la 'Rechtsphilosophie' hegeliana», *Sistema,* 49, 1982, págs. 129-140.

[29] Escribe Solari: «el nombre recuerda al Estado policial de la ilustración alemana, que consideraba como su principal deber contribuir al bienestar y a la felicidad interna y externa de todos los ciudadanos. Hegel no participa de la aversión de

a la administración de justicia, si no es problemático desde el punto de vista de la construcción hegeliana considerar la sociedad como Estado, y aquí en la forma de Estado policial. De seguir aquella interpretación se concluye que en Hegel se darían al menos tres figuras de Estado. Cómo tales figuras puedan coexistir, parece destinado a seguir siendo un problema. Creo que también para este caso valen las objeciones ya vistas en relación a la administración de justicia (cfr. *supra* 2.2.). Es preciso insistir en que la policía, del mismo modo que la organización jurídica, es una función que Hegel atribuye a la sociedad civil y no al Estado.

El sentido de esta atribución se explica por el hecho de que lo que está en discusión no es quiénes sean los sujetos llamados a realizar tales instituciones y de quién dependen (por ejemplo, el juez o el funcionario de la administración pública). El curso de la exposición en la sección sobre la sociedad civil, como por otro lado el de toda la obra, parte más bien de la idea de desarrollo en la toma de conciencia de una voluntad libre que, en su proceder, se da siempre nuevos grados de realización de su libertad y sucesivas aproximaciones a lo universal. En el sistema de las necesidades el vínculo con lo universal se quiebra, permanece puramente «formal», adquiere una relativa existencia a nivel de la administración de justicia, pero sólo en relación a casos particulares. Por otro lado, las contradicciones sociales pueden dar origen a fenómenos que tienden a poner en peligro su propia existencia. A estos peligros se pide que responda la policía, que tiene como deber principal el de garantizar la seguridad de los sujetos sociales. Pero los deberes de la policía no se limitan a esta función esencialmente preventiva. Su apertura a lo universal hace que deba no sólo garantizar la seguridad, sino además proveer el bienestar de los sujetos sociales. Así se explica también por qué, en esta parte, Hegel dedica su atención a los problemas que afloran debido al desarrollo desenfrenado de la sociedad burguesa: miseria, pobreza, desempleo, etc. También de estas cuestiones debe ocuparse la policía. Pero tal cantidad de deberes asignados a la policía no debe hacer pensar que Hegel sea un partidario del Estado policial, por lo menos si con tal expresión se entiende algo contrapuesto al ideal liberal de un Estado de derecho. Desde esta perspectiva, su posición si acaso puede estar más cercana a la de un acreditado teórico del liberalismo alemán: Robert von Mohl. La crítica que Mohl dirige a la «concepción moderna negativa de la libertad», en la cual «el aislamiento egoísta del individuo

---

Humboldt y Kant hacia el Estado eudemonista» (G. Solari, «Il concetto di società civile in Hegel», cit., pág. 247).

encontró su plena justificación[30] constituye sin duda un punto de contacto con Hegel. A partir de esta crítica nace una valoración distinta de la función de la *Polizei.* Caída ésta en descrédito al inicio del siglo XIX, es rehabilitada por Mohl, para el cual vuelve a significar:

> el conjunto de aquellas instituciones y ordenamiento que aspiran, con la aplicación de la fuerza pública, a remover todos los obstáculos que se oponen al desarrollo de las facultades humanas e *insuperables con el simple medio de las fuerzas privadas*[31].

Esta definición constituye una premisa válida para superar la esfera de la administración de justicia, limitada esencialmente a la conservación y defensa de la libertad y de la propiedad de los individuos. Mohl permanece así dentro de la corriente del liberalismo alemán. Recuperará significativamente un concepto más amplio de administración, del cual forma parte fundamental la preocupación por el bienestar de los individuos.

También para Hegel la acción de la sociedad civil, de esta sociedad jurídicamente regulada y dirigida, no puede limitarse a impedir las violaciones de la propiedad, sino que debe extenderse hasta garantizar la seguridad y el bienestar de sus componentes. En especial, debe defenderlos del juego de las fuerzas accidentales que siempre perturban la vida social, de las consecuencias de acciones económicamente necesarias y jurídicamente lícitas, pero lesivas para el interés colectivo. Existen situaciones sociales que no son regulables de forma simple, sino que requieren la intervención activa de una administración pública. Aún con anterioridad a Mohl, Hegel usa el término *Polizei* con el fin de englobar la entera esfera de la administración,

---

[30] R. v. Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften. In Monographien dargestellt,* Erlangen, F. Enke, 1855, vol. 1, págs. 242 y ss. Sobre Mohl, cfr. E. Angermann, *Robert von Mohl 1799-1875. Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten,* Neuwied u. Berlin, Luchterhand, 1962. En Italia ha escrito páginas significativas sobre Mohl F. M. De Sanctis, «Robert von Mohl: una critica liberale all'individualismo» (1976), ahora en Società moderna e democrazia, cit., págs. 37-57.

[31] R. von Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates,* Tubinga, H. Laupp, 1832-1834 (del que he consultado la segunda edición de 1844-45), Bd. I, pág. 11. Sobre la vieja «Polizeiwissenschaft» sigue siendo fundamental H. Maier, *Die altere deutsche Staats und Verwaltungslehre (Polizeiwissenschaft). Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Wissenschaft in Deutschland,* Neuwied u. Berlin, Luchterhand, 1966, Véase ahora también P. Preu, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre,* Gotinga, O. Schwartz, 1983.

rechazando una acepción más limitada, concretamente la que atribuía a la policía funciones únicamente coactivas y represivas.

La organización jurídica se refiere ante todo a la defensa y a la protección de lo que individuo posee; para la ley, en cuanto tal, el bienestar y la felicidad de los individuos es algo exterior. No obstante, este bienestar es una determinación esencial de la cual la sociedad civil debe hacerse cargo. Y cuanto mayor es la conciencia de los elementos de crisis que caracterizan el desarrollo de la sociedad capitalista, mayor es la conciencia de la necesidad de una administración pública que intervenga allí donde la simple administración de la justicia se revela insuficiente. Así, también respecto a este punto, en los cursos posteriores a la publicación de la *Filosofía del derecho* encontramos una mayor atención a mecanismos de defensa de la sociedad, como son la policía y la corporación.

En las lecciones de 1822/23, por ejemplo, Hegel se expresa del modo siguiente:

> La justicia es algo grande en la sociedad civil. Leyes fijas y justas harán prosperar al Estado (...). Pero esto no basta. Puesto que yo estoy totalmente conectado a la particularidad, tengo el derecho de exigir que en esta conexión se favorezca también mi bienestar particular (*Rph* V § A pág. 690. 8-20).

En otros términos, las leyes y su pertinente ordenamiento judicial no son suficientes para garantizar el bienestar de los individuos en los conflictos de la vida económica. A esto último debe poner remedio una inteligente acción de policía. La administración de justicia se limita a impedir las violaciones de la propiedad; la administración pública aspira a garantizar la estabilidad y la seguridad social de todos.

La esfera de los intereses privados, sin ser totalmente trascendida, encuentra ya su primera reglamentación por medio de órganos públicos puestos a su servicio. La diferencia entre Estado y sociedad se halla, pues continuamente mediatizada; concretamente, la policía indica el intento de una recomposición en el medio administrativo. En cuanto poder que se ocupa de la universalidad, la policía lucha contra la incontrovertible actividad del sistema de las necesidades, la acumulación de riquezas y el empobrecimiento de una gran masa de población. No pueden establecerse confines absolutos a la intervención de la policía; sus deberes dependen de la particular situación social y política. De todos modos, es cierto que su radio de acción deber ser los suficientemente amplio como para comprender aquel conjunto de actividades que hoy llamaríamos de política económica (intervención en la economía, regulación del mercado), sin que, por otra parte, extienda su dominio a todo asunto posible.

El mecanismo económico genera contradicciones incurables (y resulta significativo que la cima de la contradicción se alcance precisamente en los párrafos dedicados a la policía), a las que la policía debe, cuando menos, intentar responder, aun sabiendo que la dialéctica conflictual de la moderna sociedad industrial no permite hallar la síntesis que la resuelva. Sólo caben tentativas. Una de ellas merece traerse a colación. Por ejemplo, Hegel es partidario de una política rigurosa de equidad fiscal. No se trata de las tasas para indigentes[32], mísero expediente con el que los ricos aparentaban generosidad frente a los pobres, sino de los impuestos en el sentido moderno de la palabra. Es éste un aspecto sobre el que Hegel insiste en las lecciones de 1824/25:

> El control, las verificaciones policiales se llevan a cabo sobre todo debido a los impuestos directos que el Estado debe exigir; para evitar trampas son necesarias múltiples verificaciones y frecuentes informes. En Inglaterra la libertad personal está bien garantizada y, sin embargo, tiene al mismo tiempo las tasas más altas (...) entonces son necesarios muchos controles, investigaciones más amplias y rigurosas, que conllevan incluso la intrusión en la casas (*Rph* VI § 234 A pág. 593. 18-27).

No obstante, ni siquiera una rigurosa política fiscal parece estar en condiciones de resolver el problema de la pobreza. La pobreza es endémica al sistema, cuyos fundamentos Hegel no pone nunca en tela de juicio. Hegel acepta la estructura económica moderna, defiende tanto la propiedad privada como la división del trabajo y acoge en su sistema la formación de una sociedad que acentúa el antagonismo, el conflicto, la laceración. Pero, a diferencia de Smith y Ricardo, Hegel no cree en una armonía espontánea de los intereses económicos en conflicto. No sin cierta ironía, polemiza contra el principio liberal del *laissez aller, laissez faire:*

> Incluso la peste termina (...), pero cientos de miles han parecido por su causa, todos han muerto, de tal modo que todo

[32] Así como Hegel considera la beneficencia un residuo de la sociedad feudal, también opina que las tasas para los pobres constituyen un obstáculo para el desarrollo de la sociedad burguesa. Esta sociedad se basa en el trabajo: asegurar a los pobres una subsistencia que no esté mediada por el trabajo significa ir contra el principio informador de las nuevas relaciones sociales. Y eso que está escrito en el texto publicado (*Rph* § 245 A), se repite en las lecciones posteriores (*Rph* V pág. 703. 24-26 y pág. 704. 13-25; *Rph* VI pág. 611. 16-26).

> vuelve a su lugar. Si en un principio, en la policía, en el Gobierno, predominaba el afán de mandar, reina la comodidad de no ocuparse de nada (...). La seguridad de la subsistencia se ha superado mediante el principio de dejarlo todo a su aire, que las familias reciban asistencia se deja a la casualidad (*Rph* VI § 253 pág. 625. 19-27).

Hegel es contrario a la receta liberal, pero también se opone a una solución de crisis desde lo alto, que anule la autonomía de la sociedad civil. Es el dilema al que se enfrenta Hegel: si la sociedad se abandona a su suerte, reina el caos y la anarquía; si el Estado interviene en la sociedad de forma autoritaria y anulando la libertad que la gobierna (Estado policial), entonces desaparece la distinción entre Estado y sociedad, fundamento de su sistema. Al «animal salvaje», por tomar una conocida metáfora hegeliana, no se le abate, sino que debe sometérsele a una continua domesticación[33]. La economía es guiada mediante una atenta actividad administrativa, a través de intervenciones que sepan salvaguardar el interés de la colectividad sin negar, empero, la autonomía de la esfera individual con sus derechos inviolables. Si Mohl insiste en que el papel de la policía es siempre subsidiario y complementario (en la medida que no se presenta nunca como fin en sí mismo), Hegel se opone a las características «odiosas» que la policía adquiere cuando «fastidia» la vida privada. Tanto la concepción de una policía a la que compete la vigilancia de todo, como la idea de una desenfrenada libertad de los particulares deben superarse:

> El individuo debe tener el derecho a ganarse su propio sustento de este o de aquel modo (...), pero, por otro lado, también lo público (*Publicum*) tiene el derecho a exigir que se abastezca de forma general de lo necesario (*Rph* V § 236 A págs. 695. 32-33 y 696. 1 y 5-7).

El interés privado invoca la libertad de iniciativa frente a todo tipo de intromisión; pero cuanto más degenera el interés particular en fin egoísta, tanto mayor es la necesidad de una policía capaz de reconducir a lo universal las peligrosas convulsiones y los estímulos anárquicos de la moderna sociedad industrial.

---

[33] G. W. F. Hegel, *Gesammelte Werke,* Bd. 6: *Jeaner Systementwürfe I. Das System der spekulativen Philosophie. Fragmente aus Vorlesungmanuskripten zur Philosophie des Natur und des Geistes. 1803/1804,* hrsg. von K. Düsing u. H. Kimmerle, Hamburg, F. Meiner, 1975 (tr. it. a cargo de G. Cantillo. *Filosofia dello spirito jenese,* Roma-Bari, Laterza, 1984, pág. 61).

A donde no alcanza la policía, se pide la intervención de otro nivel de organización social con deberes y competencias específicos: la corporación. La introducción de este elemento en el sistema hegeliano es más problemático de lo que pueda parecer a primera vista. Hay que notar ante todo la relevancia que el tema de las corporaciones asume en las lecciones posteriores a la publicación de la *Filosofía del derecho*. Es verdad que en los cursos precedentes se encuentra también este argumento, pero es significativo que el término no aparezca aún junto a la policía en el título de esta parte de la sociedad civil.

El sistema corporativo, introducido en el texto publicado con su propia autonomía respecto a los deberes de la policía, tiene esencialmente la función de estabilizar el cuerpo social, al dar al individuo la conciencia de encontrar en su seno la garantía de su subsistencia, su bienestar y, por ende, su propia dignidad: «Si no es miembro de una corporación autorizada el individuo carece de honor profesional y es reducido por su aislamiento al aspecto egoísta de la industria, en el que su subsistencia y su goce no son permanentes» (*Rph* § 253 A pág. 688. 27 y 629. 1-3). En la corporación el individuo supera el propio egoísmo y adquiere conciencia de un interés común, se le educa en el sentido de lo universal; es «la raíz *ética* del Estado, hundida en la sociedad civil» (*Rph* § 255 pág. 690. 4-5).

Los deberes que Hegel atribuye a las corporaciones han sido ya comparadas con las que después asumirían los partidos políticos o las organizaciones sindicales[34]. Ambas interpretaciones tienen su fundamento. Si se observa la corporación desde el punto de vista del Estado, el problema, totalmente político, es el de la representación, por lo que puede parecer de alguna forma justificado el llamamiento a los partidos políticos. Si, por contra, se observa la corporación desde el punto de vista de la sociedad, entonces puede parecer más convincente la llamada a los sindicatos. Por supuesto, Hegel no habla ni de partidos ni de sindicatos, si bien ambos empezaron a existir antes que sus nombres. Con todo, hay algo en estas interpretaciones que no consigue convencerme.

---

[34] La primera hipótesis ha sido avanzada por Shlomo Avineri en su libro *Hegel's Theory the Modern State* (1972), tr. it. de B. Maffi, *La teoria hegeliana dello Stato,* Roma-Bari, Laterza, 1973, pág. 196; la segunda, por D. Losurdo, *Tra Hegel e Bismarck,* cit., pág. 177. En general, acerca del concepto de corporación, véase la amplia investigación de F. Müller, *Korporations und Assoziation. Eine Problemgeschichte der Vereinigungsfreiheit im deutschen Vormärz,* Berlin, Duncker u. Humblot, 1965 (las págs. 146-219 están dedicadas a la doctrina hegeliana de las corporaciones). Sobre el tema, con especial referencia a Hegel, cfr. ahora W. Kersting, «Polizei und Korporation in Hegels Darstellung der bürgerlichen Gesellschaft», *Hegel-Jahrbuch 1986*, 1988, págs. 373-381.

Hegel sin duda está muy lejos de querer resucitar la corporación medieval. Mas se erige en defensor de los privilegios y de los particularismos de las corporaciones feudales. Las antiguas corporaciones obstaculizan el desarrollo económico: al suprimirse, el individuo -aunque con condicionamientos- será libre de elegir su profesión. Por otro lado, dado el papel que Hegel atribuye a las corporaciones, no cabe en ningún caso que la autoridad de éstas se oponga a la del Estado.

Lo anterior no requiere muchas explicaciones: la libre elección de profesión es un principio fundamental del mundo moderno (§ 206) y la corporación, cuando, como en el pasado, quiere autoafirmarse, «puede incluso resultar peligrosa para la totalidad del Estado» (*Rph* VI § 255 A pág. 628. 29-30). Y, no obstante, Hegel percibe lúcidamente y de inmediato el reverso de la medalla:

> Que cada miembro tenga el derecho a ganarse la subsistencia a través de su habilidad no puede ponerse en discusión de forma abstracta, pero lo que inmediatamente se encuentra ligado a esto es lo siguiente. El individuo quiere hacer lo que está en condiciones de hacer y la elección le compete, se basa en su arbitrio; la otra cara [empero] es que el individuo no sólo quiere hacer lo que está en condiciones de hacer, sino que tiene el objetivo esencial de que mediante esto se le garantice su subsistencia (*Rph* Vi § 254 A pág. 624. 15-21).

Si la libertad profesional, además, significa la libertad para estar desempleado, el individuo no sabe qué hacer con ella. El hombre, en efecto, trabaja para garantizar su propia subsistencia y la de su familia, pero no por el placer de trabajar. Una libertad laboral que no esté en condiciones de alcanzar este objetivo es meramente abstracta y formal. Aquí interviene la necesidad de una organización del trabajo ocupada en garantizar a todos la subsistencia. Y Hegel no encuentra una mejor expresión que el término «corporación»:

> Generalmente uno se detiene en el lado formal del hacer lo que se quiere, mientras lo esencial está en el otro lado, que el objetivo [de la subsistencia] se alcance y esto es lo que hace la corporación. Nadie arroja al agua por la noche los productos de su jornada de trabajo, ya que éstos son su finalidad; no lo es su trabajo, que es sólo el medio, sino el resultado, la satisfacción de sus necesidades, el sustento asegurado (*Rph* VI §254 A pág. 624. 24-30).

Hegel sabe perfectamente que en su época el término «corporación» es «la expresión más difamada, en especial por los franceses

que desde la época de la revolución odian la corporación y los privilegios» (*Rph* VI § 250 A pág. 618. 12-14). Pero también sabe muy bien que la implacable dialéctica económica liberada por la revolución ha reducido el espíritu de comunidad al polvo de los individuos. Si bien es cierto que alguna vez usa términos tales como *«Genossenschaft»* (por ejemplo, *Rph* § 251), *«Organization»* (por ejemplo, *Rph* V § 254 pág. 713. 11), *«Gewerbe, Zunft»* (por ejemplo, *Rph* V § 251 pág. 621. 16-17)[35], normalmente no encuentra un nombre mejor que *«Korporation»* para designar una institución que haga del principio de solidaridad su eje. La corporación es, según Hegel, la organización más idónea para defender los intereses del estamento industrial y garantizar a sus miembros asistencia y solidaridad en caso de necesidad. Pero sobre este punto hay que precisar rápidamente que el argumento de Hegel tiene que ver con la clase industrial en su conjunto. En otras palabras, la corporación agrupa en asociaciones comunes a trabajadores y empresarios. Es una cuestión sobre la cual Hegel no varía su opinión. No está en discusión -como recientemente se ha sostenido- el derecho de «los obreros a asociarse»[36], sino el derecho de la industria en su conjunto a continuar

[35] Losurdo introduce una distinción entre *Zunft y Korporation* que no encuentra apoyo en los textos de Hegel. Escribe que el término *Zunft* sigue siendo utilizado «siempre para designar corporaciones feudales. Está claro que, en el texto hegeliano, *Zunft y Korporation* indican dos realidades y dos problemáticas totalmente distintas» (D. Losurdo, *Tra Hegel e Bismarck,* cit., págs. 176-177). A mí no me lo parece. En las lecciones de 1824/25 Hegel dice: *«Die Korporation ist zunächst vorzustellen als Gemeinde und näher als Gewerbe, Zunft»* (*Rph* VI § 251 pág. 621. 16-17).

[36] En este sentido, D. Losurdo, *Tra Hegel e Bismarck,* cit., pág. 182. Después de citar un pasaje de las lecciones, Losurdo aún de forma más radical concluye: «Llegados a este punto no hay equívoco posible: al teorizar la necesidad de la 'corporación' Hegel reivindica el derecho de asociación para un clase social bien determinada» (183). Pero veamos el paso en el que se basa esta interpretación. Lo cito por entero porque sólo así puede comprenderse lo que quiere decir Hegel: «Hace algunos años, el gobierno francés realizó una investigación acerca de los avances de la industria; las cámaras de comercio respondieron que el comercio florece en mayor medida desde que se han suprimido las corporaciones. Pero el comercio aumenta sus ganancias cuando más mísera es la clase trabajadora *(arbeitende Klasse),* cuando ésta trabaja más barato, y el comerciante puede vender a mejor precio. Pero las obras de la industria empeoran con la supresión de las corporaciones» (*Rph* V § 254 A pág. 712. 1-15). Está claro que, si se saca de contexto la imagen de la clase trabajadora que trabaja barato, se puede llegar quizá a la conclusión de que Hegel pensaba en la organización de la clase obrera. Pero siguiendo íntegramente el paso citado se llega a una conclusión bien distinta. Hegel discute aquí los resultados de una investigación promovida por el gobierno francés que habría demostrado lo dañina que resultaba la corporación para el desarrollo del comercio. Hegel no discute este hecho, pero observa (seguramente sobre la base de la misma fuente) que respecto a la actividad industrial había sucedido lo opuesto. Es un modo de insistir, bajo la base

organizándose

en corporaciones. Las nuevas formas de asociación obrera se basan en el conflicto de intereses, en la lucha de clases. A Hegel no se le oculta la realidad de los conflictos surgidos con el desarrollo de la sociedad industrial. Sin embargo, no percibe que, precisamente de tales conflictos, está naciendo un nuevo sujeto social portador de valores autónomos. Resulta significativo que al respecto hable a menudo de plebe *(Pöbel)*[37] y que ésta no tenga una autonomía propia en la dialéctica de los grupos (cfr. *Rph* § 244). Hegel, que seguía con gran atención el desarrollo de la industria en Inglaterra, en un apunte berlinés escribe acerca de los «excesos de la plebe inglesa» que destruye las «máquinas de vapor»[38]. Es clara la referencia al movimiento ludita, que se repite en las lecciones de 1822/23 y 1824/253[39]. No obstante, Hegel se limita únicamente a registrar estos hechos: intuye la realidad de una nueva clase social, pero no la conceptualiza. De ahí la imagen de una clase industrial organizada en corporacione, es decir, de forma interclasista: en ella no domina la lucha de clases, sino la colaboración entre ellas. ¡Hegel no es Marx! No por ello hay que inscribir a Hegel entre los teóricos de la reacción feudal o asimilarlo a los escritores políticos conservadores. Igual visión interclasista teoriza Saint-Simon en Francia por los mismos años y en una obra que el propio Hegel cita a menudo en las lecciones de 1824/25: el *Catéchisme des industriels* publicado hacía poco[40]. Encontramos aquí de nuevo la misma mezcla de adversarios sociales dentro del estamento industrial. ¡Hegel, después de todo, no se encontraba en tan mala compañía! Mas no pretendo insistir sobre esta cuestión[41].

---

de los datos de una encuesta reciente, en las ventajas que tendría en cambio una organización corporativa de la industria. Cuando aquí Hegel habla de «clase trabajadora» es evidente que no está pensando en el proletariado contrapuesto a los capitalistas, sino en el estamento industrial en su conjunto contrapuesto a los intereses del estamento comercial. No estaba en discusión el derecho de los obreros a formar sindicatos, sino el de la industria a organizarse en corporaciones.

[40] C. H. de Saint-Simon, *Cathéchisme des industriels* (1823/24). [Tr. cast. parcial de Carlos Melchor y Leopoldo Rodríguez: «Catecismo de los industriales», en G. Ionescu (ed.), *El pensamiento político de Saint-Simon,* México. F.C.E., 1983. págs. 200-223]. La referencia implícita a Saint-Simon se encuentra en el curso de 1824/25, cuando Hegel escribe que considera excesivo que «en el *cathéchisme industriel,* la *nation industrielle* se tome como la única y los demás estamentos se consideren sólo sus funcionarios, sus servidores» (*Rph* VI § 204 pág. 520. 6-9). Heggel comparte con Saint-Simon la idea de que el «estamento industrial» es «el estamento principal de la sociedad civil» (*Rph* VI § 204 pág. 519. 18-19), pero le parece también importante para el buen funcionamiento de la sociedad la presencia de una buena administración y de una eficiente burocracia. Por otro lado, mientras Saint-Simon considera sólo el aspecto positivo del trabajo y de la industria, Hegel -como se ha visto- tiene siempre en cuenta la otra cara de la moneda.

[41] Sobre Hegel y Saint-Simon véanse en especial las referencias contenidas en

En resumen, lo relevante en la imagen que Hegel nos presenta de la sociedad civil no son los medios que propone para organizarla; lo que importa en su caracterización no simplemente como sistema económico, sino como conjunto de sistemas y centros de valor sobre los cuales se asienta la modernidad. Es este último punto el que ahora hay que considerar.

3. Dialéctica y crítica de la sociedad civil

3. 1. En la observación al § 209, donde empieza la parte dedicada a la administración de justicia, Hegel afirma:

> Pertenece a la cultura, al *pensar* como conciencia del individuo en la forma de la universalidad, que yo sea aprehendido como persona universal, en lo cual *todos* somos idénticos. *El hombre vale porque es hombre* y no porque sea judío, católico, protestante, alemán, italiano. (*Rph* § 209 A pág. 654. 8-12).

Es la esfera de la sociedad civil, al nivel del sistema de leyes, reaparece el horizonte problemático que se encuentra al nivel del derecho abstracto. No hay una línea directa que proceda de la sociedad al Estado, sino una compleja red de interferencias que proviene del derecho abstracto, pasa a través de la moralidad y alcanza el derecho en la sociedad civil.

¿Qué hilo une estas fases particulares en el desarrollo sistemático? El fundamento del derecho es la radical reivindicación de la libertad del sujeto. Los hombres son distintos en cuanto a su particular situación social y cualidad natural, pero esta diversidad no pertenece a la abstracta determinación según la cual cada uno debe ser considerado un ser libre, una persona: *«trata y respeta a los demás como personas»* (*Rph* § 36), escribe Hegel, formulando en términos kantianos el supremo precepto jurídico. Hegel parece moverse dentro del mismo ámbito categorial de la tradición kantiana. La propia materia que Kant había presentado como derecho privado en la *Metafísica de las costumbres* aparece aquí como derecho abstracto. Hegel concuerda con Kant al sostener que el hombre es ante todo sujeto de derechos. Todas las normas jurídicas derivan de esta norma

---

dos ensayos de J. D'Hondt, «Hegel et les socialistes» (1971), en *De Hegel à Marx,* París, Puf, 1972, págs. 164-191 [tr. cast.: *De Hegel a Marx,* Buenos Aires, Amorrortu 1974] y «Hegel et le socialisme naissant: la misère dans l'abondance», *Rivista di filosofia,* 1977, págs. 49-74 (tr. it. 75-94).

fundamental: al hombre, en primer lugar, hay que reconocerlo como sujeto de derechos y él, a su vez, debe reconocer en los demás esta misma cualidad. Con el fin de desarrollar esta idea, Hegel se sirve del método consistente en abstraer todas las condiciones de convivencia creadas por los hombres. El fondo del análisis, pues, es una ficción, la del estado de naturaleza (si bien Hegel no lo dice de forma expresa), sin relaciones sociales estables. Con el fin de reclamar la atención sobre esta «ficción metodológica», Hegel habla de derecho abstracto[42].

Parece acogerse aquí, en aparente contradicción con el significado general de su sistema, la ficción del derecho natural moderno mediante la cual cabe concebir un derecho personal y una relación de propiedad sin el presupuesto de la sociedad y el Estado. Ciertamente, si el punto de partida es esta concepción del derecho abstracto concretado al nivel de las conexiones que unen a Hegel con el derecho natural moderno. En efecto, Hegel, a ese nivel, acepta dos aspectos fundamentales de aquella doctrina: a) la idea liberal de la defensa y de la seguridad de la vida privada; b) la proclamación de la libertad subjetiva como cambio y punto central de la «libertad de los modernos».

El primer aspecto ya ha sido recordado al analizar los distintos momentos que componen la sociedad civil. Ahora toca decir algo respecto al segundo. Este último aspecto impregna toda su obra. Hegel introduce, así, en el ámbito de lo ético el pensamiento moderno de la libertad individual: ningún clasicismo puede ya ocultar el radical reconocimiento del «valor infinito» de la individualidad humana. El carácter inmediato del *ethos* se disuelve en una multiplicidad de individuos que reivindican su libertad: «El derecho de la *particularidad* del sujeto a encontrarse satisfecho, o, lo que es lo mismo, el derecho de la *libertad subjetiva* constituye el punto central y de transición en la diferencia entre la *antigüedad y la* época *moderna*» (Rph § 124 A pág. 446. 20-25). Creer que es posible conciliar en un único acto las distintas escenas de la libertad es la ilusión, el rito mágico de una imposible nueva Grecia[43]. Esta utopía redentora, esta fe en una suprema armonía, genera al verdugo, conduce al terror. En la antigüedad, el individuo no poseía una esfera de derecho propia que oponer al Estado. Los antiguos no conocían este

[42] Sobre el significado de esta «ficción metodológica», cfr. K.-H. Ilting, *Hegel diverso,* cit., págs. 7 y 17.

[43] Retomo aquí algunos temas de un trabajo anterior: P. Becchi, «Identità e differenze nel concetto hegeliano di società civile. L'impossibile nuova Grecia e il suo ebreo», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI (1981), 1, págs. 47-86.

valor, porque la libertad civil se identificaba con la libertad política. En varios lugares de la *Filosofía del derecho* se insiste en este extremo.

Por ejemplo, en la observación al § 185, Hegel, escribe:

> Platón expone en su *República* la eticidad sustancial en su *belleza* y *verdad* ideales, pero no pudo dar cuenta del principio de la particularidad independiente que había irrumpido en su época en la eticidad griega. (*Rph* § 185 A pág. 635. 17-22).

La idea de que el individuo sólo adquiere valor en la medida en que forma parte de un organismo político traía consigo el desconocimiento del sujeto y de su libertad. El interés público, la sustancialidad del *ethos,* absorbía el interés privado. El Estado antiguo ignoró la vida interior y las exigencias de la conciencia, infravaloró la personalidad moral y jurídica del hombre.

El reconocimiento de la personalidad jurídica, el hecho de que el hombre como tal sea sujeto de derecho, es una conquista reciente. Pertenece al mundo moderno, el cual asigna por primera vez su derecho a todas las determinaciones, se presenta como «descubrimiento» de la sociedad civil. La proclamación del valor de ser infinito, que *todo* individuo posee en la condición moderna, encuentra su satisfacción real, su lugar específico, en la sociedad civil. Y es precisamente en el corazón de ésta donde se advierte el latido vital de la individualidad. En su centro se recoge el hilo a través del cual se articula la libertad del sujeto. Aquí se revela aquel movimiento subterráneo, no visible de forma inmediata, que desde el derecho abstracto, pasando por la moralidad, conduce en la sociedad civil al derecho concreto. Lo cual significa que tal principio debe configurar no sólo las conciencias, sino además todo el modo de vivir y pensar de los hombres. Es preciso que este principio forme epocalmente el espíritu en todos sus momentos:

> A su más precisa configuración pertenecen el amor, lo romántico, el fin de la eterna bienaventuranza del individuo, etcétera, así como la moralidad y la conciencia moral, y también las demás formas que aparecerán posteriormente como principios de la sociedad civil y como momentos de la constitución política o bien que se manifiestan en general en la historia, especialmente en la historia del arte, de las ciencias y de la filosofía (*Rph* § 124 A pág. 446. 35 y pág. 448. 1-8).

El principio de la libre personalidad infinita aparece ya con el cristianismo, pero ha habido que esperar mucho tiempo para que se encarnase en la historia y se hiciera realmente eficaz. El espíritu emplea tiempo para progresar en su autoconciencia.

> Hace ya un millar y medio de años que la *libertad de la persona* ha comenzado a florecer gracias al cristianismo y ha devenido un principio universal para una parte, por lo demás pequeña, del género humano. Pero la *libertad de la propiedad* se podría decir que es reconocida como principio sólo desde ayer y en pocas partes. La historia universal de así un ejemplo del tiempo que necesita el espíritu para progresar en su autoconciencia (...) (*Rph* § 62 A págs. 260. 8-15).

El valor que cada individuo posee de ser libre se realiza, pues sólo en la moderna sociedad fundada en el derecho, a primera vista podría parecer que el principio de la libertad personal no es del todo universal, que este valor no es para nada infinito, dado que es un resultado contingente, relativo a una época histórica. Ello es debido al hecho de que para que un valor sea universal debería estar presente en toda sociedad. Pero lo decisivo es que la universalidad de un valor no decae a pesar de que no se haya reconocido en todo tiempo y lugar. La universalidad de un valor requiere un acontecer mediante el cual alcance su realización. Ha sido necesario un largo proceso histórico para llevar a su pleno reconocimiento el valor de la libertad personal. Se trata de la historia y el destino de occidente concentrados en varios eslabones: desde el mundo antiguo al cristianismo, pasando por el mundo romano, hasta alcanzar aquel movimiento de regeneración del espíritu que triunfa con la reforma. Será preciso ver si esos eslabones conseguirán soldarse en una misma cadena. La dificultad se percibe de inmediato: en el camino a lo largo del cual se articula la libertad del sujeto se introduce el desarrollo incontrolado del capital. El principio del que nace el mundo moderno trae consigo las laceraciones incurables de la sociedad burguesa. Hegel es plenamente consciente de ello, pero no puede ocultar que tras las tensiones opera una «fuerza motriz» de la cual ninguna futura comunidad humana podrá ya prescindir.

3.2. El procedimiento dialéctico remite a un clásico problema que ha atormentado a todos los intérpretes desde los tiempos de Schelling y de Trendelenburg: la cuestión, eminentemente filosófica, del «comienzo»[44]. Es hora de ascender a la región lógica, una altura en la que se respira un aire particularmente frío.

---

[44] F. W. J. Schelling, *Münchener Vorlesungen. Zur Geschichte der neueren Philosophie,* in *Werke,* a cargo de M. Chröter, Beek, Munich, 1928, vol. V, pág. 223 (tr. it de G. Durante, *Lezioni monachesi sulla storia della filosofia moderna,* Turín. Giappichelli, 1981, reimpresión anastática autorizada por la Editorial Sansoni, págs. 180 y ss.); A. Trendelenburg, *Logische Untersuchungen,* Berlin, G. Bethge, vol. II, págs. 344 y ss.

En la *Filosofía del derecho* encontramos la sucesión derecho-moralidad-eticidad (y dentro de la eticidad: familia-sociedad civil-Estado). Pero la última figura de las dos sucesiones no es un *posterius*, sino un *prius* respecto a las figuras anteriores. En las lecciones de 1822/23 Hegel se expresa así:

> Lo real para nosotros está en tercer lugar, a pesar de que, según la realidad, sea lo primero. Así, formalmente la familia es anterior a la propiedad, al delito, etc. Igualmente, el Estado es anterior a la moralidad (*Rph* V § 32 A pág. 169. 26-34).

¿Por qué esta complicación adicional? ¿Por qué en apariencia la sociedad es anterior al Estado, pero en realidad el Estado es anterior a la sociedad? ¿Por qué el Estado «asigna» la multitud de individuos a las figuras inferiores de la familia y de la sociedad en vez de «proceder» de éstas? En suma, ¿por qué el concepto precede a sus determinaciones? El nudo es resistente. Probó a desatarlo el joven Marx. En su discusión del § 262 criticaba aquella idea real, el Estado, que «se divide a sí mismo» en las esferas ideales de su concepto (la familia y la sociedad) y «asigna a tales esferas los individuos en cuanto *multitud*». Objetaba, por el contrario, que «el Estado procede de la multitud, en tanto en cuanto ésta existe como conjunto de miembros de la familia y de la sociedad civil» y concluía que «la especulación enuncia este hecho, esta relación real, como apariencia, como un fenómeno[45]. No me interesa retomar la célebre polémica[46], pero es sintomático que más allá de las inciertas y débiles soluciones que ofrece Marx las anteriores preguntas parezcan aún dignas de formularse.

En un agregado a la *Enciclopedia* hay un largo pasaje que se refiere de forma expresa a la *Filosofía del Derecho*. Vale la pena transcribirlo por entero porque tal vez sea ahí donde Hegel intente responder a aquellas cuestiones:

---

[45] Marx, *Aus der Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Kritik des Hegelschen Staatsrechts* (§ 261-313) (1843). [Hay tr. cast. de José María Ripalda: «Crítica de la filosofía del Estado de Hegel» en *Manuscritos de París. Escritos de los «Anuarios Francoalemanes»,* OME-5, Barcelona, Grijalbo, 1978, págs. 2-157].

[46] Remito tan sólo a dos contribuciones recientes: G. Marini, «Tra due secolarizzazioni: il 'mistero della filosofia hegeliana' e la critica di Marx al § 262 della Filosofia del diritto», en *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno,* ed. a cargo de L. Lombardi Valluari y G. Dilcher, Milán y Baden-Baden, Giuffré y Nomos, 1981, págs. 369-405; R. Romano, *Il compimento del soggettivismo come prassi democratica ed estinzione del diritto. Interpretazione della «Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico»* di Marx, Milán, Giuffré, 1981.

> También en esta ciencia [la *Filosofía del derecho*] se empieza por algo *abstracto* -es decir, con el *concepto de voluntad-,* se progresa luego de la realización de la voluntad todavía *abstracta* -que se realiza en una existencia exterior- a la esfera del *derecho formal;* además, se procede a la voluntad -a partir de la existencia externa *reflejada en sí misma-* al terreno de la *moralidad* y se llega, en tercer lugar, a la voluntad ética que *reúne* en sí misma *estos dos momentos abstractos* y es, por consiguiente, *concreta.* En la propia esfera de la *eticidad* se empieza de nuevo a partir de lo *inmediato,* de la forma *natural, confusa,* que el espíritu tiene en la *familia,* de ahí se pasa a la *división* de la sustancia ética que se verifica en la *sociedad civil*, y se alcanza, por último, la *unidad* y *verdad* de esas dos formas unilaterales del espíritu ético que existen en el *Estado.* De ese modo de proceder de nuestro tratamiento no se sigue en absoluto que transformemos la eticidad en algo que -según el orden temporal- sea *posterior* al derecho y a la moralidad o que queramos postular que la familia y la sociedad civil *preceden* al Estado. Sabemos muy bien que la eticidad es la *base* del derecho y de la moralidad, así como la familia y la sociedad civil -con sus distinciones bien ordenadas- ya *presuponen* la existencia del Estado. Sin embargo, en el *desarrollo filosófico* de lo ético, no podemos empezar con el *Estado,* porque en él lo ético se desarrolla hasta su forma *más concreta;* el inicio es necesariamente algo *abstracto*[47].

En este pasaje, Hegel discute su propio modo de proceder, el método expositivo adecuado al desarrollo del concepto. Este método no es aplicable sólo a un fenómeno particular, sino que es realmente adecuado a la naturaleza del espíritu en sí, también a la ciencia filosófica del derecho. La exposición procede de lo abstracto a lo concreto, si bien lo concreto (la eticidad) sea -en cierto sentido- lo más profundo, el fundamento de lo abstracto. Por tanto, lo concreto es ulterior, aunque en realidad sea previo. Lo abstracto -lo que se expone en primer lugar- es, pues, en realidad posterior; es algo fundado, que tiene antes que él, como su base, lo concreto. Por este motivo, el derecho abstracto se expone en la primera parte, haciendo abstracción de todas las condiciones sociales y políticas existentes, a fin de

[47] G. W. F. Hegel, *Sämtliche Werke,* cit., Bd. 10, págs. 217 y ss., § 408 7. Como es sabido, los agregados no aparecen en la edición italiana de la *Enciclopedia* traducida al italiano por Croce. La reciente edición, a cargo de V. Verra, contiene los agregados, si bien hasta ahora sólo la luz el volumen relativo a la Lógica.

reconocer ante todo lo particular, la persona con sus derechos imprescindibles. Pero es evidente que en realidad no existe nunca un hombre aislado y que sus derechos están ya inscritos en el ámbito de la comunidad. Así, pues, lo concreto, expuesto con posterioridad, en realidad es anterior, mientras que el Estado no es un *posterius*, sino un *prius* respecto a las esferas inferiores. En la exposición, la sucesión de lo concreto a lo abstracto se presenta en términos invertidos, por lo cual sólo al final aparece aquello que está desde el inicio.

El camino de lo abstracto a lo concreto es, pues, sólo aparente, porque presupone lo que sigue: los grados del desarrollo vienen precedidos idealmente por la totalidad que los contiene. Se trata, en definitiva, de un camino ideal, lógico e invertido, que procede volviendo atrás, al fundamento. Esta compleja modalidad de proceder es adecuada a la naturaleza ideal del espíritu. Hay una dialéctica del espíritu que opera idealmente en sí, antes de su ingreso en el tiempo. Esta dialéctica expresa un depliegue de grados a partir de un germen (lógico) que los implica.

La complicación nace cuando la dialéctica ideal que procede de lo concreto a lo abstracto -un procedimiento que en la exposición se presenta en términos invertidos, por lo que sólo al final aparece la complejidad del movimiento- se transfiere, se traslada de forma arbitraria, a la dialéctica real del espíritu que ingresa en el tiempo. Se presta a confusión cuando Hegel, en vez de limitarse a entender esta precedencia de lo concreto como algo puramente «ideal», supone que es también «temporal». De ahí que parezca verdaderamente que el Estado precede -según el orden temporal- a la familia, cuando, por el contrario, cabe que exista familia sin Estado.

En el orden lógico, el Estado precede a los individuos y a las familias, así como el todo precede a las partes. Pero en el orden temporal, la parte, o sea los individuos y las familias, preceden al todo, al Estado. En la dialéctica ideal, el movimiento consiste en un proceso que va de grados más abstractos a otros cada vez más concretos, con la conciencia de que estos últimos están ya contenidos en potencia en los primeros de donde deriva que ya en la determinación abstracta existe el grado más concreto. Así, el Estado ya se halla contenido en potencia en la sociedad (precisamente en los momentos de la justicia y de la policía); es más, nace de ella, aun cuando Hegel no lo diga expresamente o hasta dé a entender lo opuesto. El desarrollo que presenta la exposición es un desarrollo ideal que describe de forma invertida, a partir de lo abstracto, el proceso ideal de las determinaciones del espíritu. No se trata, pues, de un desarrollo temporal de lo que es anterior y de lo que es posterior, y no puede decirse ni siquiera que lo que en apariencia es posterior en realidad sea anterior. Dando a esta precedencia un carácter no sólo ideal sino también

temporal, Hegel corre el riesgo de confundir la sucesión ideal con la temporal, la especulación con lo empírico. En esta trasposición está efectivamente presente el peligro de tratar la historia de manera especulativa. Los términos del movimiento aparecen realmente invertidos: el proceder desde el sujeto al Estado, del derecho abstracto a la eticidad, es sólo aparente, una ficción metodológica. En realidad, según Hegel, sucede lo opuesto: del Estado al sujeto, de lo ético al derecho. La meta es el origen.

¿Por qué Hegel invierte los términos del movimiento? ¿Por qué considera el final como el verdadero principio? ¿Por qué al comienzo es el todo y no las partes? En lo profundo de este proceder hay un residuo aristotélico que también se ha puesto de manifiesto en el pasaje de Marx citado al inicio de este trabajo (cfr. supra, pág. 6). Este residuo es difícilmente con el arranque individualista de las modernas doctrinas iusnaturalistas.

No es cierto -quede bien claro- que la dimensión del sujeto se sacrifique en el altar del Estado (como toda una tradición interpretativa desearía)[48], pero tampoco lo es que sea esa subjetividad la que produzca linealmente el Estado. La tensión entre el sujeto y el Estado nunca parece resolverse adecuadamente. Cuando se enfatiza la efectualidad de la síntesis hegeliana, se pierde de vista el hecho de que la dialéctica que da origen a la forma-Estado queda, por así decirlo, en el aire. En cambio, si se acepta como criterio interpretativo la alternativa organicismo *versus* atomismo, estalinismo contra individualismo, se corre el riesgo de entrar en un callejón sin salida. Hegel aparece entonces, una vez más, como el teórico del Estado «orgánico» y el enemigo de la libertad individual[49]. Pero la unidad del Estado es para Hegel la del Leviatán: deriva de la difícil armonía de muchas particularidades independientes[50].

---

[48] En este sentido, la célebre obra de K. Popper, *The Open Society and Its Enemies* (1951). [Hay tr. cast. de Eduardo Loedel: *La sociedad abierta y sus enemigos,* Buenos Aires, Paidós, 1981]. En la misma línea interpretativa. E. Topitsche, *Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie,* Neuwied u. Berlin, Luchterhand, 1967 y H. Kiesewetter, *Von Hegel zu Hitler,* Hamburgo, Hoffman und Campe, 1974.

[49] Me parece que corren un riesgo de este tipo los trabajos más recientes de N. Bobbio, cfr. en especial, «Diritto privato e diritto pubblico in Hegel» (1977), ahora en *Studi hegeliani,* cit., págs. 85-114. También las lecciones impartidas por Bobbio sobre «Hegel y el Estado» en el *Instituto Italiano per gli Studi Filosofici* (Nápoles, 19-24 abril 1982) iban en esta dirección. Véase al respecto P. Becchi, «Del individuo y del Estado (Anotaciones a unas lecciones de Norberto Bobbio sobre «Hegel y el Estado»), *Revista de Estudios Políticos*, 44 (1985), págs. 125-135.

[50] Creo que van en este sentido algunas observaciones sobre la relación sociedad-Estado que se encuentran en un estimulante artículo de K. Hartmann. «Idee zu

> El principio de los Estados modernos tiene la enorme fuerza y profundidad de dejar que el principio de la subjetividad se consume hasta llegar al *extremo independiente* de la particularidad personal, para el mismo tiempo *retraerlo* a su *unidad sustancial,* conservando así a ésta en aquel principio mismo (*Rph* § 260 pág. 701. 27-29 y pág. 702. 1-3).

El poder del Estado no debe extenderse hasta el punto de cancelar los límites entre Estado y sociedad, y, con ellos, la libertad del sujeto. Parafraseando a Carl Schmitt, el Estado hegeliano no es «neutral», ni siquiera «total»[51]. Un Estado de este tipo está demasiado penetrado por los caracteres de la sociedad civil para ser aquella realidad absorbente que viejas y nuevas teorías se empeñan en ver en él.

3.3. A los ojos de Hegel, la sociedad civil se muestra como un mundo complejo, gobernado por valores específicos, que se ha intentado explorar en toda su amplitud de significado y en sus relaciones histórico-conceptuales. Es el mundo de la laboriosidad burguesa, pero también el de las libertades individuales, regulado por el derecho, garantizado por la policía. En su centro, donde se retorna la línea subterránea que proviene del derecho abstracto, reaparece concretamente realizado el valor infinito de la libertad subjetiva.

Cambiar este centro por lo periférico y colocar como base del entramado el sistema de las necesidades es el signo de aquella dialéctica negativa que haría su aparición dentro de poco en la escena histórica. De Hegel a Marx, el hilo que une en la expresión alemana *«bürgerliche Gesellschaft»* lo «civil» con lo «burgués», se rompe por la parte del *bourgeois.* «Burgués» ya no significa una clave universal, o mejor, la vida del *homo aeconomicus,* sino una clase particular, portadora de valores que ya no son universalizables. En Marx la sociedad civil se manifestará cada vez menos civil y más burguesa. La complejidad se reduce. Lo particular en su valor infinito es sólo la máscara tras la cual se esconde el patrón que explota. Todo se reduce a la mitad, se devalúa. La riqueza de valores de la sociedad civil hegeliana se desvanece. Cae toda tensión, la contradicción se resuelve. Pero ¿a qué precio? Focalizando todo odio sobre lo «judío»

---

einen neuen systematische Verständnis der hegelscher Rechtsphilosophie», *Perspektiven der Philosophie,* Bd. 2-1976, págs. 167-200. Del mismo autor cfr. también «Handlungstheorien im Politischen II. Teil», *Perspektiven der Philosophie,* Bd. 11-1985, págs. 339-347.

[51] C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (texto de 1932). [Hay tr. cast. en ed. preparada por José Arico del texto de 1939: *El concepto de lo político,* Buenos Aires, Folio, 1984, págs. 83-84].

¿no se corre el riesgo de eliminar también aquel *minimum* irreductible de libertad subjetiva?

Precisamente en *La Cuestión judía* se abre la vía a este engañoso camino. En este breve aunque denso ensayo se muestra en toda su amplitud el desplome y la desapreciación de los valores. El dinero se convierte en el Dios celoso de Israel. El valor universal de lo particular esconde la realidad del valor de cambio. ¿Radicalización o reducción? ¿Profundización o empobrecimiento? La sociedad civil pasa a ser el espacio de las relaciones económicas destinadas a comprender tan sólo la insensible laboriosidad del *bourgeois*. Surge como una sociedad de animales intercambiadores, cuyos miembros shmithianamente no confían en ninguna mediación que no pase a través de la propia ventaja egoísta. En esta sociedad, el hombre, aun antes de ser *sujeto* de derecho, es *objeto* de sus necesidades y considerar a los demás hombres como medios para satisfacer su vida egoísta.

Desde este limitado punto de vista, la sociedad civil aparece constituida por «individuos independientes», apolíticos, e integrada por relaciones caracterizadas por un «movimiento *desenfrenado*» hacia el «mundo de las necesidades» y «del trabajo»[52]. En su conjunto, la falta de distinción entre sistema de las necesidades y sociedad civil reduce el significado positivo de esta última al surgimiento de la economía como instancia autónoma. La difícil coexistencia de momentos distintos que caracterizaba el argumento de Hegel se ha perdido irremediablemente. El mundo cristiano de las particularidades es sólo el mundo del egoísmo económico[53]. No hay espacio en esta sociedad de las necesidades para el reino del derecho con sus libertades individuales. Las libertades no son más que el reconocimiento oficial de la falsa universalidad de la sociedad burguesa: «los *droits de l'homme* (...) no son otra cosa que los derechos del *miembro de la sociedad civil,* es decir, del hombre egoísta, separado del hombre y de la *Gemeinwesen*»[54]. La crítica engañosa de Marx hacia los derechos del hombre, una verdadera contradeclaración, nace de aquella interpretación deformadora del significado originario civil hegeliana.

Todo lo determina la producción material. Por esa razón, Marx da siempre mayor importancia al momento económico. Las diversas

---

[52] K. Marx, *Zur Judenfrage* [tr. cast. cit., pág. 199].

[53] Ibíd., [tr. cast. cit., págs. 206-207]: «Sólo bajo el dominio del cristianismo, que convierte en extrínsecas al hombre todas las circunstancias nacionales, naturales, éticas, teóricas, podía separarse totalmente la sociedad burguesa de la vida del Estado, desgarrar todos los vínculos que unen la especie humana, substituirlos por las apetencias del propio egoísmo y disolver el mundo de los hombres en un mundo de individuos atomizados, enfrentados hostilmente».

[54] Ibíd. [tr. cast. cit., pág. 195].

formas de la existencia se comprenden fuera de su especificidad, no son más que «modos particulares de producción», reconducibles al núcleo esencial del capital, a su vasto metabolismo capaz de engullirlo todo. El espacio del ser-en-el-mundo se llena de forma técnico-productiva. De ahí que el hombre productor y trabajador (el proletariado, la clase universal) se eleve a sujeto de la futura transformación del mundo. Marx piensa que la liberación de las fuerzas productivas mediante la revolución de una clase (por definición, sin Estado), que elimine los vínculos puestos por las relaciones de producción, conducirá a la superación de la sociedad burguesa y a la afirmación de una verdadera comunidad humana. Esta visión reforzaba su obra. Hoy, en cambio, nos inclinamos a ver en ella más bien síntomas de debilidad. La excesiva presencia del capital reduce la complejidad de la sociedad e impide la adecuada comprensión de la forma-Estado. Lo dominante es la relación perfectamente homogénea, sin residuos, entre economía y política. Extendiéndose hasta comprender toda la vida social preestatal, la economía se convierte en la «estructura» fundamental del sistema. La antítesis sociedad-Estado puede entonces ponerse en relación con otra antítesis clásica, aquella entre estructura y superestructura. Si es cierto que el momento superestructural no se agota en el Estado, no lo es menos que la sociedad tiende a coincidir con la estructura económica[55].

Por esta vía el Estado se presentará cada vez más como elemento subordinado, lo cual explica por qué Marx en sus escritos de madurez se ha ocupado sobre todo de la crítica de la economía política, descuidando en gran medida las cuestiones inherentes al Estado. *Das Kapital* se muestra entonces como la interpretación de un movimiento histórico determinado y determinante: el advenimiento de la moderna sociedad capitalista. La teoría de Marx se tornará la hermenéutica de esta sociedad, en la que el Estado resulta ser sólo un medio. Funciona inmediatamente un mecanismo de síntesis que, si bien tal vez servía para explicar la situación histórica que emerge con el desarrollo de la técnica y de la industria, se revela en cambio insuficiente para explicar las nuevas condiciones. Así, su teoría, paradójicamente, más que ofrecer la anticipación de nuevos horizontes, permanece en gran medida anclada en su época. Y precisamente ahí donde surge su límite se pone de manifiesto una vez más la incidencia de Hegel.

---

[55] Véase el célebre pasaje del *Vorwort a Zur Kritik der politischen Ökonomie* (1859), en el que Marx dice que «la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la economía política» y a continuación presente la tesis de la relación estructura-superestructura en una de sus más célebres formulaciones. [Hay tr. cast.: *Contribución a la Crítica de la Economía Política,* México, Editora Nacional, 1966. pág. 7].

SIGNOS Y ABREVIATURAS UTILIZADOS

A Observación *(Anmerkung)* al párrafo citado.

HE *Enzyklopädie der philosophischen Wisssenschaften im Grundrisse*, Heildebert, 1817, que respecto a la sección dedicada al espíritu objetivo, cito por la edición a cargo de K.-H. Ilting, reproducida en G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie,* Stuttgart-Bard Cannstatt, Fromma-Holsboog, 1973-1974. [Hay tr. cast. de E. Ovejero: *Enciclopedia de las ciencias filosóficas,* México, Porrúa, 1971].

Rph *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* Berlin, 1821, que cito de la edición a cargo de K.-H. Ilting, reproducida en G. W. F. Hegel. *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, vol. II. Los números que siguen al párrafo indican las páginas y las líneas. [Se ha utilizado la tr. cast. de Juan Luis Vermal: *Principios de la Filosofía del derecho,* Barcelona, Edhasa, 1988, que incluye las «observaciones» del autor y los «agregados» que hiciera el primer editor de la obra de Hegel, E. Gans, sobre la base de los apuntes de los alumnos].

Rph I *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1817/18,* que cito de la edición a cargo de K.-H. Ilting, publicada en G. W. F. Hegel, *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannenmann (Heildelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19),* Stuttgart, Klett-Cotta, 1983.

Rph II *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1817/18,* que cito de la edición a cargo de K.-H. Ilting, publicada en G. W. F. Hegel, *Die Philosophie des Rechts.* (Cfr. *Rph* I). [Hay tr. cast.: *Lecciones sobre filosofía del derecho. Berlín 1818-19,* Morón, Ed. Universitaria de Morón, 1983].

Rph III *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1819/20,* que cito de la edición a cargo de D. Henrich: *Philosophie des Rechts,* Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1983. Los números de *Rph* III se refieren a las páginas y a las líneas.

Rph IV *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1821/22* (que cito de la transcripción aún inédita de H. Hoppe).

Rph V *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1821/22,* que cito de la edición a cargo de K.-H. Ilting, reproducida en G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, vol. III.

Rph VII/*Rph* VII *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1824/25* y *1831,* que cito de la edición a cargo de K.-H. Ilting, reproducida en G. W. F. Hegel, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie,* vol. IV.

Rph, Rph I, etc. Con tales siglas se indican en el texto también las respectivas introducciones y notas de Ilting, y de Henrich, sin que ello genere nunca confusión.

N O T A S

ALGUNAS REFLEXIONES MÁS ACERCA DEL CONCEPTO DE TOLERANCIA. COMENTARIOS A LOS COMENTARIOS DE PABLO NAVARRO

En el número 13 de *Doxa* (págs. 277-284) Pablo Navarro ha formulado agudas observaciones a mi propuesta de clarificación del concepto de tolerancia. En lo que sigue me referiré brevemente a ellas.

1. Navarro considera que si un enunciado de tolerancia implica un enunciado normativo que afirma que el acto tolerado está prohibido en el sistema básico (S_b) esta implicación «es problemática» (pág. 279).

Si el juicio de Navarro fuera verdadero, ello significaría el derrumbe de mi construcción conceptual. Veamos, pues, más de cerca qué puede querer decir «es problemática». Por lo tanto, podría significar que el enunciado de tolerancia no implica ningún enunciado con respecto al status normativo de X en el S_b de a. Dicho con otras palabras: del hecho de que a tolere X no puede inferirse nada con respecto al status que tiene X en su S_b. Me cuesta entender qué querría decir entonces tolerar: se habría negado todo carácter normativo al acto de tolerar.

Pero quedan otras dos maneras de entender «problemática»:

i) el enunciado de tolerancia implica que no existe ningún enunciado normativo con respecto a X en el S_b de a. En este caso, habría que concluir que toleramos actos que nos son deónticamente indiferentes en nuestro S_b. No sé qué podría significar esto desde la perspectiva del sujeto tolerante. Si alguien le preguntara por qué tolera este acto (que para el interrogado sería) deónticamente neutro, lo más probable es que reaccionara con una cierta sorpresa y dijera que ni siquiera se había dado cuenta de la existencia del acto en cuestión. Es el caso del distraído o del indiferente. Lo único que se habría logrado con la aceptación de esta posibilidad sería una confusión conceptual entre distracción, indiferencia y tolerancia. Este no parece ser un resultado deseable.

ii) El enunciado de tolerancia implica que el status deóntico de X en el S_b de a no es el de prohibido sino el de permitido o hasta ordenado. Pero, si alguien anduviera por el mundo diciendo que tolera lo que según él está permitido u ordenado, la sorpresa sería entonces la del observador: estaría, en el mejor de los casos, frente a un «redundante deóntico» que permite lo permitido y lo ordenado; en el peor, frente a un sujeto en cuyo sistema deóntico las permisiones son tan débiles que se confunden con actos de tolerancia. Sería el caso de un «permisor indeciso» con inquietantes rasgos totalitarios ya que desconocería las permisiones fuertes y hablaría, por ejemplo, de «tolerancia» de la libertad religiosa o «toleraría» que las mujeres pudieran ser equiparadas jurídicamente a los hombres.

Sin embargo, podría aducirse que he rechazado apresuradamente la primera alternativa, es decir, la que negaba el carácter normativo de los enunciados de tolerancia ya que para que pueda hablarse de tolerancia bastaría el deseo de prohibir algo que todavía no está prohibido. Esta es una interesante sugerencia y sobre ella habré de volver más adelante en 2.3.

2. Desde luego, Navarro podría argumentar que mi respuesta no ha tomado en cuenta las razones que él mismo expone para justificar su juicio y que aun cuando hubiera que aceptar al «redundante deóntico» (lo que sobra no daña) y al «permisor indeciso» (más vale la duda que la certeza infundada) ello sería siempre mejor que incurrir en implicaciones problemáticas. Veamos pues sus razones.

Según Navarro la implicación entre el enunciado de tolerancia y el enunciado normativo de prohibición es problemática porque:

2. 1. «Puede ser que para el sujeto b el acto X sea obligatorio en S_b y en S_j. Por ejemplo, una vestimenta informal puede estar prohibida en el S_b de Mary Warnock y, sin embargo, ser obligatoria en el S_b de su hijo» (pág. 279 ss.). A ello puede responderse con dos observaciones: i) el ejemplo no viene al caso ya que se trata de la comparación de dos S_b y no de la relación entre un S_b y un S_j de una misma persona, que es a lo que Navarro parece querer referirse. Pero, además, ii) es obvio que cuando se dan casos de tolerancia entre a y b, por lo menos sus S_b tienen que entrar en conflicto. El que también tenga que haber conflicto entre los dos S_j es algo que es irrelevante para el caso de la tolerancia: a creerá que X está prohibido en su S_b y sólo la reflexión a nivel de su S_j contendrá su deseo de mantener la prohibición. Por su parte, b creerá que X está permitido u ordenado en su S_b y, tras reflexión a nivel de su S_j, creerá que X está permitido u ordenado. Si creyera que está prohibido procuraría no realizar X. En el primer caso, a tiene la oportunidad de ser tolerante; en el segundo, no.

Esta primera razón de Navarro no me parece, pues, convincente. Tampoco alcanzo a comprender por qué «desde el punto de vista interno del hijo» la afirmación de Mary Warnock en el sentido de ser tolerante puede ser interpretada como «una muestra de hipocresía». Navarro promete: «volveré sobre esta cuestión en el apartado 6» (pág. 280). Dado que la promesa no es cumplida, el lector (al menos yo) queda sin saber por qué Mary Warnock ha de ser calificada de «tolerante hipócrita» o de «hipócrita» sin más. Pero, además, si se está hablando de la tolerancia de Mary Warnock, es totalmente irrelevante cuál pueda ser el «punto de vista interno del hijo». Podría hasta suceder que ni siquiera se diera cuenta que su madre es tolerante (actitud frecuente no sólo en los vástagos de los Warnocks). Debo confesar que no alcanzo a comprender cuál puede ser la contribución de esclarecimiento que proporciona el recurrir a la concepción del punto de vista interno, ya que éste está referido a la actitud de las personas con respecto a su propio sistema normativo. El hijo adopta un punto de vista interno con respecto a sus S_b y S_j, pero no puede adoptarlo, por definición de «punto de vista interno» (si se acepta la concepción hartiana) con respecto a los S_b y S_j de su madre.

Veamos la segunda razón:

2.2. Según Navarro, la «cronología» de la tolerancia es la siguiente: «en el momento t_o está prohibido X en el S_b de a, en el momento t_1 a tolera X y esto resulta en la derogación de X en S_b a partir de t_1» (pág. 280). El argumento de Navarro se centra en la relación entre derogación y permisión fuerte. Si todos los casos de tolerancia se redujesen a casos similares a los de la Patente de tolerancia de José II, Navarro tendría razón. Pero tal no es el caso. Ello es lo que vuelve también más escurridizo el concepto de tolerancia. Por eso, en mi texto, no menciono sólo los casos en los que se deroga sino también aquéllos en los que se «levanta» reiteradamente una prohibición. Que ello pueda dar lugar a un derecho es algo que también he considerado en mi texto cuando recuerdo que en la genealogía de las permisiones fuertes suelen figurar actos de tolerancia. Pero, al igual que en la genealogía de las personas, conviene distinguir los abuelos (actos de tolerancia) de los nietos (permisiones fuertes, autorizaciones, derechos subjetivos o como quiera llamárselos). Si se identifica siempre tolerar con permisión fuerte y definitiva, pierde interés el discurso sobre la tolerancia. Una vez que X está permitido en el S_b de a, deja de ser objeto de un acto de tolerancia por parte de a. Por ello, los problemas de la tolerancia se presentan sólo en la medida en que X siga estando prohibido en el S_b de a. Precisamente porque ello es así no vale la segunda razón de Navarro. Veamos la tercera:

2.3. La tercera razón está constituida por diferentes pasos que derivan de la negación del enunciado «*X* está prohibido en el S_b de *a*»:

i) Según Navarro bastaría que *a* tenga el deseo de prohibir *X* (pág. 281). ¿Qué querría decir esto? Sólo hay dos posibilidades: i) que *X* esté ya prohibido en el S_b de *a*; ii) que no lo esté. Navarro rechaza i) y acepta ii). Vista más de cerca, esta posibilidad significa que *a* tiene el deseo de prohibir algo hasta ahora permitido; pero se trata de un deseo que, en última instancia, no se manifiesta en ningún acto concreto ya que *a* deja que las cosas sigan como antes. Si *a* no es incoherente, es decir, no realiza (pudiéndolo, pues tiene competencia para ello) las cosas que desea (¿qué querría decir que alguien tiene deseo de realizar algo que no realiza pudiéndolo?) ello equivale a decir que el deseo de *a* no era muy fuerte y fue desplazado por otro. Lo más que podría afirmarse en este caso es que *a* tenía dudas acerca de la necesidad o conveniencia de introducir una prohibición. Dejando de lado los problemas de investigación psicológica que se necesitarían para verificar el enunciado «*a* tiene dudas acerca de si *X* debe ser prohibido en su S_b», la explicación más plausible de la actitud de *a* es que *a* confirmó el status deóntico de *X* en su S_b tras haber consultado su S_j. Su S_b se mantiene como antes: él era y sigue siendo el origen de sus deseos. Desde luego, éste no sería un caso de tolerancia. Quedaría, pues, eliminada la posibilidad de negar carácter normativo a los actos de tolerancia, posibilidad que había dejado abierta en 1.

Navarro podría argumentar ahora que la palabra «deseo» significa lo mismo que «tendencia» en mi definición de la tolerancia y que si estoy dispuesto a aceptar esta plausible sinonimia no ve por qué haya de tener tantos problemas con los deseos de *a*. De acuerdo, sólo que no hay que olvidar que la única forma de verificar una tendencia es recurrir a «enunciados reduccionales» (Carnap) o a «enunciados sintomáticos» (Hempel) que describen estados de cosas (en el caso de la tolerancia, la modificación del status normativo de *X* en el S_b de *a*). Si así no fuera, valdrían para las tendencias lo mismo que he dicho con respecto a los deseos.

ii) Según Navarro «a los efectos de la tolerancia, no es necesario derogar (levantar, cancelar) una prohibición. [...] es suficiente que el sujeto competente se abstenga deliberadamente de dictar una norma que prohíba *X* en S_b» (pág. 281). Este argumento es una reformulación del anterior: ¿qué quiere decir abstenerse?, ¿qué tenía el deseo de prohibir *X* y al final no lo hizo? El adverbio «deliberadamente» así parece indicarlo. ii) es reducible a i) y por economía no conviene reformular la respuesta dada en i).

iii) La tercera consideración de Navarro se refiere al caso en que *X* no tiene status deóntico en el S_b de *a*. No existe ninguna norma que ordene, prohíba o permita *X*; por ello, el sistema sería incompleto.

Pero, el sistema incompleto es el del distraído o el del indiferente. Aceptar la propuesta de Navarro significa, una vez más, borrar las diferencias conceptuales entre el distraído, el indiferente y el tolerante. Por otra parte, hablar de «lagunas» en el sistema normativo de un indiferente es algo que no tiene sentido para el indiferente y hablar de lagunas en el sistema normativo del tolerante es un sinsentido. Desde el momento en que *a* tiene el «deseo de prohibir» (condición suficiente según Navarro) ya no existiría más laguna. Cualquier cosa que haga *X* cerrará el sistema por la simple razón de que *a* ha dejado de ser indiferente o distraído con respecto a *X*.

iv) Al referirse a la «cronología de la tolerancia», Navarro había sostenido que «la derogación de una prohibición es una norma permisiva o permisión expresa» (pág. 280). Dicho con otras palabras y tomando el caso de José II, con la Patente de tolerancia, sus súbditos adquirieron el derecho a practicar libremente su culto, derecho que fue transmitido a sus descendientes e incluido en el «coto vedado» de los derechos fundamentales, al menos de los ciudadanos austríacos (que lo está también en los «cotos vedados» de las democracias occidentales es un hecho que nadie pone en duda). Sin embargo, a esta altura de la discusión, Navarro sostiene que mi afirmación de que aquí no se trata de un caso de tolerancia es plausible sólo porque no se hace referencia precisa a ningún sujeto tolerante. Aquí parece querer subrayar el aspecto de la competencia del tolerante. Como ésta era una condición necesaria de mi propuesta de definición del tolerante, no tengo nada que objetar. Sólo cabe observar que si se sigue el razonamiento de Navarro, tal vez hubiera sido más interesante subrayar una vez más la por él sostenida vinculación entre derogación de una prohibición y permisión fuerte.

v) Las conclusiones de Navarro difieren de las mías en el sentido de que admite como acto de tolerancia la abstención de prohibición de una conducta permitida (pág. 282), es decir, el caso en el que una conducta que hasta ahora estaba permitida en S_b corre el riesgo de convertirse en prohibida. El tolerante de Navarro sería alguien que tendería a modificar su S_b aumentando prohibiciones. Pero, si no lo hace es porque considera que el S_b es correcto y no tiene ninguna razón para modificarlo; sería el caso del tolerante que tolera lo permitido (redundancia deóntica: permite lo permitido); si introdujera una nueva prohibición reduciendo el ámbito de lo permitido, cuesta admitir que ello sea una manifestación de tolerancia. Dicho con otras palabras: la tendencia a prohibir lo permitido es un dato que sugiere más intolerancia que tolerancia.

3. Estoy plenamente de acuerdo con Navarro por lo que respecta al problema de la intolerancia como negación interna de la tolerancia.

Es justamente lo que afirmo en la frase citada por Navarro en la pág. 283. Por ello no entiendo el «sin embargo» que precede a la cita. El problema que me interesaba considerar era cómo puede explicarse que, en algunos casos, para ser tolerantes hay que ser también simultáneamente intolerantes (caso de la reunión del Lago de Wann). Ello no me parece tan obvio. En efecto, si se admite que ayunar es la negación interna de comer, suena bastante raro decir que para ayunar hay que comer (al mismo tiempo). O sea que aquí había un cierto problema o, al menos, algo que podía dejarnos perplejos. Es obvio que esta perplejidad no puede ser definitiva. Por eso pensé que la idea del «cerco de intolerancias» era plausible. El «cerco» es lo que hace que el «coto» sea «vedado»; está constituido por aquello que no puede ser tolerado, es decir, es intolerable. Pero es claro que los actos intolerables no pueden ser los mismos que los tolerables. En este sentido, la referencia sin más a la intolerancia puede parecer en un primer momento paradójica. Pero creo que esta impresión es instructiva, pues pone de manifiesto que la tolerancia no es algo que pende en el aire sino que tiene que estar enmarcada por intolerancias. En todo caso, si mi propuesta es aceptable o no es algo que no se resuelve haciendo referencia a la negación externa de la tolerancia.

4. Coincido con Navarro en el sentido de que para la resolución de un conflicto entre diferentes S_j hay que contar con criterios objetivos. En el punto 15 de mi artículo he tratado de explicitar qué entiendo por «buenas razones» para determinar si una acción es tolerable o intolerable. Si se acepta mi propuesta, no hay la menor duda de que el «principio de no dictadura» es inadecuado si se lo aplica a la reunión del Lago de Wann ya que conduce no a una mera tolerancia boba sino criminal.

5. La discusión con interlocutores agudos es siempre refrescante e instructiva. Las observaciones de Pablo (Navarro) me han servido para repensar mis argumentos. El hecho de que los suyos no me hayan convencido no prueba nada más que sigo creyendo en la plausibilidad de mi propuesta conceptual. Pero pretensión de plausibilidad no es pretensión de verdad. En esto coincido también con Navarro. Y sé también que ambos coincidimos en la necesidad de la discusión franca no sólo como señal de que se toman en serio los argumentos de la otra parte (lo que equivale a tomarla en serio también como sujeto moral) aun cuando no se esté de acuerdo, es decir, cuando existe la tendencia a no considerarlos (por ello la discusión honesta es también un ejercicio de tolerancia) sino como la vía más fecunda para lograr una mayor claridad conceptual en un campo sembrado de imprecisiones, retórica y malas razones como es el de la filosofía moral.

HART, BULYGIN Y RUIZ MANERO: TRES ENFOQUES PARA UN MODELO

1. Regla de reconocimiento o reconocimiento de la regla

La regla de reconocimiento, versión *soft* de la norma fundamental[1], fue enunciada por Hart como base del sistema jurídico en «El concepto de derecho», publicado originalmente en 1961[2]. En 1976 apareció un artículo[3] en el que Eugenio Bulygin, desde una óptica dotada de mayor precisión, atribuía a Hart cierta «confusión conceptual». Juan Ruiz Manero, en 1990[4], salió al cruce de la opinión de Bulygin. Así se encendió una polémica que hizo deliberada eclosión en el número 9 de Doxa[5]: Bulygin respondió a Ruiz Manero en «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», el segundo contraatacó en «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales-Respuesta a Eugenio Bulygin» y el maestro de Buenos Aires se quedó, al menos por el momento, con la última palabra en «Regla de reconocimiento: ¿norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero».

Toda polémica tiende, por su propia dinámica, a deslizarse hacia lo histórico: expresiones del tipo «yo no dije esto sino lo otro», «jamás he sostenido semejante barbaridad», «Fulano está de acuerdo

---

[1] Acerca de la comparación entre norma fundamental y regla de reconocimiento, cfr. Guibourg, Ricardo A., *Derecho, sistema y realidad,* Buenos Aires, Astrea, 1986.

[2] Traducción castellana de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

[3] Bulygin, Eugenio, «Sobre la regla de reconocimiento», en Derecho, filosofía y lenguaje-homenaje a Ambrosio L. Gioja, Buenos Aires, Astrea, 1976, pág. 31.

[4] Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

[5] Doxa, cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, 1991.

con Mengano y no con Zutano», van adquiriendo, al ritmo de réplicas y dúplicas, creciente espacio frente a lo conceptual. En este caso, sin embargo, la claridad con que ambos polemistas sustentan sus opiniones es en todo momento apropiada para suscitar en el lector reflexiones adicionales. Estas reflexiones son las que me propongo exponer aquí.

Tanto Bulygin como Ruiz Manero critican a Hart por la circularidad con que éste define la regla de reconocimiento, pero cada uno sugiere un camino algo diferente para escapar de ese círculo.

Ruiz Manero propone definir extrasistemáticamente el concepto de juez, mediante «reglas sociales que imponen deberes y otorgan poderes». Explica que es necesario recurrir a reglas ajenas al derecho mismo para escapar de una circularidad que juzga intolerable, pero no se explaya acerca de la naturaleza de aquellas reglas. Sin embargo, justifica la aceptación de la regla de reconocimiento por referencia a reglas morales. Acaso pueda, pues, conjeturarse que aquellas reglas sociales sean también morales. Si así fuera, tanto por la referencia a la definición de los órganos primarios como por los fundamentos de la aceptación de la regla máxima, el círculo de Hart tendría una vía de escape ética.

Bulygin, en cambio, plantea la regla de reconocimiento como una *regla conceptual,* que hace las veces de axioma en el orden jurídico, y señala que, para actuar según reglas, no es suficiente mencionarlas o preguntarse por ellas, sino *usar* alguna para actuar en su consecuencia. La última regla usada (interpreto: entre las que se hayan empleado, la más alta en la cadena justificatoria), operará por sí misma como axioma y no requerirá justificación ulterior.

Ruiz Manero y Bulygin no parecen hablar el mismo *idioma argumental,* simplemente porque parten de distintos centros de interés y cada uno considera insatisfactorio el objetivo del otro. Bulygin pone el acento en el concepto de sistema, dando por sentado que cada persona, grupo o comunidad tendrá sus razones para justificar un sistema u otro. Ruiz Manero, en cambio, explora el modo de justificar el sistema mismo y no se satisface con aquella indeterminación: está tan preocupado por la *verdad* y la *realidad* que tiende a menospreciar los argumentos formales, que en su entender dan lugar a «sistemas imaginarios, soñados o propuestos».

2. Círculos virtuosos

Considero necesario, ante todo, clarificar el contexto formal del debate, que gira en torno a cómo salir del círculo en el que Hart parecería quedar encerrado.

Dentro de un sistema deductivo (como lo son los normativos y, dentro de éstos, los jurídicos) hay demostraciones disponibles (justificaciones, en un sistema non-nativo) para todos los enunciados del mismo sistema, *incluidos los axiomas.* Esto hace que, visto desde adentro, cualquier sistema sea circular.

Esto es precisamente lo que advierte Hart cuando distingue, frente a la regla de reconocimiento, el punto de vista interno del externo. E incluye en el sistema jurídico dicha regla *«vista desde abajo».* En este sentido, afirma, la regla de reconocimiento no es válida ni inválida, porque ella misma contiene los criterios de validez. Y tampoco es verdadera ni falsa, porque, vista desde abajo (desde el punto de vista interno) es una norma (secundaria, no primaria «de obligación») que se usa y acepta (se *presupone,* diría Kelsen) cuando se afirma la validez de una regla. En cambio, desde el punto de vista externo (desde arriba y fuera del sistema), la RR presupone una afirmación: que esa RR es aceptada por la comunidad. En *ese* sentido la regla de reconocimiento «existe» (es *verdadera,* diría Ruiz Manero) cuando puede ser demostrada por referencia a la práctica efectiva de la comunidad.

Dice Bulygin que las reglas conceptuales son como definiciones. Pero, como sabemos, hay definiciones estipulativas (que proponen, deciden o imponen un significado) y definiciones informativas (que describen la aceptación social de cierto significado, acaso estipulado en algún momento pretérito). Si aplicamos esta nomenclatura a la teoría de Hart, podríamos decir que la regla (conceptual) de reconocimiento es una definición estipulativa hacia adentro (como patrón de validez de las demás reglas que se reconocen por aplicación de ella) y una definición informativa hacia afuera (porque describe la aceptación comunitaria de aquella estipulación interna). Si esta última descripción corresponde a la realidad, la RR será verdadera (con una verdad extrasistemática, ya que desde el punto de vista interno los valores de verdad no son predicables de la RR).

Hart, después de todo, hace lo mismo que Kelsen: ambos usan la regla máxima (la que enumera la pertenencia directa de las reglas independientes, como diría Bulygin) como *techo* del sistema jurídico (pieza integrante del mismo sistema) y, *a la vez,* como gancho para colgar ese sistema de la realidad (eficacia del sistema para Kelsen, práctica efectiva de la comunidad para Hart). Tanto Kelsen como Hart, pues, hacen esfuerzos teóricos para escapar del círculo, actitud que les reporta no pocas dificultades[6].

Esta aversión a la circularidad en pro de un anclaje empírico o moral parece una característica propia de la teoría jurídica. Los sistemas

[6] Guibourg, 1986.

más tradicionalmente formales (lógica, geometría) tienen menos necesidad de insistir en su relación con la realidad, acaso porque la utilidad práctica de su estructura formal es más reconocida y porque su propio prestigio científico está mejor establecido. En estas condiciones, reconocen sin ambages que sus axiomas se aceptan sin demostración; no porque no tengan demostraciones a mano, sino porque la demostración de los axiomas cerraría el círculo de la deductibilidad y nada agregaría al conocimiento del ámbito intrasistemático.

Desde luego, lo que *no* está contenido en tales sistemas es el repertorio de las razones que nos llevan a preferir un sistema (definido y construido a partir de sus axiomas) a otro sistema (definido y construido a partir de un conjunto diferente de axiomas). En este punto es especialmente plausible la tesis de Bulygin: es preciso identificar un sistema antes de averiguar si es preferible a otro, y para identificarlo no hace falta en absoluto justificar ni demostrar sus axiomas. Tal justificación o demostración es útil, en cambio, para *preferirlo*.

Ahora bien, ¿por qué hemos de preferir un sistema a otro?

3. La calesita de los modelos

El problema de la representación (sistemática) del conocimiento de una realidad jurídica es apenas un caso particular de la relación genérica entre realidad y modelo. Ningún modelo es estrictamente «verdadero», en el sentido de que ninguno es idéntico a la realidad modelizada. Pero algunos modelos son más convenientes que otros (es decir, *nos* convienen más que otros), siempre por razones ajenas al modelo mismo. Un modelo podría ser consistente, deductivamente completo y hasta estéticamente hermoso, pero completamente inútil.

Desde luego, entre las razones de la preferencia figura normalmente cierta *correspondencia* entre la realidad y el modelo (la misma que se exige entre una proposición y un estado de cosas para llamar a aquélla *verdadera*). Pero tal correspondencia es siempre escasa, ya que el modelo es, en todos los casos, una representación (deliberadamente) empobrecida de la realidad. Y además -especialmente en los modelos más complejos- se halla sujeta a numerosas e intrincadas decisiones metodológicas que sirven de intermediarias implícitas entre ambos términos de la correspondencia, de modo que, cuanto más abstracto es el modelo, tanto más tenue es su «verdad» o su «falsedad».

Al lado de la correspondencia, suelen usarse otros criterios: la claridad y la sencillez de un modelo en comparación con otro (caso

del heliocentrismo frente al geocentrismo), la certeza con que cierto modelo dé respuesta a lo que previamente hemos identificado y seleccionado como enigma interesante (caso de Ruiz Manero con los sistemas «reales»), o aun la posición de privilegio que el modelo asigne a su constructor (caso del modelo descriptivo racista, que nunca es invocado para afirmar que quien lo sostiene pertenezca a una raza «inferior»).

Pero Ruiz Manero (como Nino con sus normas morales y su definición fáctica de la función judicial, como MacCormick con sus reglas sociales, como Kelsen con su poco consistente eficacia, como Hart con su más pragmática práctica social) se empeña en buscar alguna *salida verdadera* para la insoportable circularidad del derecho. Cada autor intenta elegir entre varios modelos mediante un criterio único... que sólo podría hallarse fuera del modelo a escoger. En realidad, todos los criterios se hallan fuera del modelo. ¿Por qué un único criterio? Algunos modelos pueden ser más verdaderos que otros (si su correspondencia es mayor, o si los rasgos en los que esa correspondencia se verifica nos parecen más relevantes para nuestro uso). Pero ¿hay acaso una *verdad* en materia de modelización? Recordemos que la correspondencia -aunque importante y, en algún aspecto, necesaria- no es el único criterio útil para la construcción o elección de modelos.

4. Conclusión

Lo expuesto hasta ahora parece, por cierto, más compatible con la opinión de Bulygin que con la de Ruiz Manero. Creo conveniente, sin embargo, enfatizar una conclusión más genérica. La circularidad interna de los modelos es normal y no es incompatible con la existencia de criterios plurales de elección de modelos (o, naturalmente, de *construcción* de los modelos que luego querremos elegir). Pero el criterio que usemos para tal elección no depende tanto de la justificación individual de los axiomas o de los principales lineamientos estructurales del modelo, sino principalmente de los servicios que el modelo nos presta como un todo y, casi siempre, de la facilidad con la que consigamos hacer coincidir los elementos del modelo con los que previamente hemos identificado o aceptado como rasgos relevantes de la realidad.

En otras palabras, nuestra elección de un modelo parece depender, en parte, del modo en que el nuevo modelo coincida con *otro modelo anterior,* acaso más complicado o defectuoso pero normalmente aceptado: a esto llamamos correspondencia, ya que el conocimiento previo que tenemos de la realidad no es sino otro modelo. Y

la opción que adoptemos depende también de otras condiciones pragmáticas de la relación entre tales modelos, siempre juzgadas desde nuestros propios intereses. Tales intereses no han de entenderse necesariamente como individuales, sino como preferencias compartidas por el grupo describiente. Este grupo, tanto más eficazmente cuanto mayores sean su amplitud y su perdurabilidad, tiende a consolidar aquellas preferencias con el nombre de *valores* y a consagrar como *verdades* los modelos descriptivos elegidos en función de aquéllas. El proceso social que conduce a tal resultado no es otro que la mutua reiterada confirmación de intereses y modelos en la opinión de las personas, fenómeno que la conciencia popular denomina a veces *darse manija*.

Como integrantes de la sociedad, no somos ajenos a valores y verdades que provienen del «darse manija» en el que estamos insertos, pero esta inevitable (e indispensable) circunstancia no debería privarnos de examinar en cada momento modelos alternativos. Y requerir que tales modelos se ajusten precisamente a las «verdades» dependientes de otros modelos no contribuye precisamente a esa apertura. En cierta época la teoría de Kelsen era anatematizada con una pregunta: «¿Dónde está Dios en la teoría pura?» La pregunta retórica implicaba priorizar el origen divino del derecho como característica relevante de cualquier teoría jurídica y rechazar toda reflexión que fuese contraria o aun indiferente a aquella tesis. Algo semejante hacemos hoy cuando escrutamos los sistemas normativos alzando en nuestras manos el báculo inapelable de la *verdad*.

RÉPLICA A JORGE MALEM: LAS CRÍTICAS QUE NO SE MERECE EL FEMINISMO RADICAL

Entiendo que el artículo «Pornografía y Feminismo Radical»[1], en el cual el profesor Jorge Malem presenta severas críticas contra el feminismo radical[2], puede ser objeto, a su vez, de numerosas objeciones, aun cuando, como en mi caso, uno no se adhiera dogmáticamente al discurso de esta rama del feminismo[3]. Me parece que las objeciones que el profesor Malem presenta son en cierta medida excesivas, y en muchos casos injustas, respecto de una doctrina que influyó positivamente en la práctica (en todo lo que puede influirse desde el ámbito académico), para mejorar la suerte de un colectivo desaventajado, como lo es el de las mujeres. Mi réplica al profesor Malem abarca distintas cuestiones, algunas generales y otras más específicas, y a todas ellas intentaré referirme en los renglones que siguen.

Antes de detallar las prometidas objeciones, quisiera poner en claro, al menos a grandes rasgos, cuál es mi posición en cuanto al tema de fondo que aquí se trata. Entiendo que, en las intuiciones básicas, coincido con J. Malem en dos puntos fundamentales: a) Creo que un «buen» liberalismo pueda dar perfecta cuenta de muchos de los problemas que le interesan al F.R. (como trato de señalar en mi trabajo arriba mencionado). En este sentido, considero que el aluvión de críticas que el F.R. suele dirigir contra las posiciones más liberales es injustificable. b) Aunque simpatizo con la mayoría de las posiciones feministas y radicales, no llego a compartir la vocación censora del F.R. en materia de pornografía. De todos

[1] Revista «Doxa», núm. 12, 1992.

[2] Usaré como abreviatura de esta expresión, en algunos casos, las siglas F.R.

[3] Así, por ejemplo, en mi trabajo *¿Feminismo vs. Igualitarismo?* Manuscrito. Universitat Pompeu Fabra, 1993.

modos, y a pesar de estas centrales coincidencias con Malem, discrepo fundamentalmente con los argumentos que él presenta para sostener estas mismas ideas. Más aún, el trabajo de Malem deja entrever una postura de enfrentamiento al feminismo en general y al F.R. en particular que, me parece, va más allá de la cuestión específica de la pornografía.

Si (contrastando con lo que identifico como la postura de J. Malem) en este trabajo defiendo muy especialmente el núcleo del ideario feminista, ello obedece a diversas razones, entre las cuales puedo mencionar las siguientes. En primer lugar (y tal como procuraré señalar con algunos datos concretos), el F.R. trata de cuestiones que son de extrema gravedad, como el hecho de que buena parte de la población, simplemente por haber nacido bajo la categoría «mujer», se enfrenta a desventajas y dificultades que ninguna persona merece[4]. Por otra parte, aunque otras doctrinas, también igualitarias, pueden tratar los problemas de los que trata el feminismo, lo cierto es que, por alguna razón (quizá porque muchos de los que tienen acceso a mejores posiciones académicas son hombres), tales problemas no se han (o, al menos, no se habían) tratado con habitualidad y seriedad. Además, el F.R. ha puesto el acento de su crítica (entiendo yo, adecuadamente) en la existencia de una injusta distribución de poder entre hombres y mujeres. Como alguna vez pudo darse en el caso de la discriminación racial: no basta con reafirmar las cualidades diferenciales de los negros, o permitirles acceder a derechos básicos como el voto, o una buena educación. Es importante, también, revertir toda una pesada carga de prejuicios, una red de discriminaciones que nadie explicita pero que cualquier persona razonable puede reconocer. Esta tarea, a la que se ha abocado especialmente el F.R., me parece encomiable y bien encaminada, más allá de muchas precisiones que en ocasiones me interesaría afirmar. Permítanme, ahora sí, concentrarme en el artículo del profesor Malem.

Objeciones generales

1. *Crítica de la peor versión:* En primer lugar, señalaría que una importante virtud de toda crítica, me parece, es la de presentar a la obra criticada en su mejor forma. En este sentido, creo que Jorge

[4] Esto se puede ejemplificar, aún en la mayoría de los países desarrollados, mostrando las enormes dificultades que, por el solo hecho de ser mujeres, las mujeres enfrentan (doy sólo un caso) al pretender «escalar posiciones» dentro de una cierta empresa. Decir esto, obviamente, no implica negar que los hombres puedan enfrentar (o de hecho enfrenten) otro tipo de problemas particulares.

Malem ha tomado del feminismo radical sus peores párrafos; sus argumentos más débiles, y no los mejores; y esto es algo que se trasluce en todo el artículo de Malem. Alguno me podrá decir, es que el F.R. no tiene buenos argumentos. Pero esta es una afirmación que me parece, en principio, falsa (según intentaré demostrar). Malem podrá decir: es que ellas formulan, efectivamente, este tipo de afirmaciones exageradas. Sí, esto puede ser cierto, como lo es que, en nombre del liberalismo, se han sugerido y llevado a la práctica decisiones muy difícilmente aceptables. Pero no aceptaríamos que se critique al liberalismo por las aberraciones que se han escrito o hecho en su nombre. Creo que es posible, y además conveniente, reconstruir de otro modo el núcleo central de las ideas que queremos criticar[5]. Entiendo que hubiese sido preferible que J. Malem optase por este último camino en su crítica al F.R.[6]

---

[5] Anticipando una posible réplica a este trabajo, me interesaría responder brevemente a la pregunta: ¿se toma aquí la mejor versión del artículo de J. Malem? Al respecto diría, en primer lugar, que existe una gran diferencia entre criticar a un movimiento (al liberalismo, al conservadurismo, al feminismo, etc.) y criticar a un cierto autor. La primera tarea conlleva la necesidad de seleccionar autores, textos, épocas, etc., cosa que en el segundo caso aparece mucho más diluida. De allí que en la crítica a una cierta postura ideológica sea especialmente importante esto de «tomar la mejor versión». En la crítica a un autor, este riesgo aparece bastante más atenuado. Además, en este caso no estoy tomando en cuenta, ni siquiera, a un cierto autor, sino a un artículo específico de un cierto autor. El material a seleccionar, en este sentido, se encuentra infinitamente más acotado de lo que ocurre en la crítica a una corriente de pensamiento.

[6] Presentaré, a continuación, algunos casos en donde puede verse claramente que J. Malem ha tomado en cuenta una versión muy pobre del F.R. A) Sostener que para el F.R. las mujeres no pueden ser seres violentos (jamás), mientras que los hombres lo son siempre, resulta injusto respecto de la corriente que se critica, por más que Malem pueda encontrar alguna cita sugiriendo dicha idea (ver J. Malem, págs. 187, 188). Una reconstrucción adecuada, me parece, podría decir que las mujeres son normalmente objeto de violencia masculina, situación que a la inversa no suele presentarse. Baste citar, por ejemplo, algunas cifras que el F.R. normalmente presenta (y que intuitivamente me resulten razonables, aunque no conozca exactamente la confiabilidad de las mismas): el 44 por 100 de las mujeres norteamericanas sufrieron intentos de violación; el 85 por 100 acoso sexual en el trabajo: de 1/3 a 1/4 de las mujeres casadas, violencia marital; el 70 por 100 de los crímenes de mujeres los provocan hombres, del mismo modo que casi todos los crímenes de hombres los cometen hombres, etc. (ver C. MacKinnon, *Feminism Unmodified,* Harvard U.P., 1987). B) Otro ejemplo: ni siquiera la muy radical C. MacKinnon está dispuesta a defender sin más la asimilación entre coito consensuado y violación, que Malem

2. *Las indeseables alianzas tácticas:* En numerosas oportunidades (páginas 179, 208 ó 210, por ejemplo), Jorge Malem acusa al feminismo radical por las «alianzas tácticas» que acepta, en pos de algunas de sus causas. Típicamente, en el ámbito de la pornografía, dicha corriente aparece aliada a los sectores más conservadores de la sociedad, a la Iglesia, a los grupos ultratradicionalistas, etc. ¿Sería justo, sin embargo, criticar a Jorge Malem por el hecho de que, en su crítica al feminismo radical, él aparece aliado exactamente a tales sectores conservadores?[7] Seguramente él estaría de acuerdo conmigo en que no[8].

3. *Generalizaciones y excepciones:* Creo que, en el artículo en cuestión, Jorge Malem incurre numerosas veces en razonamientos falaces. Particularmente, Malem tiende a objetar al F.R. mostrando que muchos de los argumentos usados por tal corriente encuentran contraejemplos o excepciones en la realidad. Me parece claro, sin

parece generalizar a todas las feministas radicales, a partir de una cita de A. Carter (J. Malem, pág. 187). En general, lo que muy razonablemente quiere decir el F.R. es que, relaciones sexuales que se toman habitualmente como consensuadas aparecen, muchas veces, cargadas de violencia hacia la mujer. Más aun, los jueces, para evaluar si hubo en algún caso violación o no, tienden a ver si se produjo «mayor uso de la fuerza que el habitual», con lo cual presuponen lo que gente como MacKinnon razonablemente critican. Esto es, que muchas veces se fuerza a la mujer a tener relaciones sexuales cuando ella no lo desea. (Esto, obviamente, no implica afirmar que este tipo de relaciones forzadas ocurre «siempre», ni que no existen «mujeres violentas», al decir de J. Malem). Seguir los consejos del F.R., por ejemplo, llevaría a los jueces a ser más benignos en la evaluación de datos probatorios de violación, frente a una tarea de presentación de pruebas que normalmente resulta complicadísima (y emocionalmente demasiado costosa) para las mujeres. Ver, Catharine MacKinnon, *Feminism...* C) Como muchos críticos del F.R., Malem procura ridiculizar argumentos del feminismo, mostrándolos atados a una cierta (e inaceptable, sin dudas), «teoría conspirativa». (Sostiene Malem, en este sentido, que para el F.R. «la pornografía... está firmemente interesada en la dominación y subordinación de la mujer...»; o el «Estado democrático y su derecho está diseñado para acallar y subordinar a la mujer». J. Malem, pág. 196). Sin embargo, entiendo que los comportamientos que el F.R. critica son tan objetables en caso de ser intencionales, como lo serían si sólo constituyesen meros «by-products» sub-productos, comportamientos no explícitamente intencionales. Por ejemplo, puede que la mayoría de los hombres no tengan intenciones perversas cuando, directa o indirectamente, presionan a sus esposas para que se queden en «su natural ámbito del hogar», o se dediquen con exclusividad al «cuidado del esposo y de los críos» (podría tomar casos mucho más graves para ejemplificar esta situación de «natural subordinación»). De todos modos, aunque tales actitudes no resulten mal intencionadas, ellas pueden ser obviamente objetadas, como reproduciendo parámetros de conducta indeseables, desigualitarios, etc. Un liberal no convencionalista, como Jorge Malem, no debiera rechazar o pasar por alto esta observación.

[7] Que son los que habitualmente critican con más severidad al F.R.

[8] Adicionalmente, me interesaría aclarar (para evitar confusiones adicionales) que las mentadas «alianzas tácticas» entre feministas radicales y conservadores no deben verse como una «tendencia» del F.R. en su evolución política como movimiento. Simplemente hay una coincidencia de reclamos con el conservadurismo en algún punto, del mismo modo que hay una diferencia sustancial con tal tipo de posiciones en muchos otros aspectos.

embargo, que aunque las excepciones sean numerosas, las generalizaciones pueden ser perfectamente bienvenidas, si es que nos ayudan a describir adecuadamente la realidad. Típicamente, Malem se pregunta, «¿acaso **todos** los hombres se comportan empíricamente de una manera violenta mientras ninguna mujer actúa de esa manera?» (pág. 189). La respuesta, qué duda cabe, es no. Sin embargo, acordar con Malem en esa respuesta, en nada favorece su argumentación sustantiva, porque lo importante es determinar si **muchos** hombres se comportan **habitualmente** de manera violenta frente a las mujeres. Del mismo modo, si alguien hubiese hablado del carácter racialmente discriminatorio de los norteamericanos, al menos hasta bien entrado este siglo, dicha generalización no podría haber sido adecuadamente descalificada, me parece, mostrando la benevolencia de algunos blancos hacia los negros o los éxitos profesionales de algunas personas de color. Lo importante, en este caso, era comprobar que la mayoría de los negros eran habitualmente discriminados. Tales generalizaciones sirven para hacernos más entendible la realidad y, como tales, merecen ser consideradas y aceptadas (en tanto no sean, claramente, malas descripciones, lo cual no parece ocurrir ni en el caso de la violencia racial, ni en el caso de la violencia sexual). Pretender que las feministas hablen de **todos** los casos, y de **todas** las circunstancias, cuando generalizan me resulta una mala reconstrucción de lo que el F.R. quiere decir[9].

---

[9] Jorge Malem, sin embargo, utiliza con mucha frecuencia este tipo de críticas. Así puede verse en ejemplos como los siguientes, que me parecen todos ellos muy importantes: i) señala, para debilitar las propuestas antipornográficas de las feministas, que existen mujeres que consumen, y otras que producen, pornografía: ii) dice que las propuestas de A. Dworkin y C. MacKinnon demuestran que las mujeres no han sido acalladas (pág. 198); iii) sostiene que la existencia de pornografía homosexual, por caso, demuestra que la pornografía no se limita exclusivamente a degradar a la mujer (pág. 199); iv) afirma que una ordenanza antipornográfica difícilmente sea capaz de modificar las creencias de las mujeres (pág. 209). Yo le respondería. por ejemplo: i) que la presencia de mujeres en la producción o el consumo de pornografía no debilita en absoluto el argumento de las feministas, del mismo modo que la presencia del juez negro Clarence Thomas en la Corte Suprema norteamericana, defendiendo legislación racista, no le quita argumentos a la gente de color, para pronunciarse en contra de toda discriminación racial; ii) que el hecho de que Dworkin y MacKinnon puedan hablar no prueba demasiado respecto de las posibilidades reales de las mujeres para expresarse, como (permítaseme el ejemplo) los gritos de libertad de Espartaco no pueden servir para negar la existencia de esclavitud en la antigüedad; iii) que la existencia de pornografía homosexual no niega en absoluto que la pornografía más común pueda servir para degradar a la mujer (que, según entiendo. es el punto en cuestión); iv) que si una ordenanza no basta para tal fin (cambiar la mentalidad femenina), ello no demuestra tampoco que sea inútil, o poco importante, respecto de tal objetivo, en tanto contribuya adecuadamente al logro del mismo (más allá de la plausibilidad o no del objetivo mismo).

4. *La falsa conciencia:* Según me parece, muchas veces, las feministas radicales utilizan inadecuadamente la idea de «falsa conciencia», de modo que quedan sólo ellas como conocedoras de las soluciones que las mujeres oprimidas necesitan. Sin embargo, no sé cuál es el lugar que, según Malem, debieran asumir los/las intelectuales, sino el de mirar críticamente a la realidad, y tratar de difundir sus opiniones, más allá de que no quede claro cómo instrumentar las propuestas concretas que realicen. En este sentido, Malem critica a las feministas dado que, a partir de las opiniones de éstas, no se sabría quiénes deberían diseñar una política a favor de las mujeres. Según las feministas -señala- dicha tarea no podría ser realizada ni por el Estado (descrito por el F.R. como represivo); ni por las mujeres (descritas por el F.R. como munidas de falsa conciencia). Con ironía, concluye Malem, según parece inferirse de lo dicho, los mismos hombres o, si no, las feministas radicales «esclarecidas», serían los únicos seres capacitados para llevar adelante tal política paternalista. Respuestas que, quiere sugerirnos Malem, parecen ambas contraintuitivas.

Frente a esta objeción, yo plantearía el siguiente ejemplo: ¿Cuál debería ser el papel, dentro de una sociedad donde reina la servidumbre, de un intelectual crítico? ¿Qué podría hacer, sino tratar de mostrarle a quienes aceptan sumisamente su propia servidumbre (como pudo ocurrir en la Edad Media) que dicha solicitud es inaceptable? ¿Debería criticarse a dicho intelectual por soberbia? ¿Debería exigírsele que exhiba soluciones concretas para los males que describe? Es claro, en este caso también, ni la autoridad reinante, ni los propios siervos (posiblemente), diseñarían una política «liberadora». No por ello, de todo modos, descalificaríamos la labor del intelectual crítico. Menos aún lo criticaríamos señalando que, según su propuesta, la nobleza o él mismo parecerían ser los únicos seres capacitados para reconstruir la sociedad.

5. *Opresión económica y consenso:* A través de su objeción a la idea de falsa conciencia, y otras afirmaciones aisladas (por caso, pág. 190), el profesor Malem parece suscribir algunas afirmaciones clásicas en el liberalismo conservador (lo cual no es en sí criticable, entiéndase bien). Por ejemplo, la de que no pueden objetarse aquellos «actos entre adultos que consienten»[10]. Me parece que, sin embargo, un «buen liberal» (si es que se me permite usar esta expresión) debiera estar dispuesto a decir muchas cosas al respecto todavía.

[10] Ver, por ejemplo, R. Nozick, en su libro «Anarchy, State, and Utopia» (Oxford, 1974).

Fundamentalmente, cualquier persona razonable, como Nozick o Malem, estaría dispuesta a aceptar que en el citado no habría (por definición) «consenso» si la persona en cuestión firmó un contrato (por ejemplo) bajo la amenaza de uso de fuerza por parte de otra, que le obligaba a firmar (éste sería el caso, según MacKinnon, de Linda Lovelace, y la película que protagonizó: «Garganta Profunda». J. Malem, pág. 181). Basta con aceptar este razonable supuesto, me parece, para advertir que la plausibilidad de usar la idea de consenso en la justificación de un cierto acto, depende del modo en que definamos la palabra «fuerza», o la palabra «consenso». Desde mi punto de vista (aunque acepto que esta afirmación resulta especialmente discutible), el liberalismo debiera estar **dispuesto** a cuestionar como no autónomos (tal como lo hace J. Raz) aquellos actos que se decidieron sin contar con «un adecuado abanico de opciones» a la hora de elegir[11]. Los casos difíciles, al respecto, serían muchos. Sin embargo, este criterio, desde mi óptica, nos ayudaría a reconstruir adecuadamente casos importantes: por ejemplo, no tomaríamos como autónomo el comportamiento de una mujer que no abandona su hogar, a pesar de sufrir violencia marital, si (como suele ocurrir) ella no cuenta con recursos económicos suficientes para dejar el hogar (ni tiene mayores esperanzas en las cuotas alimentarias que podría pasarle el golpeador); ni tiene resto suficiente (emocional, físico, etc.) para llevar adelante (y básicamente por sí sola) la educación de sus hijos; ni tiene el coraje necesario para admitir, frente a sus amigas, vecinas, familiares, que la han estado golpeando sistemáticamente. En situaciones como ésta, entiendo yo, no debiera decirse que la mujer «consiente» quedarse en su casa.

Situaciones como la anterior pueden verse perfectamente reproducidas en otros casos. Por ejemplo, entiendo que muchas sociedades modernas diseñan tal sistema de incentivos y desincentivos económicos que, para mucha gente, el margen de maniobra para ejercer su autonomía queda casi reducido a cero[12]. Para tomar algunos casos

---

[11] Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford U. P., 1989), pág. 373.

[12] Un liberal que criticó firmemente las propuestas del F.R. en materia de pornografía, como lo es R. Dworkin, reconoce también, en este sentido, que «Nuestro sistema económico... hace muchas veces difícil que las mujeres encuentren un trabajo satisfactorio, a través del cual puedan verse realizadas, y, por el contrario, muchas veces hace que ellas terminen aceptando roles en filmes pornográficos que de otro modo rechazarían». Este argumento que aporta Dworkin, obviamente, no me basta para probar que la elección de las mujeres, en casos como el citado, no es libre. Sí me sirve, en cambio, para mostrar que, muy razonablemente, un liberal puede reconocer el impacto negativo del sistema económico en la libertad de elección de alguien. Mi sugerencia va más allá, e implica, al menos, ser más cuidadoso al equiparar

claros, pensemos en la prostitución en Centroamérica, la pornografía en Brasil, o la distribución de drogas en los Estados Unidos. En ambos casos, i) la situación de miseria de algunas personas es tan desesperante, y ii) los incentivos económicos para involucrarse en tareas «indeseables» (como la pornografía, la prostitución o la distribución de droga) tan altos, que tales personas se ven «coercionadas» (bajo la amenaza, diría, del hambre para sí y sus familiares) a aceptar tales tareas. Acepto que esta definición de coerción es muy amplia. De todos modos, con esto sólo me interesa recalcar que, también en este ámbito, las propuestas de las feministas radicales pueden tener muchos visos de razonabilidad.

6. *Confusión entre feminismo radical y «feminismo de la diferencia»:* La descripción según la cual la mujer es, por naturaleza, «tierna, abnegada, protectora, pacífica e igualitaria» (J. Malem, pág. 188) no debe ser identificada con el feminismo radical (que rechaza esta presentación), sino con el llamado «feminismo de la diferencia», corriente que tiende a ser ejemplificada con las posturas de Carol Gilligan[13].

Objeciones específicas

Dentro de esta sección voy a incluir, básicamente, algunos puntos concretos en los que disiento con Jorge Malem, menos generales o (a mi criterio) menos graves que los señalados con anterioridad.

1. *Algunas afirmaciones empíricas dudosas:* En el texto, Malem realiza algunas afirmaciones empíricas de dudosa verosimilitud. Por ejemplo, que la pornografía «no tiene una presencia generalizada en nuestras sociedades» (pág. 201), hecho que puede ser refutado, al menos aquí en España, en cualquiera de la infinitud de locales de venta de revistas que están en la calle. Otro caso: Malem señala como un dato relevante para reconocer que las mujeres pueden ser sujetos activos del delito de violación, el hecho de que el código penal español recepta y penaliza este caso (pág. 188). Creo que esta figura bien podría existir aun si el delito en cuestión no se

---

estas «elecciones forzadas», con «elecciones libres». Ver Ronald Dworkin, «Women and Pornography» *The New York Review of Books* (octubre, 1993), vol. XL, n. 17.

[13] Así, por ejemplo, ver en C. MacKinnon, *Feminism...:* y Carol Gilligan, *From a Different Voice* (Cambridge, 1982).

hubiese producido jamás (los datos adicionales que aporta tampoco resultan importantes)[14].

2. *Algunas argumentaciones muy débiles: A lo* largo del artículo he encontrado algunas afirmaciones difíciles de comprender, a no ser que se trate de argumentaciones muy frágiles. Por ejemplo, Malem sostiene (pág. 187) que la afirmación «de que el hombre es un ser violento sólo puede ser entendida bajo el supuesto de que la mujer es un ser no violento», La verdad es que, al menos yo, puedo entender perfectamente (y aceptar en su contenido sustantivo) la idea de que el hombre es violento, sin abrir ningún juicio adicional acerca de la mujer. Del mismo modo, entendería que me dijeran que los hombres son violentos, y las mujeres también; o que los hombres son violentos, pero los pájaros no.

Incurriendo en una modalidad argumentativa que más arriba censuro (en el punto 4), Jorge Malem realiza la siguiente afirmación: «aun cuando se admita que un material determinado degrada a una mujer determinada, no se infiere lógicamente que ese material degrade al conjunto de todas las mujeres del planeta. Del mismo modo que la sustracción de un radio cassette de un automóvil no implica un ataque a todos los automovilistas propietarios de radio cassette. Habría en quien sostuviera una posición semejante una falacia en la composición» (pág. 201). Realmente no sé qué es lo que quiere decir Malem con esta idea. La verdad es que me parece que, de haber una falacia de composición en juego, ella es la falacia en la que J. Malem incurre[15].

3. *La carga emotiva:* Es cierto que muchas radicales cargan sus textos de testimonios desgarradores y frases conmovedoras o altisonantes. Estos testimonios y frases no constituyen argumentos, es claro,

---

[14] Entiendo, de todos modos, que Malem no necesitaba apoyarse en datos tan débiles para «probar» algo obvio: que tanto la mujer como el hombre pueden actuar de modo violento. Como señalé con anterioridad, pensar que es central para el F.R. sostener lo contrario resulta por demás equivocado.

[15] ¿Hay alguien que se atreva a decir que todas las mujeres del planeta, sin excepciones, se ven atacadas por la pornografía? ¿Puede tomarse el recurso retórico de alguna feminista (en todo caso) como representante de lo que dicen todas ellas? Pero, más aún, ¿es que acaso importaría encontrar más ejemplos de personas que entienden que **todas** las mujeres se ven degradadas? Seguramente que no, dado que es otra la cuestión interesante, como el mismo Malem podría admitir. Por ejemplo, J. Malem defiende, sin abundar en detalles, que se prohíba a los niños el consumo de pornografía «con el fin de que no se dañen a sí mismos» (por ejemplo, pág. 208). ¿Se infiere (lógicamente) de su argumento que todos los niños del mundo van a verse dañados por tal consumo? ¿Importaría conocer el caso de algunos niños que no se vean dañados, o es que nos basta (aquí, y en todos los casos de paternalismo legítimo) solamente con saber que muchos de ellos pueden ser afectados?

y eso debe tomarse en consideración desde un comienzo. Sin embargo, acotaría también que, en ocasiones, el presentar ejemplos muy fuertes, muy dramáticos, puede servir de buena introducción para luego pasar a desarrollar y discutir argumentos. En tanto el F.R. no se quede en la mera narración de historias emotivamente cargadas, la estrategia no me parece incorrecta, frente a un público muchas veces reacio a reconocer la importancia y gravedad de los problemas que el feminismo trata. Si, en cambio, el F.R. (como en ocasiones ocurre)[16] se contentase con la mera exposición de anécdotas, y pretendiese con ello justificar ciertas decisiones, entonces, su posición resultaría muy debilitada. Por suerte, me parece, no es esta última una situación frecuente.

Lo señalado en este apartado vale tanto respecto del F.R., como respecto del mismo artículo de J. Malem, quien muchas veces utiliza frases cargadas emotivamente, como si se tratase de argumentos, o descripciones adecuadas de algunos hechos[17].

4. *El argumento de la «pendiente» o el «desliz»:* Uno de los argumentos que Malem presenta, frente a la propuesta del F.R. de censurar, al menos, algún tipo de pornografía, es el conocido ejemplo de la «pendiente»: «La censura -señala- se sabe cuando comienza, pero no cuando termina» (pág. 203). Aunque, en líneas generales, es difícil rechazar esta idea, sólo motivado por un afán polemista diría que el mismo argumento de la «pendiente» está sujeto al argumento de la «pendiente». Con el argumento de la «pendiente», se sabe cuándo se comienza... Lo que me interesa decir es que, aunque normalmente existe un potencial efecto «desliz», «pendiente» o «cascada», ello no nos priva de tomar muchas medidas que vemos como aceptables. Por ejemplo, no vamos a dejar de penalizar algunos delitos por el riesgo de convertirnos en una sociedad represiva. Ese riesgo potencial, entendemos, puede ser conveniente y razonablemente limitado. Aún en la peligrosísima área de la libertad de expresión, puede muy razonablemente pensarse que ciertas proclamas incitando un levantamiento militar sean censuradas, sin tener que temer que, por ello, vamos a convertirnos en una sociedad censora[18]. Quiero decir, los riesgos potenciales no bastan para impedir razonables medidas de activismo estatal.

---

[16] Tal vez, por caso, en el libro *Only Words*, de C. MacKinnon (Harvard U.P., 1993).

[17] Aquí va algún ejemplo: Según Malem, no se puede aceptar que la pornografía «muestra a la mujer preocupada sólo por su goce sexual, tal como lo hacen, Susan Griffin y concordantemente con ella el Papa Carol Wojtyla» (pág. 192). Otro ejemplo: «el despreciable aparato conceptual utilizado» por el feminismo radical... (pág. 186).

[18] Acepto, sí, que si lo que tomamos en cuenta para evaluar los riesgos en juego es

Espero que estas críticas puedan contribuir a enriquecer el debate en torno al F.R. y, más fundamentalmente aun, a proteger a esta corriente de pensamiento frente a las objeciones que muchas veces, me parece, recibe de modo inmerecido.

---

la ordenanza antipornográfica que A. Dworkin y C. MacKinnon redactaron contra la pornografía las vaguedades son tantas que bien podríamos temer por la libertad de expresión. Sin embargo, al menos, no queda negada la posibilidad de redactar una ordenanza antipornográfica más acotada y precisa, si es que se encontrase que este objetivo es plausible.

DOXA-14 (1993)

CONSIDERACIONES ACTUALES SOBRE LA PROPIEDAD*

Os preguntaréis (yo también me lo pregunto) que qué hace un chico como yo en un seminario como éste, un seminario de ciencia política, compartiendo una ponencia con una profesora de Historia del Derecho y hablando a un público reducido, pero todos profesores especialistas en distintas materias, yo que no soy especialista en ninguna y que tampoco soy profesor exactamente.

Pero es lo cierto que últimamente paso por aquí cada miércoles y cada jueves, por esta Universidad, y aunque nunca he tenido sensación de peligro, la verdad es que el riesgo de tener que participar en alguna conferencia o charla o coloquio, al cabo de los años empieza a ser un riesgo bastante serio, y alguna vez -esta vez- no se consigue eludir...

Pero, en fin, ya puestos, no quisiera desperdiciar la oportunidad (pues como ésta a lo mejor no vuelvo a tener otra en mucho tiempo) para agradecer a quienes por amistad me han invitado, pero, sobre todo, más que agradecer, quisiera aprovecharla para protestar. Para protestar en serio, porque ya no se puede aguantar cómo están las cosas, cómo está todo en general. Y en particular, el tema que se me ha asignado en este seminario (las «Consideraciones actuales -o algo así- sobre la propiedad») también me vale (sin salirme de la materia) para seguir protestando. Y pienso protestar en primer lugar, como es lógico, contra mis vecinos, o la disciplina vecina. Yo doy civil, como sabéis, y lo que le queda más cerca -conceptualmente- es el Derecho Mercantil.

---

* Comunicación verbal en el seminario de «DERECHO, POLÍTICA Y MERCADO», organizado por el «Centro de Teoría Política» en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, el día 5 de marzo de 1993.

Sufrimos mucho. Nos han ido arrinconando hasta casi la última habitación de la casa y dentro de poco no vamos a poder entrar y salir más que por la puerta de servicio. Tenemos también otros vecinos igualmente molestos, pero quienes más nos empujan en estos momentos son esos modernos o ¿cómo se les llama? de la moderna doctrina mercantil.

Joaquín Garrigues, en 1959, cuando la invasión de los mercantilistas estaba ya plenamente declarada, utilizó el término, bastante persuasivo entonces, de « generalización» del Derecho mercantil. Pero, en fin, todavía en aquellos años del desarrollismo, más que nada se hablaba de un Derecho general de obligaciones, de la generalización de los contratos mercantiles y de la pretendida ley general de sociedades.

Pero después, el Derecho mercantil ha seguido avanzando y se ha hecho firme en otras posiciones, apropiándose de tantas otras instituciones que siempre se habían mantenido dentro del Derecho civil y que ahora en el Derecho civil están quedando vacías de contenido. Pero ya lo último, recientemente, en todo este panorama, es que el Derecho mercantil empieza a apropiarse de la propiedad misma, y eso sí que parece demasiado... O me lo parece a mí por lo menos, más que nada porque lo único o lo que mejor he aprendido en mi vida han sido el Código civil y la Ley Hipotecaria, y me gustaría (aunque no lo veo claro) seguir sacándoles todo el partido posible.

Una situación tan amargamente como es ésta ya la habían presagiado, en el siglo anterior, algunas personas sensatas. En el famoso libro de MENGER sobre «El Derecho civil y los pobres» (o los desposeídos), escrito cuando todavía se está discutiendo un proyecto de Código civil en Alemania, hay una frase que nos ilustra bastante bien sobre el mismo fenómeno: «Veo yo en estas disposiciones -dice MENGER, al comentar los parágrafos que se refieren a la transmisión de las cosas muebles- una victoria ganada por el espíritu comercial en el régimen de la propiedad; una victoria del Derecho de Cambio (del 'Verkehrsrecht') sobre el Derecho de Cosas (el 'Sachenrecht')».

La propiedad en los Códigos, porque quería ser libre, se formuló muy abstractamente y con una gran simplicidad. Pero en seguida se irá redimensionando a través de la acción legislativa. Su compleja pluralidad interna da paso a unos estatutos muy diferenciados, en función de la naturaleza de los bienes y su servicio a la Comunidad. Al final queda una propiedad bastante relativizada, con el sano propósito, en el fondo, de favorecer su difusión graduando más razonablemente su intensidad.

Este es, básicamente, el sistema del Derecho civil en cuanto a la propiedad. Hay propiedades más favorecidas que otras, y algunas

acusan una especial debilidad. Particularmente, la propiedad inmueble se sujeta a un régimen más restrictivo, cuya organización jurídica (casi toda) gira alrededor de un complejo y eficaz mecanismo de control, que es el Registro de la Propiedad.

El Registro nace cuando triunfa la burguesía liberal del XIX y la propiedad de la tierra cambia de manos a raíz de la desamortización. Es entonces cuando aparece el Registro de la Propiedad, con nuestra primera Ley Hipotecaria de 1861. El Registro y la Ley Hipotecaria constituyen el instrumento técnico de legitimación jurídica de la nueva clase de propietarios. Se trata de grandes propietarios individuales y no de corporaciones, que acceden al Registro para oficializar su «status». Por eso, el propietario del siglo XIX tiene obsesión por la publicidad del Registro: allí quedan inscritos sus títulos, su propiedad oficialmente registrada, reconocida por todos, protegida *«erga omnes»*...

Años después, cuando políticamente ya no se discuta cuál es la nueva clase de propietarios y ésta se considere definitivamente asentada, entonces esos mismos propietarios inscritos empiezan a comprender que figurar en el Registro tiene también graves contrapartidas. El propietario inscrito está más expuesto al peligro del Fisco y de los acreedores. Es fácil detectar su riqueza y embargar sus bienes. Por eso tiene que haber otra salida para las grandes fortunas, alguna fórmula que combine mejor la seguridad con la opacidad.

Un subterfugio va a ser, muy pronto, ocultar una cabida real de las grandes fincas, registrándolas con una superficie muy inferior a la que tienen. Con ello sólo se trata de burlar al Fisco. No hay perjuicio para el propietario, que siempre podrá disponer de la finca como cuerpo cierto, expresando sus linderos, sin que así la variación de cabida altere el valor real de cambio, de acuerdo con el artículo 1471 del Código civil. Por medio de un expediente reglamentario se facilita además la rectificación de los excesos de cabida. Estamos en el segundo Reglamento Hipotecario del año 1915...

Las técnicas de ocultación han evolucionado mucho desde entonces. Hoy día ya se nos limitan a disimular tímidamente la dimensión de una finca. Ahora la propiedad se esconde por entero, cuando se trata de inmuebles con suficiente valor económico. Si el propietario del XIX, bastante acomplejado por los orígenes poco dignos de su dominio, buscaba el reconocimiento general de su derecho a través del Registro y sentía, como antes decíamos, ese ansia de publicidad dominical, el propietario de finales de XX, por el contrario, no quiere aparecer él directamente en ningún registro oficial, en ningún censo, en ningún archivo público. Se esconde. Curiosamente busca la clandestinidad en lugar de la publicidad. Está sucediendo ahora que la verdadera titularidad dominical, la imputación última de la propiedad de los bienes se desconoce...

Antes era frecuentemente en las escrituras notariales indicar como profesión del compareciente la de «propietario», al consignar sus circunstancias personales. Pero ahora se emplean otras fórmulas. Lo de propietario ya no se estila. Nadie es ya de profesión propietario en una escritura pública. Esos propietarios han desaparecido.

Ahora la organización de la riqueza se parece a un gran tratado de álgebra, lleno de complejas operaciones, las de un tráfico jurídico en el que no es óbice que intervengan operadores desconocidos: basta representarlos por letras o signos (o siglas, tales como «S. A.», «S. L.», «B. V.»...), y eso permite seguir operando como si se conocieran.

Con la etiqueta de sociedades mercantiles, las grandes fortunas han conseguido esa patente de corso que buscaban. El Derecho civil de la propiedad, base de la tributación y de la responsabilidad en la organización social, apoyándose sobre múltiples limitaciones legales y capaz de tantos controles, ya no les afecta. Esa propiedad relativizada del Derecho civil queda para otros. Las clases que detentan la riqueza se han fugado del Derecho civil y actualmente residen en un barrio mucho más exclusivo, como es el Derecho mercantil, que siempre fue, a fin de cuentas, un *«ius singulare»,* el Derecho privilegiado de una clase de comerciantes, y hoy, sin duda, también puede definirse como el Derecho privilegiado de una clase de propietarios.

En el fondo, la propiedad siempre tenderá por definición al espacio más seguro, allí donde pueda ejercerse, como decía el legislador napoleónico, de la manera más absoluta. Hoy ese refugio está detrás de un complejo entramado societario. A través de un complicado sistema de sociedades interpuestas y vinculadas se forma la barrera que aísla y protege al propietario actual, permitiéndole gozar y disponer con la mayor autonomía y del modo más absoluto, al abrigo de ese muro infranqueable. Hoy podemos dar al artículo 388 del Código civil esta nueva lectura, cuando nos habla con cierto sabor arcaizante (y tanta historia tras de sí) del derecho de todo propietario a cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas y setos vivos o muertos. Los espinosos setos y alambradas con que hoy se vallan -idealmente- las propiedades (las propiedades importantes) son sociedades mercantiles.

No sé si la vieja fórmula latina sobre el carácter omnipresente de la propiedad en todo grupo humano *(«ubi societas, ibi propietas»)* de las teorías iusnaturalistas, tiene o no suficiente fundamento, pero, desde luego, dándole la vuelta *(«ubi propietas, ibi societas»),* me parece, cuando menos, mucho más acorde con los tiempos que corren.

La gran ecuación entre sociedad y empresa, que ha sido hasta ahora uno de los postulados del Derecho mercantil, no es ya una relación biunívoca. Se ha desarticulado cuando en el esquema societario

ha entrado «el tercer hombre», que es el propietario individual, si bien, igual que el personaje de Harry Lime, interpretado por Orson Welles en la película de Carol Reed, no es fácil encontrarlo, porque se escapa a través de galerías subterráneas y no sale a la superficie.

La organización como sociedad o grupo de sociedades de la propiedad a secas, pone en solfa que el binomio entre sociedad y empresa siga siendo el eje del Derecho mercantil. Porque ¿dónde está la empresa en tantas sociedades patrimoniales, sociedades de mera tendencia de bienes que proliferan cada día? ¿Cómo reaccionan los mercantilistas ante esta absurda realidad de sociedades mercantiles sin empresa?

Creo que ninguno se ha rasgado las vestiduras. La llamada moderna escuela española del Derecho mercantil, con el brillante lenguaje a que nos tiene acostumbrados, ha hablado de la «polivalencia funcional» de las sociedades anónimas, e incluso alguno ha escrito: «la sociedad anónima está en proceso de convertirse en 'simple técnica de organización', aunque no se trata de la organización de una empresa». A mí, la verdad, me escandaliza bastante esta actitud impasible de los mercantilistas frente a un problema que puede dar al traste con la concepción misma del Derecho mercantil como Derecho de la empresa.

A mi modo de ver, cuando las leyes mercantiles obligan a disolver la sociedad, cuando -como dice, por ejemplo, el artículo 260 LSA (aplicable también a las limitadas)- concluye la empresa que constituye su objeto, se está expresando la idea de que no es posible una sociedad mercantil sin empresa, o lo que es lo mismo, que las sociedades meramente patrimoniales -aparentes sociedades mercantiles- están fuera de la ley, constituyen un supuesto de simulación absoluta y, por tanto, de nulidad radical.

Reconozco que esta tesis puede chocar con importantes escollos. Uno es que las sociedades anónimas y limitadas -según la ley- tienen carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, aunque bien pudiera entenderse que los tienen cualquiera que sea la índole de la actividad empresarial que constituya su objeto. Se tropieza con otra dificultad, y es que, entre las causas de nulidad de la sociedad anónima que, con carácter de *«numerus clausus»* enumera el nuevo art. 34 de la Ley (fiel a la Directiva), no figura la simulación absoluta, aunque ello no impide entender -según RODRÍGUEZ ADRADOS- que la doctrina general de la simulación sigue siendo aplicable.

El problema de la simulación en la sociedad anónima se ha desenfocado, llevándolo al terreno de la sociedad unipersonal. Sin embargo, la posibilidad de sociedades con un solo socio (que tanto ocupa la doctrina mercantilista) me parece a mí un problema menor. Lo importante no es una cuestión de número, sino que la empresa,

sea individual o colectiva, realmente exista, porque si no hay empresa no hay riesgo que justifique el privilegio de la forma anónima o limitada. Por ello las sociedades meramente patrimoniales deben desterrarse de allí por completo, salvo que queramos cerrar los ojos a un *«fraus legis»* monumental.

Creo que es el momento de dar marcha atrás en la teoría de la persona jurídica, apostatando del dogma de la personificación, cuando se trata de sociedades mercantiles sin actividad empresarial. En ellas procederá siempre levantar el velo de la personalidad, aunque, a veces, más que un velo sea toda una guardarropía, si se opera con un grupo de sociedades vinculadas, puede llegar a ser (en patrimonios importantes) un verdadero laberinto, imposible de recorrer, de sociedades interpuestas, con diferentes nacionalidades, en las que el dato de la nacionalidad de la persona jurídica se utiliza como mecanismo de selección de la normativa aplicable, para, al final, situar el centro de decisión fuera del alcance y radio de acción de la legislación vigente en el territorio en que radican los bienes o se obtienen las rentas..., y eso después de haber hecho escala intermedia en varios paraísos fiscales por el camino.

Hace unas semanas estuve en Marcial Pons, para ver qué novedades había que pudieran interesarme con relación a esta ponencia, y me quedé alucinado cuando encontré un libro, en la sección de Derecho mercantil, escrito por un detective privado o algo así, del año 1990, muy bien encuadernado, titulado «Manual del investigador mercantil». Dos tomos... Creo que es bastante significativo.

Realmente, para proteger la riqueza, se crea una complicada trama y una compleja labor de ingeniería jurídica, urdida en los grandes bufetes, con corresponsalías en distintos países.

Frente a esta situación, la verdad, es difícil luchar. Pero la moral es lo último que se pierde. La batalla contra los privilegios de la clase dominante -como enseña Carlos Marx- hay que plantearla con realismo, haciendo un análisis concreto de la situación concreta. Hay un primer orden de medidas que afectan al plano de las Convenciones de Derecho Fiscal Internacional, a los convenios de doble imposición. En un segundo orden, hay un conjunto de medidas a adoptar en el Derecho interno del Estado. Todas ellas deben conducir a un mismo objetivo: *«Glasnost»*. La consigna es la *«Glasnost»* en el Derecho de las sociedades mercantiles y, en particular, de las sociedades anónimas y limitadas. Esa es la gran divisa: *«Glasnost»* o transparencia.

Y si me permitís que siga un par de párrafos más en este tono de panfleto social y dialéctica de choque, o me lo permitís, por lo menos, los más nostálgicos, yo diría que la consigna pasa, en primer término, por el mantenimiento del «sistema de doble corporación» -anónima y limitada-, combatiendo cualquier tendencia britanizante

hacia la descaracterización o neutralidad de tipo. Y dentro del sistema de doble corporación se primará sobre todo la opción tipológica en favor de la limitada, reivindicando de inmediato a subidas sustanciales sobre la cifra de capital mínimo en la anónima concedida por el poder establecido, que deberá descalificarse siempre como insuficiente.

La consigna de transparencia pasa, en segundo lugar, por una mayor personalización de la sociedad limitada, pidiendo que vuelva a inscribirse en el Registro mercantil la transmisión de las participaciones sociales (con exención en el impuesto de AJD), Registro del que nunca debió dejárseles escapar,

Y en cuanto a la sociedad anónima, la *«Glasnost»* pasa por favorecer todo viento germanizante que la impulse hacia una situación tipológica de estatuto fuertemente administrativizado, próxima a la clásica *«offene AG»,* de manera que el anonimato de sus sujetos sólo se justifique por la masificación y lo insignificante de cada participación individual.

Y mientras siga existiendo la pequeña anónima, la consigna de *«Glasnost»* pasa por suprimir de inmediato el actual sistema de transmisión por endoso de las acciones nominativas representadas por títulos, derogando el actual art. 56.2 LSA, para sustituirlo por un sistema (hasta aquí quería llegar yo con mi dialéctica marxista), igual al que ha habido siempre, de necesaria intervención de fedatario público en esas transmisiones. De todas las consignas formuladas, y de todo lo que he dicho o pueda todavía decir en esta ponencia, esta medida es lo más importante de todo.

Con tantos aspectos y matizaciones que han quedado sin formular (por ejemplo, la conveniencia de exigir en la transmisión de acciones no cotizables y participaciones sociales la incorporación al documento público transmisivo de algún tipo de balance expresivo de la composición patrimonial de la sociedad, en aras del art. 108 de la Ley del Mercado de Valores, e indicativo, derivadamente, del verdadero valor de lo transmitido), la *«Glasnost»* en las sociedades mercantiles debe, en suma, tener esta doble proyección: transparencia con relación al objeto. Se me criticará, con razón, que, en cuanto al sujeto, no deja de haber bastante voluntarismo en todo lo que he dicho. Y en cuanto al objeto, aun cuando llegaseis a convenir conmigo que, en efecto, a través de la doctrina de la simulación absoluta, del fraude de ley, o de la penetración de la persona jurídica, no deben admitirse las sociedades mercantiles meramente patrimoniales, no deja de haber, pese a todo, mucha ingenuidad en esas palabras, pues la verdadera dificultad es la de detectar en la práctica cuando se está en presencia de una sociedad meramente patrimonial, que es algo, desde luego, que sus estatutos no van a delatar

En mi opinión, más que las cláusulas estatutarias con objetos

sociales cuasi -omnicomprensivos y pseudo-inmobiliarios, no hay mejor pista que pueda descubrirnos la existencia de una sociedad meramente patrimonial que sus declaraciones periódicas en la liquidación del I.V.A. Si faltan declaraciones o en ellas se detectan largos períodos de inactividad, o unos Ivas repercutidos con importantes dispares o en operaciones aisladas (el clásico «pelotazo»), que denotan, en suma, la falta de habitualidad y tipicidad características por definición del empresario, habría indicios razonables para presumir la existencia de una sociedad meramente patrimonial, con las consecuencias jurídicas correspondientes.

Ligar el concepto técnico de transparencia fiscal con la legislación del I.V.A., me parecería un avance, superando así el limitado marco que actualmente tiene la transparencia fiscal en la Ley del Impuesto de Sociedades. Sería un buen camino a seguir, lástima que no se haya seguido por la nueva Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido recién aprobada. Desde una lógica de I.V.A., parecería congruente hacer entrar en transparencia fiscal a las sociedades arrendadoras de inmuebles, que no fuesen compañías de *«leasing»,* dado que tales arrendamientos están exentos de I.V.A., salvo el arrendamiento de local de negocios. Pienso que sería una solución sensata, pues un rentista no se confunde con un empresario, y con ello habríamos dado un paso de gigante en la lucha por la erradicación de las sociedades de mera tenencia de bienes.

Pero todavía habría que abordar otros aspectos. El más importante, que la transparencia fiscal no pudiera destruirse por la presentación de las declaraciones de I.V.A., cuando se trate de Ivas soportados y repercutidos por servicios prestados entre sociedades vinculadas del mismo grupo o sujetas a régimen de balance consolidado.

En definitiva, se trataría de que el legislador fiscal, mediante una acertada delimitación normativa de los supuestos de transparencia fiscal, con este instrumento en sus manos, guiase al resto del ordenamiento y en particular, al Derecho Civil, sirviéndoles como una especie de zahorí, para detectar por debajo de cualquier estructura o entificación jurídico-formal aquellos dominios sumergidos que deben aflorar a la superficie y sujetarse al régimen de la propiedad común.

El actual Derecho Tributario sobre transparencia fiscal dista mucho todavía de poder cumplir este objetivo. La regulación de la transparencia fiscal, hoy contenida en la Ley del Impuesto de Sociedades, es bastante circunspecta y en cierto sentido incluso, contraproducente. En el régimen actual, por ejemplo, la transparencia cae a partir de diez socios, por lo que la opacidad fiscal depende de constituir el suficiente número de sociedades interpuestas. Eso sí,

claro está, pagando el coste correspondiente. La opacidad es una cuestión de precio.

Las técnicas de blindaje de propiedades individuales en el interior de complejos grupos de sociedades, y de otro lado, el fenómeno paralelo de fragmentación de la gran empresa en pequeñas sociedades a fin de diversificar sectorialmente los riesgos de la explotación, explican la paradoja actual de que en una época histórica, como la que nos ha tocado vivir, de progresiva concentración de la riqueza y enorme desempleo, sin embargo, proliferen cada día más las pequeñas sociedades. De pronto, asistimos a un crecimiento exponencial de su número, sin que ello suponga (no nos llamemos a engaño) una mayor difusión de la riqueza o alguna esperanza frente al paro, sino todo lo contrario. No dejará de ser quizá un consuelo -pienso- para quienes en este país están tan preocupados por la regresión demográfica y la escasez de nacimientos, que, al menos, en compensación, la población de personas jurídicas esté aumentando tanto y goce de tan favorables perspectivas.

La metáfora culta de la persona jurídica, cuyos primeros pañales fueron los doctos ropajes del Derecho canónico, sirvió a la inteligente burguesía del XIX para abandonar, una vez tomado el poder, los principios de igualdad entre los ciudadanos que antes había predicado, sin contradecirse consigo misma, pues los nuevos privilegios los restauraba no para sí, sino para otros sujetos sobrehumanos -las personas jurídicas- que, en el fondo, no eran sino entelequias clónicas de los nuevos hombres y familias dominantes. Sigue siendo así, y quizá no ha sido nunca de otro modo.

El panorama de la propiedad actual vuelve a ser el de un dominio dividido, como en épocas históricas, durante la Edad Media y el Antiguo Régimen, en que frente al superior dominio del Señor, formal y espiritual, titularidad llamada de dominio directo, se contraponía la titularidad llamada de dominio útil, propia del colono, enfiteuta, feudatario o siervo, vinculados a la tierra, obligados al pago de gabelas, pecherías, censos y tributos.

Así hoy también, en cierto modo, podemos hablar de una suprapropiedad, que se ejerce a distancia, mediatizada por la interposición de una pluralidad de personas jurídicas, que permiten mantener inmóviles, perpetuas en los Registros las propiedades inscritas a su nombre, pero tan mano muerta como la de los *«pia corpora»* del pasado; una suprapropiedad con un régimen jurídico privilegiado.

Y frente a ella, la otra, la demás propiedad; la propiedad inferior. Esta es la propiedad que se rige por el Derecho civil, la propiedad de los infrapropietarios, sujeta sin posibilidad de escape al pago de impuestos y contribuciones. Fácilmente embargable por los acreedores. Con perfecto control oficial de cuándo, cómo y a quién se transmite,

no eximiéndose tampoco del pago de laudemios, como el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y, sobre todo, el impuesto sucesorio cuando se hereda. Es una propiedad que obliga, con cargas, y con responsabilidades. Es, al mismo tiempo -como ha puesto de relieve mi maestro DÍEZ-PICAZO- una propiedad masificada, comprimida; cuyo sujeto también está ligado a ella por un vínculo real permanente que suele ser un préstamos hipotecario que le lleva media vida amortizarlo. Es la propiedad común, la propiedad del Derecho civil.

La suprapropiedad, en cambio, es otra cosa. El propietario no se llama así, se llama de un modo mucho más fino: accionista, socio, consejero-delegado o, si se prefiere, en cualquier momento y a la más mínima, Junta General Extraordinaria Universal. Se rige por el Derecho mercantil, que es mucho más ágil, mucho mejor adaptado a las necesidades del tráfico y acorde con la flexibilidad que hay que tener en los tiempos modernos. Es una propiedad que, además, no paga impuestos, faltaría plus, porque sabe Dios qué jeque, Estado o extraña isla tendría derecho a cobrarlos. Es una propiedad que no hay acreedor que la pille, inembargable, y que se vende y se hereda sin que se entere nadie (o más bien se vende, pues ya sólo heredan los pobres). Basta con endosar en blanco esos títulos que andan por alguna parte y anotarlo, cuando interese, en el libro guardado en la mesilla de noche. Es un chollo que se llama polivalencia funcional.

Pero ¿hasta cuándo, Catalina, deberá aguantar nuestra paciencia?, porque yo protesto. Protesto en serio.

ÉTICA, DERECHO Y FECUNDACIÓN ASISTIDA

En 1978 se anunció a través de los medios publicitarios el nacimiento de Louise Brown, primer bebé logrado en Inglaterra por fecundación *in vitro* (FIV) y traslado de embrión (TE). Desde entonces han sido numerosos los nacimientos por este método y las clínicas especializadas se han multiplicado por el mundo.

En 1984, dos casos llamaron la atención de la opinión pública. El primero fue el nacimiento de la niña australiana Zoe Leyland, el 13 de mayo, a partir de un embrión que había permanecido congelado durante dos meses. El segundo, conocido como *affair Parpalaix,* llevó al *Tribunal de Grande Instance de Créteil* a resolver favorablemente, por sentencia del 1.º de agosto, la demanda de la viuda Corine Parpalaix a que se le entregara el semen depositado de su esposo para su inseminación. Intentada la inseminación *post mortem,* fracasó.

Pero, probablemente, el caso más comentado haya sido el de *Baby M.* Como se sabe, el 6 de febrero de 1985 se celebró un contrato de maternidad subrogada (suplente o sustituta) entre la señora Whitehead, su esposo y el señor Stern, padre natural o biológico. La señora Whitehead fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern procreando una niña que nació el 27 de marzo de 1986. Establecida la controversia legal, que no es el caso detallar ahora, el Tribunal inferior resuelve el 31 de mayo de 1987 que el contrato es válido, beneficiando así al padre biológico. Sin embargo, ante la apelación presentada por la señora Whitehead, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey resolvió el 3 de febrero de 1988 revocando unánimemente, casi en su totalidad, la decisión del Tribunal inferior. En consecuencia, se declaró que la madre subrogada -biológica y gestante- era la madre legal de la criatura. A su vez, la adopción de ésta por la señora Stern se declaró inválida e ineficaz.

Así los hechos, no debe extrañar que a partir de los primeros éxitos obtenidos por inseminación artificial (IA), los avances alcanzados y las perspectivas de futuro sean asombrosos[1]. Como era de esperarse, paralelamente a los avances técnicos, se ha desarrollado una fecunda reflexión moral que ha puesto a prueba los principios de cada una de las grandes teorías éticas, oscilando las respuestas entre las que pugnan por un rechazo a toda interferencia de la técnica en los procesos naturales reducidos, por lo general, a los biológicos, hasta las que aceptan, indiscriminadamente, cualquier interferencia bajo criterios crudamente utilitarios.

La variedad de respuestas no debe llamarnos la atención si pensamos un poco en la complejidad de los problemas. En el supuesto de la inseminación artificial conyugal (IAC), ¿se justifica éticamente el procedimiento?, ¿se justifica la inseminación homóloga con semen del marido luego de su fallecimiento, la llamada inseminación *post mortem*? En el caso de la inseminación artificial con donante (IAD), de nueva cuenta ¿se justifica éticamente el procedimiento?, ¿debe quedar abierta la posibilidad de inseminación para las mujeres no casadas actualmente (solteras, viudas, divorciadas, concubinas, lesbianas) como una muestra de respeto al derecho de toda mujer a procrear?, ¿debe mantenerse el anonimato del donante o tiene derecho el hijo a conocer su filiación genética? Por lo que respecta a la fecundación *in vitro*, y desde el punto de vista del embrión logrado, ¿cuál debe ser su estatuto ético-antropológico?, ¿es una cosa?, ¿es una persona?, ¿puede ser objeto de donación, compra-venta o adopción?, ¿se justifica su congelamiento?, ¿puede ser manipulado para efectos de investigación o experimentación? Pero, además, si le fuera imposible a la madre gestar al embrión, ¿se justifica éticamente su implantación en el útero de otra mujer, la llamada con propiedad, maternidad sustituta?, ¿qué criterio se debe

[1] Por mencionar sólo algunos de estos avances: la separación de los espermatozoides más activos en un intento de asegurar que sólo los más saludables lleguen a fecundar el óvulo; el rompimiento de la capa externa del óvulo por medios químicos reduciendo así el número de espermatozoides de calidad que se precisan para conseguir la fecundación; la transferencia intratubárica de gametos (TIG); la congelación y descongelación de óvulos y embriones por largos períodos de tiempo; la microcirugía que trae como resultado idénticos gemelos o trillizos; la clonización de embriones que posibilitaría una descendencia numerosa e idéntica; la inyección de material genético una vez identificadas las secuencias de DNA asociadas con varias enfermedades genéticas; la utilización médica del tejido fetal y la transferencia de células de un embrión de 2 ó 3 semanas a niños a adultos que padecen alguna anormalidad que afecta las funciones vitales del cuerpo: el trasplante de ovarios como otro recurso para superar la esterilidad; la placenta artificial para mantener con vida fetos expulsados por aborto espontáneo cuando tiene diez semanas, etc.

seguir para determinar la maternidad? ¿el genético?, ¿el gestante?, ¿el intencional-afectivo?

A los cuestionamientos éticos se suman los problemas jurídicos con todas sus sutilezas, por lo demás necesarias si se quieren proteger adecuadamente los derechos de todos los actores implicados: las personas que solicitan el método, los hijos nacidos por el método, y los terceros que pueden o no intervenir, donantes o madres sustitutas. La nueva realidad, qué duda cabe, es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas del derecho civil[2]. Así por ejemplo, con base en la legislación vigente y ante la posibilidad de la fecundación *post mortem* se plantea la situación de que el hijo pudiera ser genéticamente conyugal pero jurídicamente extramatrimonial si su nacimiento tuviera lugar después de los 300 días posteriores a la muerte del esposo, plazo que señala la ley (324-II C.C.) para presumir que se trata de hijo de los cónyuges. La interrogante que surge es que en el caso de que la viuda probara que fue fecundada con semen de su esposo ¿podría considerarse a ese hijo como fuera del matrimonio? Además, los hijos que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia son incapaces de adquirir por testamento a causa de su falta de personalidad jurídica (1314 C.C.) con lo cual el hijo póstumo quedaría excluido, ¿es justa esta situación para el hijo?

La revisión jurídica se hace necesaria también con respecto a los problemas que suscita la IAD y FIV con donante. Pensemos en lo relativo al reconocimiento de la criatura. Los artículos 325 y 326 C.C. no pueden ni deben aplicarse a esta situación. Por otro lado, ¿qué figura jurídica sería la apropiada para determinar la relación padre-hijo?, ¿la adopción? Hasta la fecha la figura de la adopción

---

[2] Para los problemas ético-jurídicos que plantea la genética actual se puede consultar con provecho: Eduardo Zannoni, Inseminación artificial y fecundación extrauterina, Astrea, Bs.As. 1978; Alberto Di Ció, *La inseminación artificial y el derecho de la familia,* Belgrano, Bs.As., 1984; Manuel Chávez Asencio, *La Familia en el Derecho,* Porrúa, México, 1978, T. III -de los pocos juristas mexicanos que han tratado el tema con lucidez de acuerdo con nuestra legislación vigente y a quien personalmente debemos muchos de los cuestionamientos jurídicos-: Pedro Silva Ruiz. «El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro», Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 48, enero-mayo, 1987, n.º 1, págs. 25-35: «El contrato de maternidad sustituida o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Madrid, España, febrero, 1987, n.º 447. De especial importancia para el tema son las ponencias presentadas tanto en el II Congreso Mundial Vasco (28-IX al 2-X de 1987) con el título *La filiación a finales del siglo XX,* como en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres, España (octubre-noviembre de 1987) con el título *La genética actual y el derecho de familia.*

supone al menor ya nacido (implícito en 390 C.C.) pero aquí estamos hablando de un preembrión o germen. Por tanto, o se inventa una nueva figura jurídica o se extiende la posibilidad de adopción hasta el preembrión. Asimismo, por lo que hace a la posibilidad de contradecir la maternidad, la mujer queda totalmente imposibilitada (60 C.C.), pero ¿qué sucedería en el supuestos de que se engañe a la mujer haciéndole creer que el óvulo usado para la fecundación fue el suyo y resulta que fue de una mujer extraña?

La situación de la madre sustituta en el sentido propio de este término, cuando únicamente gesta a la criatura pero no aporta su óvulo, plantea otros problemas interesantes. Por lo pronto, obliga a replantear el principio de que la filiación con relación a la madre resulta del solo hecho del nacimiento (360 C.C.), ya que hay un desfase entre el origen biológico del niño (criterio para determinar la filiación consanguínea) y su gestación.

Por último, para cerrar estos planteamientos jurídicos, en la legislación se plantea el deseo de que el hijo nazca en el seno de una familia y más concretamente dentro del matrimonio. Sin embargo, ¿podría hacerse extensiva la posibilidad de que una pareja heterosexual estable no casada accediera a la IA y FIV? No olvidemos que la legislación mexicana dio un gran paso en 1983 al eliminar la distinción entre hijos legítimos e hijos ilegítimos y sustituirla por la de hijos dentro del matrimonio e hijos fuera del matrimonio, reconociendo para estos últimos el derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores, a ser alimentados y a percibir la porción hereditaria (389 C.C.). Explícitamente el 383 C.C. reproduce las presunciones del 324 C.C. ahora para los hijos de concubinario y concubina. Y, si bien es cierto que el acento de estos artículos está puesto en la protección de los hijos, indirectamente, existe un reconocimiento al hecho muy extendido en México del concubinato. El acceso de concubinos a la IA y FIV podría ser una prolongación de ese reconocimiento que, sin duda, beneficiaría a muchas parejas.

Pues bien, los problemas a nivel jurídico podrían multiplicarse, pero no obstante lo importante que resulta este punto de vista, nos limitaremos a señalar en lo que resta de este escrito algunas justificaciones éticas de los problemas planteados inicialmente. Pienso que la ética que mejor responde a tales problemas es una ética liberal que, a grandes rasgos, toma como punto de partida a la persona moral, su dignidad y autonomía, así como la posibilidad de satisfacer distintos planes de vida.

La humanidad de la persona moral se nos manifiesta como *una* realidad simultáneamente biológica y racional, individual y comunitaria, fin en sí misma y autorrealizable. Esto significa, entre otras cosas, que la persona no se agota en su estructura y dinamismo físicos;

por lo tanto, el orden biológico no es un criterio suficiente de moralidad. Sacralizar el carácter biológico de la persona ha llevado a no pocos moralistas a excluir todo tipo de intervención humana en los procesos naturales dando lugar a una ética dogmática, absolutista y, por tanto, inhumana. Si la técnica auxilia a la persona en la satisfacción de sus planes de vida y permite a través de los métodos de fecundación asistida superar una carencia grave como es la esterilidad, que afecta entre un 10 y 15 por 100 de las parejas en edad de procrear, no hay razón para prohibir su puesta en práctica. La IA, FIV y TIG, no son censurables, más bien suplen deficiencias en el proceso reproductor de la pareja.

Pero, de igual manera, si privilegiamos la racionalidad de la persona sin limitación alguna a sus deseos, intereses o preferencias podría conducirnos a una falta de respecto a su dignidad. Por lo que, si los métodos de fecundación asistida tienen como propósito fundamental superar la esterilidad para facilitar la procreación, su aplicación tiene sentido cuando otros medios terapéuticos se han descartado por inadecuados o ineficaces. De no mediar la esterilidad no se justifica su uso para satisfacer los deseos de la pareja por razones de moda, esnobismo o fines estéticos.

La pareja estable es el ámbito ético-jurídico-social aceptable para la realización de los métodos de fecundación asistida. Entiendo por pareja estable a la pareja heterosexual que adquiere un compromiso público y razonablemente permanente de vida en común y que se propone como fin la mutua promoción. Deliberadamente me ubico en el *derecho del hijo* a una vida estable y rechazo la idea de que exista en la mujer un *derecho al hijo* que haría de este último, que es fin en sí mismo, un medio al servicio de los deseos o intereses de otra persona. Desde este punto de vista, las parejas homosexuales, la mujer soltera y las personas en unión inestable no deben tener acceso a preembriones, semen u óvulos donados[3]. Reitero, el derecho de toda mujer a ser madre es un derecho *prima facie.* La maternidad debe entenderse en función del hijo y no al revés.

Es cierto que la carencia actual de regulación de las condiciones en que se desarrollan las uniones *de facto* por lo que hace a un acuerdo sobre el tiempo aceptable de duración, la ausencia de una aceptación pública y los derechos y obligaciones que contrae la pareja, no ofrece un contexto de seguridad adecuado para el buen

[3] En este punto recogemos las ideas expresadas por buena parte de la doctrina, así como por la mayoría de las Comisiones, en especial, los informes del Consejo de Europa y el informe Warnock en el Reino Unido, ambos de 1984. También, las propuestas de ley italiana y francesa, y la ley sueca que entró en vigor el 1.º de marzo de 1985.

desarrollo del hijo. Pero si éstas son las razones para impedir su acceso a los métodos de fecundación asistida, pienso que no son insuperables y más que un rechazo debe hacerse un esfuerzo ético y jurídico para hacer compatible el derecho de la pareja estable a formar familia y el derecho del hijo a un clima de seguridad y aceptación social.

Con respecto al estatuto antropológico del preembrión su índole humana se encuentra asegurada por hechos biológicos, como son el correspondiente código y mensaje genéticos que lo hacen un ser individual e independiente del organismo materno pese a que su autonomía y personalización la adquirirá gradualmente en un período posterior. Por tanto, los preembriones, que corresponden a la fase preorganogénesis desde la fecundación hasta aproximadamente 14 días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero, no deben ser objeto de donación, compra-venta o depósito, contratos que suponen un bien patrimonial. Tampoco es justificable éticamente la utilización de preembriones con fines de experimentación (partenogénesis, fusión de preembriones entre sí, intercambio genético con otras especies para producir híbridos, la transferencia en el útero de otra especie animal, etc.), o para fines industriales. Pero no veo impedimento alguno para que, por una parte, se puedan usar los gametos (semen y óvulo) por separado con fines de investigación o experimentación y, por otra, para que el mismo preembrión pueda ser objeto de investigación con fines de diagnóstico (valoración de su viabilidad o no, o detención de enfermedades hereditarias) o terapéuticas (tratar una enfermedad o impedir su transmisión). Por otra parte, y de acuerdo con Zannoni[4], dada la dignidad del preembrión no se justifica que se le exponga a un estado de incertidumbre y desamparo. Me refiero a los llamados «embriones sobrantes».

Pienso que toda FIV debe realizarse con el fin de implantar el o los embriones en el útero materno y no someterlos a situaciones aleatorias. Por tanto, la admisión de fertilizaciones múltiples es aceptable a condición de que todos los preembriones sean implantados. Si la pareja no está en condiciones actuales de llevar adelante el embarazo, no se justifica realizar fertilizaciones ahora para posibilitar implantaciones *después.*

Con respecto a la IA (Inseminación Artificial) y a la FIVTE (Fecundación In Vitro y Traslado de Embrión) homóloga o heteróloga, esto es, con semen del marido (o del hombre en la pareja estable) o con gametos masculinos o femeninos de donantes, no presentan

[4] Eduardo Zannoni, «La genética actual y el derecho de familia», ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia.

ningún conflicto ético. Se parte del supuesto de que no existe un rechazo de la pareja a la cópula como medio ordinario para la procreación, sino de la existencia de una carencia (la esterilidad) que la imposibilita. Los métodos de fecundación asistida se utilizan, entonces, como una situación remedial y supletoria.

La IA *post mortem* con semen del marido se justifica éticamente dada la fuerza moral e institucional del matrimonio o de la pareja estable, en su caso. Coincido en esta valoración con los puntos de vista expresados por Rivero Hernández[5]. Contra la IA *post mortem* se aduce -como cuando se trata de mujer sola- que el hijo se vería condenado a nacer y vivir sin padre, lo que va en contra de su interés y bienestar. En efecto, el hijo tiene derecho a tener padre y madre pero «quizá el derecho del hijo en este terreno no es tanto el de tener padre y madre como dos seres que le acompañen físicamente, sino a que ambos le proporcionen una serie de cosas que hagan visible una existencia a la que le han traído por exclusive decisión de aquéllos». Por otro lado, la situación de la IA p.m. no es igual a la de mujer sola: «En este caso el hijo nace (no sólo vivirá) sin padre. En aquél el hijo si va a tener padre; no lo conocerá materialmente, no disfrutará de él, su protección y afecto, pero no es hijo sin padre, o de padre desconocido». El hijo tendría una relación de filiación y, con la familia del padre, otra de parentesco. Además el hijo será hijo de matrimonio, si se demuestra que fue engendrado por el marido, aun pasados los 300 días, pues «el consentimiento para la fecundación p.m. del marido fallecido, conjugado con la decisión de la viuda a ser inseminada, responden a un proyecto común de dar vida a un hijo de ambos» y creo que esta voluntad es el factor determinante para que se pueda justificar la inseminación y hablar de hijo dentro del matrimonio. Además del consentimiento del marido, entre otros requisitos, habría que exigir que la inseminación tuviera lugar dentro de un plazo razonable (lo que hablaría de la buena fe de la pareja): un año, prorrogable si hay causa justificada, como podría ser alguna enfermedad de la mujer.

Por último, por lo que respecta a la maternidad subrogada, cabe hacer algunos comentarios. Sabemos que dado el embrión por FIV se procede a su traslado (TE) en el útero de la madre. Pero, en el caso de que ésta no pudiera gestarlo ¿sería justificable, éticamente, su traslado al útero de otra mujer para que se geste? El supuesto que estoy considerando es el de la gestación por otra mujer pero con aportación por la pareja de gametos. Con respecto, entonces, a la

[5] Véase Francisco Rivero Hernández, «La fecundación artificial post mortem», ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia.

sola gestación en útero extraño no veo impedimento ético alguno para que se pueda llevar a cabo. Como es obvio, la noción que está implícita en la afirmación anterior es la de la maternidad y aunque los informes y los proyectos de legislación se están inclinando a privilegiar la maternidad de gestación, los criterios no son tan claros. Desde mi punto de vista, la razón formal, lo que especifica la maternidad es la intención, deseo o voluntad de ser madre, con todo lo que esta intención significa en términos de cuidado, afecto y alimentos. Esta razón es determinante, por ejemplo, para justificar la adopción y no sólo la adopción limitada, que es la que acepta nuestra legislación vigente (402 C.C.), sino la adopción plena por la cual el niño se integra totalmente a la familia de los adoptantes. Pienso que la gestación que indudablemente conlleva un valor físico y afectivo reforzador y que contribuye a la plenitud de la maternidad, no es un elemento necesario para su determinación. Bajo ciertas condiciones -y entre ellas una de las más importantes es la no mediación de un convenio lucrativo- no veo razón para que no se pueda auxiliar a la mujer que está incapacitada para gestar, a través de un útero sustituto. Coincido en este punto con Merino Gutiérrez cuando afirma que «en los casos de utilización de útero ajeno la gestación sustituta es secundaria respecto al material genético incorporado. En esta línea sería partidario de inscribir la filiación como matrimonial o no matrimonial en las condiciones ya señaladas por algunos autores de que concurra un acuerdo previo, antes de la implantación del embrión, que conste por escrito en documento público, entre la pareja y la mujer portadora; un documento del centro donde se practicó la implantación asegurando que el material genético corresponde efectivamente a la pareja y, por último, la ausencia de oposición de la gestante sustituta una vez que ya ha dado a luz»[6]. Quizá no esté lejos el día en que se pueda gestar la criatura a través de placenta artificial desde las primeras semanas lo que, sin duda sería otra alternativa para solucionar los casos de incapacidad gestativa.

[6] A. Merino Gutiérrez, «Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida», ponencia presentada en el II Congreso Mundial Vasco.

CIENCIA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA JURÍDICA EN EL UMBRAL DEL TERCER MILENIO: ¿MÁS ALLA DE UN PRE-ILUMINISMO?

1. El foro y el saber generalizador de elevado contenido («alta abrangência»)

El foro tiene su saber específico (de lo que es una técnica de aplicación judicial de normas), y este saber es dogmático, pues actúa en función de un dogma: la ley. En principio, la ley y las normas que la ley ordena aplicar, no se discuten, se aplican.

El choque entre esta postura dogmática, formalista (porque poco le importaría, en principio, el contenido de la ley, por ser ésta indiscutible) y los conocimientos generalizadores de elevado contenido (que contemplarían el derecho como algo no necesariamente coincidente con la forma legal, que sería una mera forma de expresión del poder) es anterior al tercer milenio y está bastante claro en nuestros días.

De ahí la frecuencia relativamente alta de decisiones *praeter legem,* adoptadas no en función de la letra de la ley, sino de fines sociales -que dicen ser los de la ley, pero que a menudo apenas se encuentran en ésta y nunca en el dispositivo formalmente pertinente. Por esta razón, existen las decisiones adoptadas «a contrapelo» *(«arrepio»)* de la ley, *contra legem,* no siempre confesadas con ese carácter contrario a la misma (es fácil siempre llamarlas armónicas con vagos principios generales de la legislación), pero de hecho opuestas al poder cristalizado en forma legal y tomadas en nombre implícito o explícito de una idea-sentimiento de justicia.

La posición dogmática-formalista es un residuo pre-iluminista[1]

[1] Por «iluminismo» aquí se entiende aquella postura surgida sobre todo a partir del siglo XVIII («siglo de las luces») que significó la reacción de la razón contra la mera autoridad, sea esta última laica o religiosa (cf. Binetti, 1986: 605-606 y 610-611).

que tiene fuerza de poder judicial, no de rutina forense. Poco personal y muchos procesos refuerzan, incluida la carencia de tiempo para un examen más detenido de los procesos, esta rutina.

¿Es el poder judicial habitualmente legalista o el saber jurídico de elevado contenido -teórico-científico o filosófico- lo que ilumina la técnica del foro? Este dilema se profundizará a las puertas del tercer milenio. Si el iluminismo ya esclarece otros sectores estratégicos de la organización social, ¿por qué no habría de llegar al foro, en el tercer milenio, con fuerza *«ideativa»* preponderante? En definitiva, tenemos mil años por delante.

Esta transformación posible y hasta probable difícilmente se logrará sin el concurso de las instituciones de enseñanza de Derecho y de los juristas teóricos.

2. La sujeción pre-iluminista del mundo académico al formalismo forense o social

En el mundo jurídico académico del segundo milenio, se considera de forma general como realismo positivo una perspectiva exclusiva o casi exclusivamente hermenéutica en relación con el «derecho positivo» -esto es, en relación con las normas impuestas por el poder, fundamentalmente bajo la forma de ley estatal (cf. Wolf, 1961: 741 y 743). Las posiciones iusnaturalistas son consideradas románticas, anticuadas, vagas, inseguras, y consecuentemente casi totalmente excluidas del foro, donde predomina con elevada soberanía el dogma legal.

Así, en el mundo del foro y en el mundo académico que estudia y enseña sobre todo para la práctica forense actual, impera ampliamente la perspectiva *de lege lata*. La perspectiva *lege ferenda* concurre con la anterior, pero no prevalece sobre la primera, limitándose a una minoría de prácticos o teóricos del derecho de mente menos inmediatista.

No obstante, la situación pre-iluminista de los estudios jurídicos no se limita al legalismo dogmático sino que alcanza también a quienes niegan ese legalismo y defienden una concepción antitética en casi todo. Pues el punto común de convergencia de los dogmáticos estatalistas y de sus críticos sociales es que se sitúan mentalmente en un clima pre-iluminista de formalismo -en un caso formalismo estatal, en el otro social.

En la realidad, afirmar que es derecho lo que el Estado -identificable con el grupo de hombres del poder oficial- admita como derecho (cualquiera que sea su contenido) es tan vacíamente formal como afirmar que es derecho lo que el grupo social admita como

derecho (cualquiera que sea el contenido). En uno y otro caso se trata de un formalismo, porque no importa para la determinación de lo jurídico cual sea su *contenido,* aceptado de forma estatal o social. Ese contenido puede, así, ser cualquiera. El formalismo social, por ser más amplio (cualquier grupo social, y no solamente el grupo social estatal, le determinaría), apenas elude su crudo formalismo, aunque crea la ilusión de alcanzar un contenido legítimo.

El formalismo social recorre prácticamente a todos los autores de la Sociología jurídica, incluso los más recientes. Un examen más atento descubriría, en realidad, que conocidas definiciones del derecho como hecho social, como las de Durkheim (1960: 27-34 y 205-209), Weber (1972: 17, 1960: 102), Ehrlich (1929: 399, *Introducción* 8, 29-30, 130 y 405), Gurvitch (1960: 189 y 188-190), Luhmann (1983: 105 y 104), y muchas otras, pueden poseer prácticamente *cualquier contenido,* pues pueden alcanzar contenidos claramente contradictorios, y, así, aparte de que el derecho sea un fenómeno social, afirman realmente muy poco.

Ni siquiera Cowan, a pesar de hablar de una compensación de valores de pensamiento con valores de sentimiento no jurídicos, llega a una especificación definitoria del derecho (Cowan, 1958: 471, 467 y 473).

Ahora bien, tanto el formalismo legal-dogmático como el socialcrítico son pre-iluministas porque ambos escapan a la cuestión de especificar conceptualmente una composición de contenido mental o social del derecho. Ambos son impotentes en apariencia para conocer una realidad que parece compleja y contradictoria, y se refugian en perspectivas cognitivas que son más que formales, formalistas, aunque más amplias que las anteriores por ser socio-grupales.

En realidad, afirmar que el derecho es un fenómeno estatal, o añadir que no es sólo estatal, sino social, e incluso anti-estatal, es muy poco, porque en definitiva todo eso quiere significar que el derecho es un fenómeno social, ya sea estatal o no. A esta evidencia es a lo que se limita casi siempre la determinación esencial que hacen de su objeto la ciencia y la filosofía jurídica actuales, con variaciones definitorias que no alcanzan realmente un *contenido* general real.

Imagínese una ciencia química que afirmarse tan sólo que el agua es un compuesto químico, y se despreocupase de su composición. Se podría entonces confundir H_2O con H_2SO_4, ya que ambos son compuestos químicos. ¿Qué Química sería esa, incapaz de definir los contenidos de sus compuestos?

El derecho es un fenómeno social, pero otros fenómenos sociales no son derecho. Afirmar que el derecho es un fenómeno social (estatal o no) es perfectamente análogo, en su inespecificidad, a decir que el agua es un compuesto químico.

Una ciencia jurídica o una filosofía del derecho con tal inespecificación, y, por tanto, con tal vaguedad, ¿pueden llegar sin pudor a un tercer milenio que probablemente será cada vez más iluminísticamente crítico?

Es preciso proclamar cuanto antes que el rey está desnudo para que éste pueda cubrirse. Cubrirse de una ciencia menos imprecisa y por tanto de una filosofía menos vaga[2].

3. Ciencia social y ciencia social del derecho en la transición hacia el tercer milenio: la denuncia científico-racional de los factores de desequilibrio

Las ideologías y las filosofías de la justicia, de la libertad y de la igualdad pretenden explicar desde hace siglos los desequilibrios sociales, teniendo por finalidad la construcción, a través de la práctica, de sociedades armónicamente cohesionadas. Pero su discurso ha sido vago y, de este modo, poco apto para contribuir a desarticular los centros reales del poder económico y político, que, por el contrario, extraen de ese carácter vago la posibilidad del uso de la bandera liberal al servicio de sus intereses. Así nos enfrentamos con concepciones que -en el propio nombre de la justicia y de un liberalismo de pretendidos resultados populares- legitiman aquel poder real de unos pocos.

Ahora bien, cualquiera que sea la ideología contemporánea que haya alcanzado el poder real, el equilibrio de las respectivas sociedades es claramente inestable, al vivir permanentemente todas las naciones en crisis más o menos acentuadas a nivel nacional o internacional. Un claro ejemplo de ello es la repentina y espectacular caída del llamado «socialismo real», que es realmente la caída de los socialismos dictatoriales europeos. O los súbitos levantamientos de grupos sociales discriminados y empobrecidos en un país que pretende ser el centro internacional de la democracia política. O los crónicos conflictos armados internacionales susceptibles de ser explicados por razones fundamentalmente económicas.

Por tanto, si el objetivo práctico es conseguir el equilibrio (cohesión,

---

[2] No se niega evidentemente que, bajo la influencia del iluminismo, se hayan realizado separaciones conceptuales, como aquella que distingue entre derecho y moral (en este sentido Coelho, 1987: 397). Pero esas separaciones, en razón de su carácter impreciso, son en rigor apenas pre-iluministas, ya que el iluminismo se caracteriza por el aprecio por la razón científica y, en consecuencia, por la mayor precisión posible, confiando en la extensión del resultado de las ciencias experimentales a todo el conocimiento (cf. Binetti, 1986: 606).

integración) estable de las sociedades contemporáneas, existe evidentemente una falla para lograr tal objetivo. Entretanto, ¿tendrá una ciencia social, y una ciencia social del derecho, alguna respuesta para eso en estos últimos años de transición hacia el tercer milenio?

No se trata evidentemente de adaptar *(«engajar»)* la ciencia empírica, lo que tendría como resultado una ciencia bastante menos objetiva, al comprometerse previamente y con fuerza con una ideología; y por tanto con premisas, en la mejor de las hipótesis, dudosas (desde el punto de vista de la prueba empírica controlada del conocimiento). Se trata más bien de que, al describir y explicar la ciencia empírica la realidad tal como ésta parece ser, y al establecer sus proposiciones no simples correlaciones, sino más bien conexiones casuales, un resultado previsto científicamente se puede desear o no. Ahora bien, esa opción ideológica no tiene la posibilidad de perturbar la objetividad científica, simplemente porque es posterior a la actividad de la ciencia.

Jerarquía, competición (lucha pacífica) y conflicto (lucha) son procesos sociales de alejamiento en el espacio socio-interactivo que apenas pueden, en determinadas circunstancias, prevenir alejamientos aún mayores. Así, la lucha violenta de la policía contra los delincuentes puede prevenir la desintegración social más que si se dejase a éstos actuar sin control. Entretanto, no parece haber dudas razonables de que, en sí mismos, jerarquía, competición y conflicto son procesos siempre de alejamiento porque son explicables por la percepción (preponderante) de diferencias en el respectivo espacio socio-interactivo. De esa manera, en la medida en que disminuyan las posibilidades de alejamiento por la disminución de los procesos de alejamiento social, aumentarán las posibilidades de que éstos sean únicamente disociativos.

Por el contrario, la cooperación es siempre un proceso social de aproximación en el espacio social, sin restricción, pues es explicable por la idea de semejanza (preponderante) en su espacio socio-interactivo.

La ciencia describe y explica, no dice lo que debemos querer. Pero si queremos ideológicamente un equilibrio (cohesión, integración) social estable, la premisa para obtener ese efecto, lo sabemos científicamente, no puede poner el énfasis en la jerarquía, la competición y el conflicto, por la simple razón de que éstos son siempre procesos de alejamiento (desintegradores). Para lograr este efecto (equilibrio social estable), el énfasis tendrá que ponerse en el proceso de cooperación, que es siempre un proceso de aproximación (integrador).

Las dictaduras socialistas europeas se derrumbaron porque pusieron su acento en los procesos de jerarquización política y económica

(estatalización enfática). Probablemente también se desmoronará el capitalismo, porque acentúa los procesos jerárquicos de poder económico y se afirma estar especialmente fundamentado en la competición, que es un proceso desintegrador. Y teóricamente, no considera que esos sistemas sociales hayan sido, en su inestabilidad, conflictivos y belicosos, aumentando con ello el espacio de desintegración.

Desde una perspectiva teórico-científica todo parece muy claro: la cooperación siempre aproxima, la jerarquización, la competición y el conflicto siempre alejan. Si se quiere que predomine la aproximación inter-humana, tendrá que ponerse el énfasis en la cooperación y no en jerarquías, competiciones y conflictos, aunque estos últimos procesos no parezcan eliminables de nuestra actual naturaleza humana que, evidentemente, no es angelical (para una exposición más detallada, Souto, 1984: 34-36, 38-39, 48-52, 57-59; 1988: 103-128; 1990: 535-563).

Todo parece indicar que a lo largo de la historia, se puede destacar la disminución, en general, del autoritarismo. Así, parece como mínimo posible, si no probable, que los próximos mil años se encaminen en el sentido de una atenuación no sólo de las jerarquías (que serían cada vez más grupales y menos personales), sino también de las competiciones y de los conflictos, con un aumento coetáneo de los procesos cooperativos. Correspondió a nuestra época la violencia nuclear contra Japón. Este hecho ha permanecido hasta ahora aislado, y no hay en la actualidad ni una impunidad de la violencia comparable a la de los déspotas antiguos, ni es la violencia de hoy tan manifiesta como la de los grandes de la antigüedad. Es muy posible entonces que tal tendencia no se invierta y que más bien progrese en el tercer milenio, lo que puede llevar a prestigiar más a la moralidad y la intelectualidad que al puro poder económico y/o político[3].

Si una ciencia social menos imprecisa evidencia, con rigor metodológico, que la jerarquización, la competición y el conflicto son procesos sociales en sí mismos desintegradores, una ciencia social del derecho tendrá que intentar definir menos formalmente (y por tanto con menor imprecisión sustantiva o de contenido) su objeto. De este modo, le será posible establecer proposiciones menos formales y menos imprecisas en cuanto al contenido, sobre las relaciones entre derecho y realidad social.

---

[3] Reale observa analógicamente que el espíritu de la Era Contemporánea «es de creciente sentido axiológico», pues siente el hombre «todos los riesgos de perder el valor supremo de su *ser personal en el Mundo*». (Reale, 1981: 144) y Arnaud se refiere a la época posmoderna como un tiempo de esperanza (no de certeza, «pues el investigador es ante todo un escéptico)»: la esperanza de mejora de las condiciones sociales de vida. Época esa en que es preciso no sólo ver la influencia de la ética sobre el derecho, sino también la de los hechos (Arnaud, 1991: 248 e 229).

Si se quiere calificar como «derecho» un fenómeno social que tenga el máximo posible de seguridad de contenido (y que no disponga sólo de la seguridad inestable de la fuerza), parece evidente que tendría que ser aquel fenómeno informado del conocimiento sustantivo menos inseguro de los que se conocen, el científico-empírico (conocimiento verificable a través de la observación controlada de los hechos). Derecho sería entonces la idea de «justicia» informada científico-empíricamente. Y una definición menos imprecisa en sí misma de «justicia», sería aquella que la contemplase, realistamente, tan sólo como el sentimiento de agradabilidad (sentimiento del «deber ser» del hombre normal -y detrás de este afecto, en cuanto fundamento del mismo, y fundamento de lo afectivo en general, estaría el poderoso impulso animal de conservación del individuo y de la especie, el impulso de «ser» (para una exposición menos sumaria, Souto, 1992: 19-48).

Al impulso de «ser» le importa fundamentalmente la conservación y, en consecuencia, la cohesión, y la cohesión más estable posible, del grupo de que es parte, desde la sociedad humana hasta los grupos específicos. Esa cohesión, por tanto, interesa fundamentalmente al derecho, no entendido formalmente como poder estatal o social, sea cual sea su contenido, sino entendido en su contenido como idea, de acuerdo con la ciencia empírica e informando el sentimiento humano de agradabilidad.

Si hay, pues, ciertamente «legalidad» en el énfasis actual en los procesos sociales de jerarquización, competición y conflicto, difícilmente el tercer milenio llegará a ver la «juridicidad» -si es que desea la cohesión estable de los espacios sociales.

4. Conclusión

Si iluminismo significa espíritu libremente crítico y libremente creativo, todavía no hay iluminismo en un conocimiento jurídico que se considere sujeto a un dogma y que se vuelva imperialista más allá de sus límites propios y aceptables (que serían los de una ciencia, sobre todo, de la forma del derecho), no sin antes pretender, explícita o implícitamente, ser la ciencia jurídica -la ciencia del derecho «propiamente dicha», bajo el nombre manifiestamente no iluminista de Dogmática Jurídica.

Pero si esa ciencia formal del derecho es pre-iluminista y ese saber dogmático es insuficientemente crítico, también es pre-iluminista una ciencia social del derecho, ciertamente más crítica que la Dogmática Jurídica, aunque insuficientemente creativa -y precisamente por ello aún insuficientemente crítica. Pues esa ciencia social

jurídica rehuye casi siempre el problema de la definición del contenido de su objeto, el derecho, amparándose en el formalismo de definirlo por las formas sociales con las que se presenta. En su lógica científica, utiliza métodos y técnicas de investigación cada vez más rigurosos, pero en cuanto a su objeto, no interviene en la lucha fundamental de la creatividad sustantiva. Existe como un temor a enfrentarse cara a cara con el objeto, aunque no con su contenido esencial. Y esa atmósfera definitoria pre-iluminista ensombrece la posibilidad de creación de proposiciones científico- sustantivas rigurosamente explicativas.

Por su parte, la Filosofía Jurídica, casi siempre sin una base disponible de ciencia empírica de derecho menos formalista y más sustantivamente rigurosa, no puede más que contar con demostraciones puramente racionales, sin control empírico riguroso, arriesgándose fuertemente a desvaríos de la razón que pueden expresarse en juegos de lenguaje y en *«filodoxias»* más o menos claras. Y se da aquí, de nuevo, un clima pre-iluminista (cf. Nader, 1991: 6 y 8).

A pesar de ello, ya existen indicios de concienciación respecto del problema y todo parece indicar que el tercer milenio se encaminará paulatinamente desde el formalismo teórico o práctico sobre el derecho hacia una crítica, en fin, iluminista, intelectualmente sustantiva y creativa, volcada en la definición y explicación científica y filosófica de contenidos sociales más definidamente realistas y, por eso, que perciba mejor la realidad de los ideales.

(Trad. de Adelaide de Almeida Nascimento)

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LAS REGLAS TÉCNICAS

Basta una ojeada a las obras de algunos de los autores que se han ocupado del fenómeno normativo para sentirse abrumado por la variedad y profusión de los tipos de normas que éstos suelen mencionar. Normas primarias, normas secundarias, reglas constitutivas, reglas regulativas, reglas que imponen deberes, reglas que confieren poderes, reglas permisivas, normas cualificatorias, reglas técnicas, prescripciones, reglas anankástico-constitutivas, reglas nómico-constitutivas, etc., son algunas de las entidades que aspiran a integrar el universo normativo. A veces se habla de distintos tipos de normas; otras, de sentidos diferentes del término. De algunos de estos tipos o sentidos se dice que son reductibles entre sí; de otros se dice lo contrario. Unos se consideran normas en un sentido central; otros, a veces, sólo en un sentido «periférico»... G. H. von Wright -uno de los autores más interesados por la filosofía de las normas- ha contribuido a esta proliferación de clases de normas distinguiendo tres tipos «principales» y tres tipos «menores»: por un lado, las reglas definitorias, las reglas técnicas o directrices y las prescripciones; por otro, las reglas ideales, los principios morales y las costumbres[1].

Sostener la existencia de alguno o algunos de estos tipos de normas (o negar su especificidad) hace necesario entrar en una serie de discusiones a las que, en última instancia, subyace un mismo problema: un problema que quizá podríamos llamar el de «las fronteras del fenómeno normativo». Ha sido usual distinguir entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo y confinar el fenómeno normativo dentro del lenguaje prescriptivo. Esta tesis tiene importantes consecuencias

[1] G. H. von Wright, *Norma y acción*, cap. I («De las normas en general»), Ed. Tecnos, 1979, trad. Pedro García Ferrero, págs. 21-37.

para la filosofía práctica en general (como la ley de Hume) y para la filosofía del Derecho en particular (como el prescriptivismo jurídico). Pero muchos filósofos se han opuesto a esta reducción de todos los tipos de normas al lenguaje prescriptivo, señalando que para muchos enunciados que consideraríamos normativos es tan inadecuada la calificación de prescripciones como la de descripciones. Las reglas constitutivas serían un ejemplo. Otro podría estar constituido por las reglas técnicas.

Las reglas o normas técnicas han generado perplejidades (¿pueden considerarse verdaderas o falsas?), confusiones (¿qué diferencia existe entre las reglas técnicas y la descripción de una relación entre medios y fines?) y propuestas basadas en malentendidos (por ejemplo, cuando se afirma que todas las normas de los ordenamientos jurídicos son reglas técnicas) que sugieren que en ellas el problema de las «fronteras del fenómeno normativo» se suscita de una manera especialmente intensa. Con el fin de tratar de hacer alguna aportación a su estudio, voy a exponer más o menos sistemáticamente algunas observaciones que, de una manera dispersa, aquí y allá, ha señalado von Wright acerca de las reglas o normas técnicas (1) y, seguidamente, propondré una reconstrucción de estas observaciones a la luz de ciertas nociones de la teoría de los actos de habla de John Searle (2).

1. Las reglas técnicas o directrices en la obra de von Wright

1.1. Las reglas técnicas y las proposiciones anankásticas.

Las reglas técnicas o directrices, señala von Wright en *Norma y acción,* «guardan relación con los *medios* a emplear para alcanzar un determinado *fin*»[2]. No nos obligan a asumir determinados fines, pero -de alguna manera- nos «imponen» los medios para conseguir tales fines. Por ello, uno de los elementos necesarios en las normas técnicas es el deseo o la intención del agente de alcanzar un determinado fin: La formulación típica de estas normas adopta la forma de una

[2] Von Wright, *Norma y acción,* pág. 29. Von Wright parece asumir que estos medios han de ser condición necesaria del fin que se desea pero, como veremos más adelante, quizá también puede hablarse de reglas técnicas cuando el medio sea una condición suficiente del fin o simplemente una condición que contribuye a su realización. Otra cuestión que no queda clara en la obra de von Wright es si la relación entre medios y fines ha de ser causal o puede ser también de otro tipo (por ejemplo, lógica). De momento, entenderé que la relación es de necesariedad y de carácter causal, pero volveremos sobre esto al final del trabajo.

oración condicional en cuyo antecedente se menciona la cosa que se desea y en cuyo consecuente se menciona «algo que tiene que (hay que, debe) o no tiene que hacerse»[3]. Las instrucciones para el uso serían ejemplos de directrices; asimismo, la oración «Si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla», expresa, según von Wright, una norma técnica.

Las normas técnicas no deben confundirse con las normas hipotéticas, que tienen una formulación típica semejante. Estas son *prescripciones* «relativas a lo que debe, o puede, o tiene que no hacerse cuando surge determinada contingencia»[4]. Von Wright señala que «una diferencia entre normas hipotéticas y técnicas es que la respuesta a la pregunta ¿qué está sujeto a una condición? Es diferente para los dos tipos de norma. En el caso de la norma hipotética es el *contenido* de la norma lo que está sujeto a condición. En el caso de una norma técnica, es la *existencia de la norma* lo que está sujeto a condición. La oración 'si-entonces' dice: En el caso de que desees eso como fin (y no lo otro), entonces debes (puedes, tienes que no) hacer esto y esto»[5]. Las normas técnicas también deben distinguirse -pero la tarea es más difícil- de las proposiciones anankásticas.

Una proposición anankástica es un enunciado que afirma que una determinada cosa es una condición (necesaria) para un resultado, un enunciado que expresa una relación entre medios y fines. Las proposiciones anankásticas, a diferencia de las directrices, son descriptivas y, por tanto, verdaderas o falsas (es algo que veremos enseguida). Un ejemplo de proposición anankástica sería: «Para hacer la cabaña habitable, debe calentarse» (o «la cabaña no será habitable a menos que se la caliente»)[6]. Entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas existe una conexión lógica: «Cuando se da la directriz 'Si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que instalar calefacción' se *presupone* (lógicamente) que si la cabaña no es acondicionada con calefacción no llegará a ser habitable». De manera que las normas técnicas se fundan siempre en proposiciones anankásticas.

La distinción entre normas técnicas y proposiciones anankásticas es, sin embargo, una distinción poco clara. Como señala Ricardo Guibourg, «afirma von Wright que las primeras presuponen las segundas, pero la diferencia entre ambas parece residir en la mayor o

---

[3] Von Wright, *Norma y acción,* pág. 29.

[4] Von Wright, *Norma y acción,* pág. 29.

[5] Von Wright, *Norma y acción,* pág. 179. «Si esto es así -añade von Wright- la propia *norma* técnica es categórica y no hipotética. La existencia de la norma, sin embargo, es hipotética».

[6] Von Wright, *Norma y acción,* pág. 29.

7 Von Wright, *Norma y acción,* pág. 29.

menor personalización del enunciado y en el uso del modo imperativo. Acaso la distinción sería más clara si supusiéramos la proposición anankástica como «instalar calefacción es el único modo de hacer habitable la cabaña» (descripción de una necesidad técnica) y la directriz como «debo instalar calefacción» (apreciación normativa personalizada en relación con alguien que da por supuesto *su* deseo de llegar a cierto fin y asume por lo tanto la necesidad de adoptar el medio conducente a él)»[8].

Una manera de concretar más estas distinciones y de precisar la relación de las normas técnicas con el razonamiento que guía la acción puede ser ponerlas en relación con la inferencia práctica, como hace von Wright en *The Varieties of Goodness.*

1.2. Necesidades prácticas y normas técnicas

En *The Varieties of Goodness*[9] von Wright distingue tres aspectos de las normas: (1) normas como mandatos, (2) normas como reglas y (3) normas como necesidades prácticas. Estos tres aspectos de las normas tienen tres formulaciones típicas distintas: las oraciones imperativas, las oraciones con verbos deónticos y las oraciones con verbos anankásticos («tienes que»)[10]. De estos tres aspectos de la norma, la necesidad práctica es el que más nos interesa en relación con las normas técnicas.

Una necesidad práctica surge de la combinación del deseo de un determinado fin con el conocimiento de los medios necesarios para alcanzar ese fin. El esquema de este silogismo -o de una de las modalidades del mismo- es como sigue:

a) Tu quieres *q*.
b) A menos que hagas *p*, no conseguirás *q*.
c) Por tanto, tienes que hacer *p*.

La primera premisa expresa un deseo; la segunda premisa expresa una necesidad causal; por último, la conclusión expresa lo que von Wright propone llamar una *necesidad práctica*[11]. Desde

---

[8] Ricardo Guibourg, «La teoría de las normas en Georg Henrik von Wright», *Anuario de Filosofía Jurídica,y Social,* núm. 5, 1985, pág. 97.

[9] Von Wright, *The Varieties of Goodness,* Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, págs. 157 y ss.

[10] No obstante, la correspondencia entre los aspectos de la norma y sus «contrapartidas» lingüísticas, como reconoce von Wright, no se mantiene rigurosamente en el lenguaje ordinario.

[11] Von Wright, *The Varieties of Goodness,* pág. 161.

esta perspectiva, una norma técnica como «Si quieres *q*, tienes que hacer *p*» es «una forma contraída del silogismo que, saltando la segunda premisa, procede directamente de la primera premisa a la conclusión»[12]. De manera que las reglas técnicas participan de los tres componentes de un silogismo práctico: un enunciado que expresa un deseo; un enunciado que expresa una necesidad natural, que es la proposición anankástica en la que se fundamenta la norma técnica; y, por último, una conclusión que expresa una necesidad práctica.

1.3. Normas técnicas y la ley de Hume. Relaciones entre normas técnicas y normas deónticas

Uno de los intentos de derivación del deber ser a partir del ser se debe a Max Black, quien toma, precisamente, a los juicios normativos técnicos y a la inferencia práctica como eje de la argumentación. El ejemplo de Max Black es el siguiente:

a) *A* quiere dar jaque mate a *B*.
b) A menos que *A* mueva la reina no podrá dar jaque mate a *B*.
c) *A* debe mover la reina.

Tanto a) como b) son premisas descriptivas. La conclusión c) es, sin embargo, según este autor, una premisa descriptiva[13]. Que se use como ejemplo el juego del ajedrez puede provocar el error de suponer que se trata de una argumentación semejante a la de Searle[14], pero lo relevante aquí no es que se trate de un contexto institucional (el juego, en este caso; la promesa, en el intento de Searle): si *A* debe mover la reina no es porque ése sea un movimiento necesario para jugar al ajedrez -seguiría jugando aun cuando no lo hiciera-, sino porque es la única manera de dar jaque mate en esa situación.

En contra de Black, von Wright niega que nos encontremos ante un caso en el que se haya producido un paso del ser al deber ser. La conclusión, para von Wright, es un deber técnico, que pertenece al

---

[12] Von Wright, *The Varieties of Goodnees,* pág. 162.

[13] Sobre el intento de Black de derivar enunciados prescriptivos de enunciados descriptivos puede verse G. H. von Wright, «Is and Ought», en *Man, Law and Modern Forms of Life,* E. Bulygin et al. (eds.), pág. 265 y ss.; y José Hierro, *Problemas del análisis del lenguaje moral,* Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 144 y ss.

[14] Para John Searle puede pasarse del «ser» al «deber ser» dentro de ciertos sistemas institucionales. Véase *Actos de habla,* Ed. Cátedra, 1980, Cap. VI: «La falacia de la falacia naturalista».

mundo del ser[15]. Pero lo interesante es que estos deberes técnicos pueden aparecer enlazados a deberes genuinamente normativos, lo que puede hacer difícil distinguirlos. Por un lado, un deber técnico -señala von Wright- puede respaldar una norma jurídica o una orden, puede ser parte del razonamiento que lleva a promulgar una ley u ordenar algo. Por otro lado -continúa-, dado un deber deóntico, puede ser que consideremos que, a menos que hagamos *x* o *y*, no podremos cumplir con ese deber; entonces surge un deber técnico, una necesidad práctica, de la existencia de un deber deóntico[16]. Si consideramos la posibilidad de que los deberes deónticos den lugar a deberes técnicos, entonces es fácil confundir unos y otros.

1.4. Reglas técnicas y verdad

En *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*[17] von Wright sugiere que la cuestión de la verdad o falsedad de las normas puede ponerse en relación con la cuestión acerca de cómo se relacionan las normas de un sistema dado con algún conjunto de fines o valores. «Las normas que en sentido estricto pueden ser derivadas de un conjunto dado de fines -afirma von Wright- pueden considerarse verdaderas o falsas con relación a esos fines (y a las restricciones a la posibilidad natural)»[18].

Para comprender este específico sentido de «verdad» que depende de su relación con fines conviene introducir, por un lado, la distinción entre posibilidad o capacidad natural y posibilidad o capacidad deóntica y, por otro, el concepto de «árbol de la vida».

1.4.1. Pueden distinguirse (entre otros) dos tipos de posibilidad de actuar o capacidad: la posibilidad natural y la posibilidad deóntica. La capacidad natural es «capacidad sujeta sólo a las restricciones impuestas por las leyes de la naturaleza, incluyendo las limitaciones a la capacidad innata del hombre para crecer y aprender»[19]. Por el contrario, cuando decimos en un sentido deóntico o normativo que un agente puede hacer cierta cosa, «queremos decir que al hacer esta cosa no violará un conjunto de reglas (normas) o condiciones tales

[15] Von Wright, «Is and Ought», pág. 277.
[16] Von Wright, «Is and Ought». págs. 276 y 277.
[17] Von Wright, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción,* UNAM, 1976, trad. Ernesto Garzón Valdés.
[18] Von Wright, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción,* pág. 85.
[19] Von Wright, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción,* pág. 69.

como, por ejemplo, las reglas de un cierto orden jurídico o de un código moral»[20]. Partiendo de estos dos conceptos, podemos distinguir entre un «árbol de la vida natural» y un «árbol de la vida deóntico». El primero «es una representación de cómo una persona puede vivir (arreglar su vida) dentro de los límites de sus capacidades y del orden causal»[21]; el segundo «refleja un orden normativo o 'ley' que regula la vida de un individuo (a lo largo de un cierto lapso, contando desde el presente) (...). En el árbol podemos ver o 'leer' exactamente lo que este individuo está obligado o tiene permitido hacer en cada etapa y en cada una de las vidas posibles que él puede vivir 'legítimamente'»[22]. Así, «la forma de un árbol de la vida naturalista puede decirse que refleja una ley u orden natural», mientras que «la forma de un árbol de la vida deóntico refleja una ley u orden normativo»[23].

Supongamos -sugiere von Wright- un árbol de la vida sin limitaciones naturales ni deónticas (un «árbol de la vida lógico»). Tanto el árbol de la vida naturalista como el árbol de la vida deóntico surgen de este árbol sin restricciones a través de un proceso de «poda». El resultado de esta poda son las leyes de la naturaleza y las leyes de los sistemas normativos. ¿Cuáles son los criterios («principios») para reducir el árbol de la vida lógico a un determinado árbol de la vida deóntico?

En opinión de von Wright, «un caso extremo es cuando el principio o los principios hacen posible una rigurosa derivación lógica de lo que debería ser obligatorio, permitido y prohibido en el curso de cualquier vida posible del individuo o individuos en cuestión»[24]. Supongamos, por ejemplo, una ética utilitarista. Si aceptamos que podemos dar un contenido preciso a la noción de bondad, podemos utilizar el principio moral supremo utilitarista para extraer del árbol lógico la forma exacta del árbol deóntico de la vida. Este sería un ejemplo de cómo las normas se relacionan con ciertas bases axiológicas[25].

1.4.2. Detrás de muchas normas podemos encontrar (más o menos explícitamente) fines o valores. Detrás de las normas jurídicas, por ejemplo, encontramos fines que «consisten en cosas tales como el mantenimiento del orden y la seguridad, una justa distribución de los bienes materiales y culturales, etc.» Ahora bien, «estos

[20] Von Wright, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, pág. 69.
[21] Von Wright, *Un ensayo*..., pág. 67.
[22] Von Wright, *Un ensayo*..., págs. 79 y 80.
[23] Von Wright, *Un ensayo*..., pág. 83.
[24] Von Wright, *Un ensayo*..., pág. 84.
[25] Von Wright, *Un ensayo*..., pág. 84.

fines axiológicos situados detrás del orden jurídico muy pocas veces, quizá nunca, están claramente articulados. Por esta razón no es fácil pensar que las normas de un orden jurídico sean derivables, en un sentido lógico estricto, de los fines o valores a los que se supone (vagamente) que sirve este orden jurídico en su totalidad»[26].

De manera que podríamos trazar un continuo o una escala según la relación de las normas con los fines, esto es, según la intensidad con la que éstas fueran derivables de ciertos fines. En un extremo de este continuo estarían las normas puramente convencionales (como las reglas de los juegos), que no tendrían ninguna relación con la verdad. En el otro extremo estarían las reglas técnicas, que serían «verdaderas o falsas con relación a aquellos fines [de los que pueden derivarse]»[27].

2. Una reconstrucción: reglas técnicas y actos de habla

2.1. El filósofo indiscreto. Ambigüedad y acto de habla indirectos

Creo que muchas de las dificultades para esclarecer el concepto de regla técnica se deben a ciertas confusiones entre a) regla técnica, b) proposición anankástica y c) necesidad práctica (o deber técnico). En este apartado voy a tratar de ofrecer algunas pautas para trazar una distinción más nítida entre estos tres conceptos. Para ello, voy a considerar a las reglas técnicas como el resultado de un acto de habla básicamente directivo, con lo que hago depender su existencia del lenguaje. En el siguiente apartado sugeriré las características peculiares de los actos de habla cuyo resultado son reglas técnicas.

El punto de partida en este apartado serán las siguientes dos advertencias (de las cuales el segundo supuesto puede considerarse un caso extremo del primero): 1) Un mismo enunciado puede expresar, según el contexto, una proposición anankástica o una regla técnica y 2) un enunciado con la forma característica de las proposiciones anankásticas puede expresar en realidad una regla técnica y un enunciado con la forma característica de las reglas técnicas puede expresar en realidad una proposición anankástica.

Trataré de mostrar esto con ejemplos.

2. 1. 1. Un profesor de filosofía cena solo en un restaurante. Nuestro filósofo apenas presta atención a lo que está comiendo, tal es su grado de abstracción. La capacidad para «estar en las nubes» es una de las características más comunes de los filósofos. La otra,

---

[26] Von Wright, *Un ensayo*..., pág. 85.
[27] Von Wright, Un *ensayo*..., pág. 85.

probablemente, es su curiosidad, que a veces (como en este ejemplo) raya la indiscreción: de vuelta de sus cavilaciones nuestro personaje oye al azar un fragmento de la conversación de una mesa cercana. Alguien llamado Pedro le dice a alguien llamado Alfredo: «Si se quiere que el núcleo de un átomo se desintegre se le tiene que bombardear con partículas β».

Nuestro filósofo sólo ha podido escuchar esta frase y carece de conocimientos en esa materia, pero ello no le impide entregarse a algunas especulaciones:

a) «Si se quiere que el núcleo de un átomo se desintegre se le tiene que bombardear con partículas β». Eso es lo que ha dicho Pedro. Es razonable poner estas palabras en boca de un físico; Alfredo -observa el filósofo-, por el contrario, tiene aires de empresario. Probablemente Alfredo haya estado tratando de desarrollar alguna invención que le resulte lucrativa, pero no ha logrado tener éxito. Quizá Alfredo ha invitado a cenar a Pedro para preguntarle qué debe hacer para tener éxito en el experimento, y la frase que ha llegado a oídos del filósofo es la respuesta de Pedro. Alfredo ha planteado una demanda, pero no una demanda de información descriptiva. A Alfredo no le interesa un determinado conocimiento teórico, le tiene sin cuidado. Alfredo quiere saber qué hacer, no qué pasa si tal cosa o tal otra sucede. Es un «interesado», no un «curioso»: Alfredo plantea una pregunta cuya respuesta satisfactoria es un enunciado con una «dirección de ajuste mundo a palabras»[28].

---

[28] «Algunas ilocuciones tienen como parte de su objeto ilocucionario el llevar a las palabras (más estrictamente, su contenido proposicional) a encajar con el mundo, otras el llevar al mundo a encajar con las palabras. Las aserciones pertenecen a la primera categoría, las promesas y ruegos a la segunda». John Searle, «Una taxonomía de los actos ilocucionarios», *Teorema*, vol. VI/1, 1976, pág. 45.

El concepto de «dirección de ajuste» se entiende fácilmente con un ejemplo: Supongamos que un hombre va al supermercado con una lista de compras que le ha dado su mujer en la que están escritas las palabras «habas, mantequilla, bacon y pan». Supongamos que mientras él anda por allí con su carrito seleccionando esos elementos es seguido por un detective que escribe todo lo que él coge. Cuando salen de la tienda, comprador y detective tendrán listas idénticas, pero la función de ambas listas será completamente diferente. En el caso de la lista del comprador el propósito de la lista es, por así decirlo, llevar al mundo a encajar con las palabras (dirección de ajuste mundo a palabras). Si cuando el comprador vuelve a casa su mujer le advierte que ha comprado chuletas de cerdo en lugar de bacon, el error no puede corregirse cambiando la lista. En el caso del detective el propósito de la lista es, por el contrario, hacer que las palabras encajen con el mundo (dirección de ajuste palabras a mundo). Si el detective vuelve a casa y se da cuenta de que el comprador había comprado chuletas en lugar de bacon, puede corregir el error simplemente cambiando la lista.

El ejemplo es de G. E. M. Ascombe, *Intención,* Ed. Paidós, 1991, pág. 109.Citado también en Searle, «Una taxonomía de los acto ilocucionarios», págs. 45 y 46.

Nuestro filósofo, estudioso de la filosofía de las normas, puede llegar entonces a la conclusión de que el enunciado de Pedro -«Si se quiere que el núcleo de un átomo se desintegre se le tiene que bombardear con partículas β»- era una regla técnica. Se trata de indicarle a Alfredo qué es lo que tiene que hacer, puesto que desea tener éxito en su experimento. Se trata de responder a la pregunta «¿qué hacer?». Obviamente, con esto Pedro también está transmitiendo cierta información: nuestro filósofo, al oír la regla técnica, aprende que un núcleo atómico se desintegra cuando recibe un bombardeo de partículas β. Pero esto no es una peculiaridad de las reglas técnicas. Como recuerda Guibourg, sea cual sea la forma gramatical empleada, «las distintas funciones del lenguaje rara vez se nos presentan en forma pura. Una orden pretende obtener de nosotros una conducta, pero a la vez nos proporciona cierta información sobre las preferencias de quien la emite, y es fácil hallar también en ella la expresión de cierta actitud emotiva: el deseo del emisor por aquello que prescribe, o su rechazo por aquello que prohíbe»[29]. En el caso de las reglas técnicas, una «función secundaria» de carácter descriptivo se muestra -por las razones que más adelante veremos- de manera especialmente fuerte (lo que hace difícil distinguir la regla técnica de la proposición anankástica y, consecuentemente, nos lleva a pensar que las reglas técnicas cierta relación con la verdad)[30]. Pero es posible imaginar contextos (como el de nuestro ejemplo) en el que la función directiva de estas reglas aparece «más pura».

b) Sin embargo, -continúa el filósofo de nuestro ejemplo-, es también muy posible que tanto Pedro como Alfredo sean compañeros de trabajo. Quizá se trata de una conversación entre dos físicos en la que se discute acerca de ciertas relaciones causales. Quizá Pedro acaba de hacer un importante descubrimiento y está describiendo a Alfredo una regularidad que ha observado: si y sólo si un núcleo atómico es bombardeado con partículas β, se desintegra. De manera que bombardear un núcleo atómico con partículas β es necesario para desintegrarlo. Alfredo puede encontrar esto sumamente interesante: ¿Interesante, para qué? Interesante... para nada. Interesante sin más. Alfredo es «curioso», no «interesado». Simplemente quiere saber, reducir su ignorancia. Quizá la conversación se ha iniciado porque Alfredo ha preguntado: «¿cuándo, en qué condiciones, se puede desintegrar un núcleo atómico?»; y Pedro le

[29] Ricardo Guibourg, *Introducción al conocimiento jurídico*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 100.

[30] Como veremos más adelante, algunos autores, por ejemplo John Searle, consideran que todos los enunciados tienen un contenido proposicional o descriptivo.

ha contestado: «Si se quiere que el núcleo de un átomo se desintegre se le tiene que bombardear con partículas β». Este enunciado expresa entonces una proposición anankástica. Pedro podría haber contestado: «Bombardear con partículas β es la única manera de que un núcleo atómico se desintegre». Si lo hubiera hecho así, la finalidad meramente descriptiva de su contestación hubiera sido quizá más clara. Pero en ciertos contextos (como en el de nuestro ejemplo) la función primaria descriptiva del enunciado no da lugar a confusiones. Su «dirección de ajuste» es «palabras a mundo»: no se trata de que Alfredo haga algo, sino de que aprenda algo acerca del mundo.

2.1.2. Hasta aquí no he hecho nada más que repetir algunas cuestiones básicas acerca de las diferencias entre discurso teórico y discurso práctico, pero lo he hecho tratando de mostrar que en los enunciados en los que aparecen términos anankásticos se da una ambigüedad semejante a la ambigüedad de los enunciados en los que aparecen términos deónticos. Una misma oración con un verbo deóntico puede expresar tanto una prescripción como una proposición normativa. Una misma oración con un verbo anankástico puede expresar tanto una proposición anankástica como una regla técnica. Esta ambigüedad, sin embargo, no es del todo paralela a la ambigüedad de los enunciados deónticos. Por proposición normativa entendemos una descripción acerca de la existencia de la norma, pero la proposición anankástica no es una descripción acerca de la existencia de la regla técnica, sino acerca de un vínculo entre medios y fines que fundamenta -junto con un deseo- la existencia de la regla.

Esta ambigüedad puede dar lugar a muchas confusiones, e incluso puede llevarnos a no tener siempre presente la distinción entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas. Pero mantener la distinción entre lenguaje descriptivo y lenguaje directivo, y mantenerla como una distinción entre términos mutuamente excluyentes[31], exige trazarla con la mayor nitidez posible. Guibourg sugería que la diferencia entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas parece residir «en la mayor o menor personalización del enunciado y en el uso del modo imperativo»[32]. Esta afirmación debe entenderse en el sentido de que las proposiciones anankásticas y las reglas técnicas tienen respectivamente una forma típica o característica, pero no debe entenderse de manera que se

[31] Que descripciones y directivas sean categorías mutuamente excluyentes no significa que un mismo enunciado no pueda expresar una descripción y una directiva, sino que su significado descriptivo no tiene significado directivo, y viceversa.

[32] Ricardo Guibourg, «La teoría de las normas en G. H. von Wright», pág. 97.

excluya la posibilidad de que un mismo enunciado sea ambiguo y pueda expresar tanto una proposición anankástica como una regla técnica.

Las diferencias que señala Guibourg entre una y otra formulación son la mayor o menor personalización de las oraciones y el uso del modo imperativo. Por lo que respecta al uso del imperativo, si asumimos la distinción entre verbos imperativos, verbos deónticos y verbos anankásticos, parece que es característico tanto de las proposiciones anankásticas como de las reglas técnicas el uso de verbos anankásticos, como señalaba von Wright en *The Varieties of Goodness*. Por tanto, el uso del imperativo no lo es, aunque puede utilizarse tanto el imperativo («Si quieres p, haz *q*») como las modalidades verbales deónticas («Si quieres *p*, debes hacer *q*») para formular reglas técnicas. Por otro lado, otra diferencia (muy vinculada a la anterior) que se puede observar en la formulación es el modo distinto de referirse al fin. En los enunciados (típicos) que expresan proposiciones anankásticas el fin se describe de una manera que podríamos considerar «neutral», en el sentido no comprometido de «la consecuencia de emplear un determinado medio». Quizá fuera más exacto hablar de causas y efectos, en lugar de medios y fines, por lo menos cuando la relación sea causal. Por el contrario, en la formulación que propongo considerar típica de las reglas técnicas el fin se valora como un fin deseado.

De manera que la formulación típica de las reglas técnicas tendría que reunir las siguientes características:

a) mayor personalización;

b) fin como algo deseado.

Por ejemplo:

«Si quieres hacer la cabaña habitable, tienes que calentarla».

La formulación típica de las proposiciones anankásticas reuniría, por el contrario, las siguientes características:

a) despersonalización (sin referencia a sujetos)

b) mención del fin de una manera neutra, sin que exprese que se trata de un fin deseado.

Por ejemplo:

«Para hacer la cabaña habitable, tiene que calentarse».

Pero -como ya he dicho- la diferencia esencial entre reglas técnicas

y proposiciones anankásticas no hay que buscarla en sus formulaciones canónicas, sino en su diferente función. Considerar a las reglas técnicas como un tipo de normas implica considerarlas como pautas para guiar la acción, esto es, implica atribuirles una función directiva. La función de las normas técnicas no es describir, sino responder a la pregunta «¿qué hacer?».

2.1.3. Imaginemos que en las circunstancias a) de nuestro ejemplo (Pedro es un físico; Alfredo un empresario) la respuesta de Pedro a la pregunta «¿qué hago?» que le ha dirigido Alfredo es la siguiente: «Los núcleos atómicos se desintegran al bombardearlos con partículas β». ¿Es ésta una respuesta satisfactoria a la pregunta de Alfredo? Alfredo pedía que se guiara su acción y Pedro le informa de una regularidad causal. La respuesta adecuada habría sido, sin embargo, algún enunciado con una función directiva, no descriptiva. ¿Es posible que Pedro no haya oído la pregunta? ¿Aparenta no haberla oído y quiere apartarse del tema? Si Alfredo es mínimamente inteligente, comprenderá que, a través de una descripción, se le está indicando lo que tiene que hacer. Pero entonces, ¿se trata realmente de una descripción (una proposición anankástica)? ¿O es más bien una regla técnica?

Supongamos ahora las circunstancias b) de nuestro ejemplo (Pedro y Alfredo son físicos). La intención de Pedro es describir un descubrimiento suyo: algo que ocurre en el mundo físico. Supongamos que con esta intención Pedro le dice a Alfredo (que no tiene ningún interés práctico, por lo menos directamente, en este conocimiento): «Si quieres desintegrar un núcleo atómico, tienes que bombardearlo con partículas β». ¿Qué más le da a Alfredo lo que tiene que hacer, si -distraído quizá en otras ocupaciones- nunca se ha planteado la desintegración de los núcleos atómicos? ¿Por qué le dice Pedro a Alfredo lo que tiene que hacer si quiere desintegrar núcleos atómicos, si él nunca ha manifestado esa intención? ¿Se ha vuelto loco Pedro? En realidad, Pedro no está tratando de dirigir la conducta de Alfredo. Está tratando de informarle de cierta regularidad de la naturaleza y ha optado -quizá para dar más énfasis a sus palabras, para llamar mejor la atención de Alfredo- por la formulación típica de las reglas técnicas. Entonces, ¿se trata realmente de una regla técnica o de una proposición anankástica?

2.1.4. Una de las razones que pueden oscurecer la distinción entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas reside en la posibilidad de *actos de habla indirectos* en los que la emisión de una oración que tiene un significado descriptivo (la descripción de una regularidad de la naturaleza, en nuestro caso) tiene, además, un significado primario directivo (la posibilidad contraria también se da).

La distinción entre acto de habla ilocucionario[33] directo e indirecto ha sido señalada por Searle[34] en los siguientes términos: En nuestra conducta verbal suele ocurrir que lo que decimos y lo que queremos decir coincide, esto es, la fuerza ilocucionaria que pretendemos darle a nuestras palabras es justamente la que tienen. En estos casos (los casos más simples de significado) hablamos de actos de habla directos. Pero puede ocurrir también que la fuerza ilocucionaria principal de lo que decimos no coincida con la aparente; en palabras de Searle: «(...) no todas las clases de significado son así de simples: en indirectas, insinuaciones, lenguaje irónico y lenguaje metafórico -para mencionar un puñado de ejemplos- el significado de la emisión del hablante y el significado de la oración se separan de diferentes maneras. Una clase importante de tales actos es aquella en la que el hablante emite una oración, quiere decir lo que dice, pero también quiere decir algo más. Por ejemplo, un hablante puede emitir la oración *Necesito que lo hagas* para pedir al oyente que haga algo. Incidentalmente la oración se intenta como un enunciado, pero también se intenta primariamente como una petición, una petición hecha al hacer un enunciado»[35]. Nos encontramos en estos casos ante actos de habla indirectos. «¿Tienes hora?», «Me estás pisando», «Todos nos sentiríamos un poco mejor si te callaras un poco» y «¿Podrías apartarte de mi esposa, por favor?», son ejemplos de actos de habla (directivos) indirectos.

De manera que no sólo es posible que un enunciado sea ambiguo y pueda expresar, según el contexto, una regla técnica o una proposición anankástica (como vimos en 2.1.1), sino que también puede ocurrir (como un caso especial del anterior supuesto) que un enunciado que tenga la forma canónica propia de una regla técnica cumpla en realidad la función de una proposición anankástica y viceversa (como hemos visto en 2.1.3).

---

[33] «Cuando alguien dice algo debemos distinguir: a) el acto *de* decirlo, esto es, el acto que consiste en emitir ciertos ruidos con cierta entonación o acentuación, ruidos que pertenecen a un vocabulario, que se emiten siguiendo cierta construcción y que, además, tienen asignado cierto «sentido» y «referencia». Austin denomina a esto el *acto locucionario*, o la dimensión locucionaria del acto lingüístico; b) el acto que llevamos a cabo *al* decir algo: prometer, advertir, afirmar, felicitar, bautizar, saludar, insultar, definir, amenazar, etc. Austin llama a esto el *acto ilocucionario*, o la dimensión *ilocucionaria* del acto lingüístico; y c) el acto que llevamos a cabo *porque* decimos algo: intimidar, asombrar, convencer, ofender, intrigar, apenar, etc. Austin llama a esto el *acto perlocucionario* o la dimensión *perlocucionaria* del acto lingüístico». Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi, «La filosofía de John L. Austin». nota preliminar a J. L. Austin, *Cómo hacer cosas con palabras,* Ed. Paidos, 1988, pág. 32.

[34] Searle, «Actos de habla indirectos», *Teorema*, vol. VII/1, 1977, págs. 23-53.

[35] Searle, «Actos de habla indirectos», pág. 23.

2.1.5. La diferencia entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas nos ha obligado a recurrir a una concepción pragmática del significado. Esta concepción parte de la constatación de que «comunicar algo equivale a *querer* decir algo, junto con el reconocimiento de que eso era lo que se pretendía decir»[36], de manera que «el significado de las proferencias y el reconocimiento de la *intención* del hablante, en una ocasión dada de su conducta verbal, se nos aparecen firmemente vinculados»[37]. Al recurrir a las circunstancias del contexto descubríamos cuál era la intención del hablante y podíamos interpretar su acción como un intento de guiar la conducta del oyente o como un intento de informar de alguna regularidad de la naturaleza. Con todo ello estoy supeditando la existencia de las reglas técnicas al lenguaje y a la conducta verbal de las personas. Sin embargo, resulta tentador pensar que las reglas técnicas son entidades objetivas cuya existencia no depende del lenguaje. Al fin y al cabo, si para que un núcleo atómico se desintegre hay que bombardearlo necesariamente con partículas β y si yo quiero desintegrar un núcleo atómico, entonces yo tengo el deber técnico de bombardearlo con partículas β, con independencia de que alguien me lo advierta o no. Mi deber técnico no depende de ningún acto de habla. Lo mismo ocurre si quiero hacer habitable una cabaña o vivir muchos años con buena salud. En tales casos tengo los deberes técnicos de calentar la cabaña o no fumar excesivamente, y esto es así con independencia de que a alguien se le ocurra decirlo o no. Frente a una concepción «voluntarista» de las reglas técnicas (esto es, una concepción que hace depender su existencia de la intención con que un agente las formula en un lenguaje) cabría oponer una visión «objetivista» de las mismas.«No sólo estoy diciendo que la proposición anankástica es verdadera con independencia del lenguaje -diría un partidario de la concepción «objetivista»-; estoy advirtiendo de que lo es también la regla técnica».

Me parece, sin embargo, que debe distinguirse también entre regla técnica y deber técnico. El deber técnico pertenece al mundo del ser; esto queda más claro si lo llamamos necesidad práctica. Un agente tiene la necesidad práctica de hacer *x* si tiene el deseo de *y* y *x* es un medio necesario para *y*. De manera que la necesidad práctica aparece en la conclusión de un silogismo práctico y surge de la combinación de un deseo y una relación de medio a fin. Basta con que en un agente se produzca esta combinación para que nazca su necesidad

[36] Juan José Acero, Eduardo Bustos y Daniel Quesada, *Introducción a la filosofía del lenguaje,* Ed. Cátedra, 1982, pág. 168.

[37] Juan José Acero, Eduardo Bustos y Daniel Quesada, *Introducción a la filosofía del lenguaje,* pág. 169.

práctica o deber técnico de hacer una determinada cosa (incluso aunque él no sea consciente). Por tanto, la necesidad práctica es independiente del lenguaje. Esto es cierto; pero también lo es que existen ciertos actos de habla que se utilizan para dirigir la conducta de los demás señalando su necesidad práctica. Mientras las normas deónticas «crean» un deber, las reglas técnicas sugieren una actuación indicando un deber técnico[38]. Yo puedo tener una necesidad práctica y actuar o no en consecuencia, pero no habrá una regla en este caso salvo que alguien trate de dirigir mi conducta señalándome cuál es el contenido de mi necesidad práctica.

Por tanto, lo que es independiente del lenguaje es la relación de medio a fin que existe entre ciertos eventos. Lo que es independiente del lenguaje es, también, el deber técnico que ciertas personas pueden tener en determinadas circunstancias (en las que es relevante su deseo de algún fin). Vínculo anankástico y necesidad práctica pertenecen al mundo del ser, son objetivos. La necesidad práctica está fundada en el vínculo anankástico (que, en el caso de relaciones causales, es también una necesidad natural). Ese mismo vínculo anankástico fundamenta también la regla técnica, en el sentido de que ésta sólo será eficaz si se ajusta a ese vínculo. ¿Es posible que una regla técnica se apoye en una proposición anankástica falsa? ¿Diríamos entonces que se trata de una regla técnica ineficaz o, simplemente, que no es una regla técnica? Discutiremos esto más adelante.

Von Wright también parece ser de la opinión de que la existencia de las reglas técnicas depende de su formulación en algún lenguaje:

> «¿Pueden las reglas técnicas, es decir, las normas concernientes a los medios necesarios para fines dados, existir sin formularse en el lenguaje? Puede, por supuesto, darse 'objetivamente' el caso de que algún agente deba hacer una determinada cosa para alcanzar un determinado fin que persigue, pero que ni él ni nadie más sea consciente de la conexión necesaria. La existencia de la conexión no depende de su formulación en palabras. Pero el vínculo anankástico no es lo mismo que la norma técnica. Por tanto, del carácter de independencia del lenguaje de la primera no se puede concluir la naturaleza independiente del lenguaje de la última»[39].

---

[38] No hay que confundir esta necesidad práctica con la relación de condición necesaria que existe entre el medio y el fin. La necesidad práctica de hacer una determinada acción se tiene por la combinación del deseo de un fin y una relación de necesariedad entre un medio (la acción) y ese fin.

[39] Von Wright, *Norma y acción*, pág. 110.

Y de que la necesidad práctica, en cambio, no lo es:

> «Hemos llegado así a encontrar dos respuestas principales a la cuestión de por qué una cierta cosa debe o puede o no tiene que ser hecha. Una es que existe una *norma* ordenando o permitiendo o prohibiendo la realización de esa cosa. La otra es decir que *los fines y las conexiones necesarias* hacen (o no) la realización u omisión de esa cosa una necesidad práctica»[40].

2.2. Una propuesta: los actos de habla «directivo-instructivos»

Hasta ahora he tratado a las reglas técnicas como el resultado de un acto de habla directivo. Esto es apropiado en un sentido amplio de directiva, caracterizado por tener una «dirección de ajuste mundo a palabras». En este sentido amplio (que nos ha permitido distinguirlas de las proposiciones anankásticas), las reglas técnicas, sin ser prescripciones, pertenecen al lenguaje directivo, al igual que los ruegos, las órdenes, las peticiones, etc. Pero hay ciertas características que tienen los actos de habla cuyo resultado son reglas técnicas que no tienen, por el contrario, los actos de habla cuyo resultado son ruegos, órdenes, peticiones o normas. Si esto es así, quizá pudiera sostenerse que las reglas técnicas no son propiamente el resultado de un acto de habla directivo, sino de un acto de habla muy semejante, pero con alguna variante. Dependiendo de la importancia que le demos a esta variante diremos que las reglas técnicas surgen de un acto de habla directivo especial o de un acto que habla de un tipo distinto. Se trata de una cuestión nominal. Lo importante es observar la diferencia entre las directivas típicas y las reglas técnicas. Por mi parte, hablaré de reglas técnicas como resultado de un acto de habla «directivo-instructivo» y no entraré en la cuestión de si es un tipo especial de los actos de habla directivos o un tipo distinto.

John Searle ha estudiado la estructura de los actos ilocucionarios, señalando cuáles son las condiciones cuya satisfacción garantiza la plena ejecución de los distintos tipos de actos de habla[41]. Lo que voy a sostener es que las condiciones para el pleno éxito de los actos de habla directivos son distintas de las condiciones de los actos de habla «directivo-instructivos».

Searle distingue los siguientes tipos de condiciones:

---

[40] Von Wright, «The Foundation of Norms and Normative Statements», en *Practical Reason,* Basil Blackwell, 1983, pág. 74.

[41] John Searle, *Actos de habla,* Ed. Cátedra, 1980, trad. Luis M. Valdés Villanueva.

a) Condiciones preparatorias: «tienen que ver tanto con el derecho que le asiste al ejecutante del acto para llevarlo a cabo, con la autoridad de que ha de estar investido para ello, como con las condiciones que deben darse en la ocasión concreta del habla para que su realización sea posible»[42]. La violación de uno o más de estos requisitos conlleva la no ejecución del respectivo acto de habla.

b) Condiciones de sinceridad: son las condiciones que afectan a las creencias o sentimientos apropiados que el hablante debe tener en su ejecución. Su violación no implica sin más la no ejecución del acto de habla, pero sí un «abuso» verbal.

c) Condición de contenido proposicional: es el contenido descriptivo mínimo que tiene todo acto de habla (por ejemplo, en el caso de las promesas, se describe una acción futura del hablante, etcétera).

d) Condiciones esenciales: tienen que ver con el tipo de compromisos que el hablante contrae por el hecho de haber dicho tales y cuales palabras.

Para comparar las condiciones de los tres tipos de acto de habla -descriptivos, directivos y directivos -instructivos- voy a utilizar un esquema de Searle[43], al que añado una columna con las condiciones que me parece que deben reunir los actos de habla directivo-instructivos. Este esquema nos permite también ver las diferencias entre las proposiciones anankásticas (que reúnen las características de los descriptivos[44]) y las reglas técnicas. En él *H* significa hablante, *O* significa oyente, *A* significa acción y *F* fin.

---

[42] Juan José Acero, Eduardo Bustos, Daniel Quesada, *Introducción a la filosofía del lenguaje,* pág. 214.

[43] John Searle, *Actos de habla,* pág. 74.

[44] Para ver las características del acto de habla descriptivo cuyo resultado es una proposición anankástica basta con sustituir *p* en el cuadro por cualquier vínculo anankástico.

	Descriptivos	Directivos	Directivos-instructivos
Condición preparatoria	(1) *H* tiene evidencia (razones para la verdad) de *p*. (2) No es obvio ni para *H* ni para *O* que *O* sabe que *p*.	*O* es capaz de realizar *A*	(1) *H* tiene razones para la verdad de «*A* es condición necesaria de *F*». (2) No es obvio ni para *H* ni para *O* que *O sabe que A* es condición necesaria de *F*. (3) *O* desea *F*. (4) *O* es capaz de realizar *A*.
Condición de sinceridad	*H* cree que *p*.	*H* desea que *O haga A*.	(1) *H* cree que *A* es condición necesaria de *F*. (2) *H* desea que *O* haga *A* porque *O* desea *F*.
Condición de contenido proposicional	cualquier proposición *p*	*H* predica un acto futuro de *O*.	(1) *H* predica un acto futuro de *O*. (2) *H* predica una necesidad práctica de *O*.
Condición esencial	cuenta primariamente como la asunción de que *p* representa un estado de cosas real.	cuenta primariamente como un intento de *H* de llevar a *O* a hacer *A*.	cuenta primariamente como un intento de *H* de llevar a *O* a hacer *A* porque *O* desea *F*.

A la vista de este esquema, podemos hacer algunos comentarios:

i) Como vemos, los actos de habla directivo-instructivos son más complejos que los directivos y los descriptivos y combinan muchas de las condiciones de unos y otros. Esto es lo que hace difícil distinguir entre reglas técnicas y proposiciones anankásticas y lo que nos lleva a pensar que las reglas técnicas tienen cierta relación con la verdad. Esta relación existe: tanto en las condiciones preparatorias (*H* tiene razones para la *verdad* de que *A* es condición necesaria

de *F*), como en la condición de sinceridad (*H* cree que *A* es condición necesaria de *F*), como en el contenido proposicional (*H* predica una necesidad práctica -basada en un vínculo anankástico- y una acción futura de *O*) aparecen elementos relacionados con el mundo del ser y los valores de verdad o falsedad. Esta relación con elementos del mundo del ser se da también en las normas deónticas, aunque en menor medida (en el contenido proposicional). Sin embargo, no creo que por ello pueda decirse que las reglas técnicas son verdaderas o falsas, porque la condición esencial hace que la dirección de ajuste sea mundo a palabras, y no palabras a mundo.

ii) Las condiciones preparatorias de los actos de habla directivo-instructivos son una suma de las condiciones de los actos de habla descriptivos y los directivos (al que se añade el deseo de *O* de *F*). Esto es así porque las reglas técnicas se fundamentan, como ya hemos dicho, en proposiciones anankásticas. Por su parte, que *O* desee *F* es necesario, junto con el vínculo que expresa la proposición anankástica, para que surja la necesidad de hacer *A*[45]. Si la directiva se tratara de una orden o de una norma tendría una condición preparatoria adicional: que *H* esté en una posición de autoridad frente a *O*[46]. Esta condición, sin embargo, nunca se da en los actos de habla directivo-instructivos: no hay autoridades -salvo en el sentido de autoridades teóricas- en las reglas técnicas.

iii) Cabe plantearse si en las condiciones preparatorias de los actos de habla directivo-instructivos ha de exigirse que la proposición anankástica presupuesta sea verdadera o si basta con que el hablante tenga razones para pensar que lo es. Si optamos por la primera de las posibilidades, no existirán reglas técnicas basadas en vínculos anankásticos inexistentes. El acto de habla directivo-instructivo no llegaría a tener lugar. Pero me parece más razonable pensar que la regla técnica existe aunque la proposición anankástica sea falsa. Se mantiene así la analogía con las descripciones: una descripción como «Los centauros raptan a las vírgenes llevándoselas al galope sobre sus lomos en las noches primaverales bajo la luna llena» es una descripción falsa, equivocada, pero sigue siendo una descripción; una regla técnica como «Si quieres volverte invisible tienes que invocar a Belcebú, mezclar la sangre de un gato negro y la de un gato pardo y decir abracadabra, pata de cabra» es una regla técnica equivocada -pero regla técnica, al fin y al cabo-

[45] Por ello, como hemos visto (nota 5), von Wright sugería que, si bien las reglas técnicas son categóricas, su *existencia* es hipotética y está condicionada al deseo del destinatario.

[46] Searle, *Actos de habla,* pág. 74.

y, por tanto, no apta para conseguir el fin deseado. En este sentido es ineficaz, lo que no quiere decir que carezca de función directiva (como ocurre con las supersticiones).

iv) Otra pregunta que nos podemos hacer a propósito del vínculo anankástico es si realmente el medio ha de consistir en una condición necesaria del fin o si puede tratarse de una condición suficiente o meramente contribuyente (esto es, ni necesaria ni suficiente, pero que ayuda a la consecución del fin). Creo que no hay una contestación categórica para esta pregunta: ciertas condiciones suficientes se pueden volver condiciones necesarias dependiendo del contexto; la disyunción de todas las condiciones suficientes de un fin es condición necesaria (y suficiente) de ese fin[47]; una condición contribuyente puede ser todo lo que podemos hacer en un momento determinado; puede ser absurdo realizar un medio que es condición necesaria de un fin si no puede completarse el contexto causal para convertirla en necesaria y suficiente, etc. Todas estas consideraciones deberían tenerse en cuenta para determinar si en un caso nos encontramos o no ante una regla técnica, es decir, si en realidad se está dirigiendo o no la conducta. Quizá podría establecerse una graduación dentro de las reglas técnicas según que las razones para actuar sean más o menos compulsivas. Si el medio es condición necesaria y suficiente del fin, la razón para realizar el medio es mucho más compulsiva que si se trata de una condición suficiente o contribuyente[48].

v) ¿Ha de ser necesariamente causal la relación anankástica? Creo que podría tratarse de una necesidad lógica o conceptual o también de algún tipo de necesidad convencional. Asociadas a las reglas de los juegos, por ejemplo, surgen «necesidades» técnicas o estratégicas (como tener que mover la reina para hacer jaque mate en una situación determinada)[49].

vi) Las condiciones preparatorias son condiciones de la existencia misma de las reglas técnicas. Por el contrario, el incumplimiento

---

[47] Si *p*, *q* y *r* son, por separado, todas las condiciones suficientes de *s* que pueden darse, realizar la acción molecular *pvqvr* es condición necesaria de *s*.

[48] Sobre esto puede verse von Wright, *Freedom and Determination,* Acta Philosophica Fennica, 1980, vol. XXXI, núm. 1, págs. 30 y ss.

[49] En este sentido, Gregorio Robles señala tres tipos de necesidad: causal, «en cuya virtud siempre que acontece un suceso determinado, ocurre otro acontecimiento determinado»; lógica, «en cuya virtud siempre que alguien desee pensar o razonar con corrección formal habrá necesariamente de hacerlo de acuerdo con determinadas reglas»; y convencional, «la cual surge no -diríamos- de la 'naturaleza de las cosas', sino de una convención establecida por tales o cuales razones». Gregorio Robles, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los juegos,* Universidad de Palma de Mallorca, 1984, pág. 239.

de alguna condición de sinceridad, como he indicado antes, da lugar a actos de habla «abusivos». El incumplimiento de la condición de sinceridad en los actos de habla directivo-instructivos puede dar lugar con frecuencia a directivos encubiertos (en la educación de los niños tenemos ejemplos de directivos encubiertos en los que falta la condición de sinceridad que los «directivo-instructivos» comparten con los actos de habla descriptivos).

vii) La condición de sinceridad que los directivo-instructivos comparten con los directivos está matizada de alguna manera. La razón por la que *H* desea que *O* haga *A* ha de ser el deseo que *O* tiene de *F*. El deseo de *H* es, en este sentido, secundario. No es un deseo «interesado», sino -podríamos decir- «altruista». *H* desea que *O* haga *A* por el bien de *O*. El deseo que *O* tiene de *F* se transmite al medio (es una regla de racionalidad práctica desear los medios necesarios para el fin que deseamos, al menos prima facie), así que, en definitiva, *H* desea que *O* haga *A* porque presume que *O* quiere hacer *A*. ¿Qué sucede si el deseo de *H* no es altruista? Creo que, de nuevo, nos encontraríamos con algún tipo de directivo encubierto.

viii) Los actos de habla directivo-instructivos comparten con los actos de habla directivos su condición esencial: ambos cuentan como un intento de dirigir la conducta. Esto significa que si *H* dirige a *O* una regla técnica, luego no puede negar que pretendía dirigir su conducta por la razón de que *O* deseaba *F*. La condición esencial de los actos de habla directivo-instructivos es la misma que la de los actos de habla directivos, aunque «cualificada» de diferente manera (la razón por la que *H* intenta que *O* haga *A* es, en los actos de habla directivo-instructivos, el deseo de *O* de conseguir *F;* por el contrario, en los actos de habla directivos los deseos de *O* no forman parte necesariamente de los motivos de *H* para intentar que haga *A*). Esto es importante, porque los directivo-instructivos se acercan más a los directivos que a los actos de habla descriptivos. Aunque el resto de condiciones sea una combinación de las condiciones de los actos de habla descriptivos y directivos, la condición esencial «se lleva» a los directivo-instructivos «al terreno» de los directivos o, por lo menos, los acerca. La intención del hablante es en ambos dirigir la conducta; la dirección de ajuste es en ambos mundo a palabras.

ix) Que los actos de habla directivo-instructivos sean un tipo de actos de habla directivos (o estén más cerca de éstos que de los actos de habla descriptivos) no significa que podamos equiparar reglas técnicas y reglas deónticas. Como he indicado anteriormente, mientras que de las normas deónticas surge un deber, las reglas técnicas sugieren una actuación señalando una necesidad práctica. Esto

puede ser explicado en términos de «razones para la acción», utilizando el aparato conceptual introducido por Joseph Raz en *Practical Reason and Norms*[50]. En palabras de Juan Carlos Bayón:

> «A su juicio [a juicio de Raz] las razones para actuar son 'hechos' [en un sentido muy peculiar que no viene al caso] y los enunciados que son descriptivos de 'hechos' que constituyen razones para la realización de cierta acción por un determinado agente actúan como premisas de inferencias prácticas. El conjunto de 'hechos' tomados en cuenta en una inferencia práctica válida cuyas premisas no sean redundantes constituye un *razón completa* para la acción a la que se refiere su conclusión. Ahora bien, entre todos esos 'hechos' hay algunos respecto de los cuales creer en su existencia implica tener una actitud crítica práctica (no sería posible, por ejemplo, 'creer en la existencia' de cierto valor sin aprobar *eo ipso* las acciones que lo promueven o materializan). Los 'hechos' de este tipo constituyen razones *operativas.* Todos los demás hechos que, junto a las razones operativas, integran razones completas -y respecto de los cuales creer en su existencia es compatible con no tener ninguna actitud crítica práctica determinada-, constituyen razones *auxiliares*»[51].

En este esquema conceptual, las reglas deónticas son un tipo especial de razones operativas -*razones excluyentes*- cuyo papel genuino sería «retirar o desplazar de antemano del razonamiento práctico de un agente un conjunto de posibles razones de signo contrario para todas y cada una de las ocasiones en las que la regla sea aplicable, de manera que la elección del agente para cada una de esas ocasiones quede prefigurada por la regla sin que proceda la reconsideración global caso por caso de la totalidad de razones concurrentes a favor y en contra»[52]. Como puede apreciarse, la diferencia entre reglas deónticas y reglas técnicas está en que éstas últimas no pretenden constituir razones excluyentes, sino mostrar -con el fin de dirigir la conducta de un agente- que si es cierto que se tiene

---

[50] Joseph Raz, *Practical Reason and Norms,* 2.ª ed., Princeton, NJ, Princeton University Press, 1990. Hay traducción castellana de Juan Ruiz Manero, *Razón Práctica y Normas,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[51] Juan Carlos Bayón, «Razones y reglas: sobre el concepto de 'razón concluyente'. de Joseph Raz», Doxa, núm. 10, 1991, pág. 37.

[52] Juan Carlos Bayón, «Razones y reglas: sobre el concepto de 'razón excluyente', de Joseph Raz». pág. 39.

el deseo de un determinado fin (razón operativa), y dado que una cierta acción es condición de ese fin (razón auxiliar), entonces hay una razón completa (pero no excluyente, y que puede ser derrotada por otras razones de más peso) para realizar esa acción.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A EUGENIO BULYGIN

1 *Hay dos circunstancias de tu historia que son especialmente destacables. Por un lado, en lo que respecta al inicio de tu formación, representas un ejemplo notable de adaptación rápida y fructífera a un medio humano e intelectual novedoso: un joven europeo que arriba a Buenos Aires, sin conocer prácticamente el castellano, y que a los pocos años se convierte en un referente obligado de la comunidad jusfilosófica argentina y, poco más tarde, de la comunidad internacional. Por el otro, tuviste que superar las condiciones adversas de dictaduras militares durante el desarrollo de tu carrera académica. Sería interesante que nos relataras aspectos de ambas experiencias.*

Los primeros años de mi vida fueron un tanto azarosos, cosa que ha ocurrido a mucha gente de mi generación. He nacido en 1931 en un país hoy inexistente: la Unión Soviética. Antes de haber cumplido 10 años estalló la guerra con Alemania, que tuvo un comienzo desastroso; los alemanes ocuparon en pocos meses buena parte de la URSS, inclusive la ciudad donde vivíamos nosotros. En 1943 fuimos deportados a Alemania; al finalizar la guerra en 1945 mis padres resolvieron no regresar a Rusia. Durante algunos años vivimos en Austria, donde reinicié mis estudios, interrumpidos por los sucesos bélicos. En 1949 llegamos a Buenos Aires; tenía 17 años. Los comienzos no fueron fáciles, pues ni siquiera conocía el idioma del país en que me tocaba vivir. Pero la falta de conocimiento del castellano fue compensada en cierto modo por mis conocimientos de ajedrez, que había empezado a practicar asiduamente en Austria. Gracias al ajedrez establecí mis primeros contactos con el nuevo entorno. Durante algunos años he sido un frecuente visitante del Club Argentino de Ajedrez en la época en que Najdorf era el indiscutible campeón y Panno hacía sus primeras armas. Hasta que, ya

familiarizado con el idioma, resolví recomenzar mis estudios, suspendidos al irnos de Austria, sin que hubiera alcanzado a terminar la escuela secundaria. Tuve que rendir de nuevo todas las materias, puesto que en aquella época no existían relaciones diplomáticas con Austria y, en consecuencia, mis estudios no fueron reconocidos. Por fin, en 1953 terminé el bachillerato y ese día resolví abandonar el ajedrez, que me insumía demasiado tiempo. No he jugado nunca más «en serio», pero no he perdido la afición: aún hoy el ajedrez me apasiona.

Después de muchas dudas, resolví estudiar derecho, una solución un tanto ecléctica (me interesaban filosofía y matemáticas, consideradas carreras poco prácticas), de la que, sin embargo, nunca me he arrepentido. Ya como estudiante tomé contacto con la Filosofía del Derecho y conocí a Cossio, a la sazón catedrático de Filosofía jurídica y director del Instituto de Filosofía del Derecho. En 1956, Ambrosio Gioja sucedió a Cossio y el encuentro con Gioja marcó toda mi vida. Gioja era un maestro excepcional, una personalidad muy brillante, quien en poco tiempo logró reunir un gran número de discípulos alrededor de su cátedra. Yo he colaborado con él desde el comienzo: primero oficiosamente como ayudante alumno y, luego de recibirme de abogado en 1958, como docente. En 1960 fui nombrado profesor adjunto (lo que equivale a titular en España) de Filosofía del Derecho en la cátedra de Gioja. Nunca más me alejé de la Filosofía del Derecho. Gracias a las becas de la Fundación Alexander von Humboldt y del British Council pude pasar un año (1963-64) en Alemania (en Colonia y Bonn), donde trabajé con Ulrich Klug y Hans Welzel, y otro en Oxford (1968-69), donde mi supervisor fue H. L. A. Hart.

El cambio de país es una operación dolorosa y complicada, como pueden atestiguar no pocos españoles en la época de la guerra civil y latinoamericanos en tiempos más recientes. Tuve que pasar dos veces por esta experiencia y tal vez sea ésta la explicación del porqué de mi adaptación rápida y firme en la Argentina. Parte del mérito corresponde al país (abierto y hospitalario), pero básicamente se debe al saludable horror que me ha quedado de mis experiencias anteriores.

Esto explica también por qué durante las diversas dictaduras que me tocó vivir en la Argentina nunca me sentí tentado a emigrar (cuando muchos de mis amigos lo hacían). Debo agregar, sin embargo, que, contrariamente a lo que sucedió a muchos de mis colegas, no fui molestado en el ejercicio de mi cátedra por las numerosas intervenciones que sufrió la universidad bajo los gobiernos militares y peronistas, cosa que sin duda facilitó mi decisión de no abandonar el país.

En varias oportunidades vivimos situaciones muy dramáticas, especialmente en 1966, cuando se produjo la famosa «noche de los bastones largos» (en la cual la dictadura de Onganía intervino la Universidad y la policía apaleó a profesores y alumnos de la Facultad de Ciencias Exactas). Numerosos profesores renunciaron en señal de protesta. El llamado «grupo Gioja» adoptó una decisión colectiva y resolvió permanecer en la universidad. Yo voté por la renuncia, pero acaté la decisión de la mayoría. Fue una decisión difícil, sobre todo porque muchos amigos que pensaban igual que nosotros renunciaron (entre ellos Genaro Carrió, Gregorio Klimovsky, Eduardo Rabossi y Enrique Bacigalupo) y yo temía que esta discrepancia política iba a repercutir en las relaciones personales, pero felizmente esto no ocurrió.

2. Muchas personas estarían dispuestas a concebir la labor intelectual de un filósofo como una empresa estrictamente individualista. Tu trabajo con Carlos Alchourrón es uno de los casos que demuestra lo errado de esa concepción. Sin duda, trabajar de esta manera requiere resolver algunos problemas de coordinación y hasta de tipo personal. ¿Nos podrías contar la manera en que abordaron esa tarea conjunta, evidentemente enriquecedora?

Es cierto que los filósofos en general y los del derecho en particular suelen trabajar en forma individual; sin embargo, esta regla admite numerosas excepciones. Entre los lógicos las colaboraciones son bastante frecuentes (basta recordar el caso de Russell y Whitehead) y en algunas ciencias nuevas, como la inteligencia artificial, diría que es la regla. También en Filosofía del Derecho cabe observar el mismo fenómeno: Roberto Vernengo ha publicado varios trabajos colectivos, Ricardo Guibourg es coautor de varios libros escritos en colaboración; últimamente Cristina Redondo, José Juan Moreso y Pablo Navarro han publicado numerosos trabajos realizados en equipos de dos o tres coautores.

Es indudable que el trabajo conjunto de varias personas requiere ciertas condiciones especiales (por ejemplo, amistad personal, coincidencias básicas en los enfoques, etc.), pero ofrece también importantes ventajas, como la posibilidad de discutir los problemas durante su elaboración. Personalmente me gusta mucho esta modalidad de trabajo y con Carlos Alchourrón resultó especialmente fructífera.

Acerca de la forma de trabajo en equipo difícilmente se podrá dar reglas generales. Seguramente cada equipo elige el procedimiento que más le conviene. Nosotros con Alchourrón hemos seguido el siguiente método: primero discutimos un tema, luego se redacta una versión preliminar que se discute nuevamente. Se introducen las

correcciones o se redacta una nueva versión y seguimos discutiendo hasta quedar satisfechos los dos con el trabajo. Este método tiene la desventaja de ser un tanto lento, pero tiene dos enormes virtudes: es divertido y los resultados suelen ser bastante mejores de los que se hubieran alcanzado con un trabajo estrictamente individual.

3. En relación con la noción «validez», entendida como pertenencia a un sistema jurídico, subsiste la cuestión de saber cuál es el status sistemático de las soluciones individuales, i. e. las que se siguen del sistema más los enunciados que describen casos particulares. Recientemente, en tu ponencia en el III Kelsen Symposium, Siena, 1991, denominada «Cognition and Interpretation of Law», sostienes explícitamente que «... Así, Kelsen tiene razón cuando dice que la validez de una norma individual no puede ser lógicamente inferida de la validez de una norma general; la norma individual, para ser válida, i. e. para pertenecer al sistema jurídico, debe ser promulgada por una autoridad competente, en nuestro caso por un juez...» (págs. 11-12). Si te he entendido bien, esta afirmación equivale a decir que un jurista no podría afirmar que una solución definida para un caso particular constituye una «norma válida» en relación a un definido sistema, hasta que un juez no la adopte como el contenido de su decisión. Ello es congruente con el escepticismo kelseniano acerca de una lógica de normas, pero sinceramente no veo claro cómo esa idea puede ser compatible con el teorema de deducción que forma parte de la noción de «consecuencia lógica» propuesta en «Normative Systems» y, en consecuencia, con la caracterización de los sistemas normativos como sistemas deductivos. Porque negar la validez de una solución (norma individual) R para un caso C individual, cuando R se sigue lógicamente del sistema S más la descripción de C, ¿no es lo mismo que negar la «validez» (esto es, la pertenencia a S) del condicional «Si C entonces R», a pesar de que se infiera efectivamente de S? Esto es, ¿no equivale a abandonar la relación de implicación (o de consecuencia lógica) como criterio de pertenencia?

Lo que yo dije en la frase que citas no es incompatible con el teorema de deducción, ni con la caracterización de los sistemas normativos como sistemas deductivos. Lo que sucede es que con la expresión «norma individual» nos referimos a veces a normas distintas. Para aclarar lo que quiero decir recurriré a un ejemplo: Supongamos que el Código Penal contiene una norma general conforme a la cual el que matare a otro debe ser sancionado con prisión de 8 a 25 años. Esta norma individual es una consecuencia lógica de la norma general aludida y de la proposición fáctica referida a Juan (se trata de una norma individual derivada). Cabe preguntarse: ¿qué es exactamente

lo que dispone esa norma y quién es su destinatario? En una interpretación razonable se diría que esa norma se dirige a los órganos encargados de la administración de justicia, es decir, a los tribunales, y establece que el juez competente debe sancionar a Juan. ¿Cómo cumple el juez esta obligación? Pues dictando la sentencia (previo cumplimiento de todas las etapas procesales) respecto de Juan y, si encuentra que hay pruebas suficientes, condenándolo a una determinada pena de prisión (no ya de 8 a 25 años). Además, el juez debe fundar su decisión en la norma general del Código Penal. En otras palabras, el juez debe emitir una nueva norma individual, basada en la norma general correspondiente, condenando a Juan. Esta nueva norma individual, que constituye la parte dispositiva de la sentencia, es válida si se cumplen al menos dos condiciones: 1) que haya sido dictada por el juez competente y 2) que sea consecuencia lógica de la norma general aplicada y de las proposiciones descriptivas de los hechos del caso. Una vez dictada esa sentencia, surge el deber (establecido en otras normas generales) de los órganos administrativos pertinentes de encerrar a Juan y mantenerlo en prisión durante el tiempo fijado en la sentencia. Lo cual quiere decir que la norma individual dictada por el juez está dirigida a los órganos administrativos encargados de cumplir las decisiones judiciales.

Antes de la sentencia judicial tenemos, pues, una situación con un cierto aire de paradoja: Juan debe ser castigado y Juan no debe ser castigado. Pero el aire de paradoja se desvanece tan pronto explicitamos el contenido de esas normas. Juan debe ser castigado en el sentido de que el juez competente debe condenarlo a una pena de prisión, pero Juan no debe ser castigado en el sentido de que no debe ir a la cárcel, hasta tanto un juez competente lo haya condenado. El sujeto del deber de la primera norma es el juez: él debe sancionar a Juan. Los destinatarios de la segunda norma son, en cambio, los órganos administrativos encargados de cumplir las decisiones judiciales. Estos órganos no deben (= les está prohibido) sancionar a Juan mientras éste último no haya sido condenado por el juez. La norma general dirigida a los órganos administrativos dice que si y sólo si una persona ha sido condenada por un juez competente, ellos deben mantenerla en prisión durante el tiempo de la condena. De esta norma y del hecho que Juan haya sido condenado, por ejemplo, a 12 años de prisión se infiere una norma individual que obliga a los órganos administrativos a mantener a Juan en prisión durante 12 años. Pero mientras Juan no haya sido condenado, no sólo no deben encerrarlo en la prisión, sino que les está prohibido hacerlo.

Esto muestra que las dos normas individuales («Juan debe ser sancionado» y «Juan no debe ser sancionado») no son contradictorias, pues su contenido y sus destinatarios son distintos.

En la frase que citas, al hablar de Kelsen me refiero a la sentencia judicial: obviamente su validez requiere que haya sido dictada por el juez competente. En cambio, no se exige este requisito para la validez de la norma individual que obliga al juez a condenar a Juan.

4. En «Normative Systems» (1971) tú y Carlos Alchourrón han propuesto distinguir a la ciencia jurídica de las otras ciencias, por el tipo de explicación racional que la caracteriza, esto es, por la naturaleza de las respuestas a sus problemas teóricos. Estos son presentados como interrogantes acerca de los calificativos deónticos que les corresponden a ciertas acciones de acuerdo a un definido sistema normativo. Consecuentemente, proponen denominar genéricamente «justificación normativa» a los resultados (o al menos, a parte de los resultados) de la actividad de los juristas, en forma análoga a la «explicación causal» propia de las ciencias empíricas o la «prueba» en las ciencias formales. Una justificación normativa consiste en mostrar que un calificativo deóntico para una conducta se infiere del sistema en cuestión. Sin embargo, por un lado, el término «justificación» no parece apropiado para dar cuenta de una actividad presuntamente cognoscitiva. Y por el otro, en la medida en que el mismo modelo parece servir también para reconstruir la forma de justificación de las decisiones judiciales, no habría distinción que hacer entre la dogmática y la actividad de los jueces. En ambos casos se usa *un sistema de normas para inferir soluciones, i. e. normas generales o individuales. Lo que sugiere que tratan con problemas de idéntica clase. Por ello, ambas respuestas tendrían también carácter normativo por cuanto constituyen resultados de inferencias lógicas efectuadas a partir de sistemas normativos. ¿Cuál sería, entonces, el criterio -si es que lo hay- para distinguir la actividad de los juristas de la de los jueces? ¿En qué sentido puede decirse que los juristas* describen *normas, si es que sus respuestas tienen carácter normativo?*

La principal diferencia entre los juristas o científicos del derecho y los jueces consiste en que estos últimos dictan normas, mientras que los primeros se limitan a mostrar qué consecuencias se infieren de las normas generales existentes. La ciencia del derecho no se ocupa de casos concretos, sino de lo que en *Normative Systems* fue denominado casos genéricos y procura mostrar qué consecuencias normativas se derivan de las normas generales para esos casos. En cambio, los jueces deben resolver casos individuales; como ya indiqué en mi respuesta a la pregunta anterior, para hacerlo no basta derivar una solución para ese caso individual, sino que es necesario dictar una norma individual, condenando o absolviendo al acusado o al demandado.

En este sentido hay una cierta analogía entre la actividad del jurista y la del juez: ambos infieren consecuencias normativas. Es esto lo que justifica utilizar la expresión «justificación normativa» al referirse a la ciencia del derecho. Pero el juez no se limita a inferir consecuencias de las normas generales del sistema: dicta, además, normas individuales, que -como he mostrado en mi respuesta anterior- son distintas de las normas individuales que infiere la ciencia jurídica. Y es aquí donde hay una diferencia esencial entre las dos actividades; ambas son normativas, en el sentido de que tienen que ver con normas, pero la actividad del juez es, además, normativa en un sentido mucho más fuerte: el juez dicta normas, cosa que el jurista no hace.

Por otra parte, cabe calificar la actividad del jurista como *descriptiva o cognoscitiva:* ¿en qué otra cosa puede consistir la descripción (el conocimiento) de un sistema normativo, sino en desplegar sus consecuencias normativas para los diversos casos genéricos? (Este proceso fue descrito con algún detalle en *Normative Systems).*

5. En un artículo ya clásico, tú y Carlos Alchourrón, en relación a la discusión acerca de la naturaleza ontológica de las normas, propusieron lo que denominaron «concepción expresiva», como alternativa a una concepción hilética. Allí se muestra de qué manera es posible dar cuenta, con ese punto de vista, de importantes problemas, en especial, el que se refiere a la aplicación de la lógica a los lenguajes normativos. Esta propuesta constituyó un cambio con respecto a trabajos anteriores. Sin embargo, últimamente has puesto en duda la fertilidad de esa concepción a la hora de dar respuesta a ciertos problemas. ¿Nos podrías especificar cuáles son esas cuestiones en las que se manifiesta esa insuficiencia? Tus dudas actuales ¿te conducen, entonces, a optar nuevamente por una concepción hilética acerca de las normas?

El artículo que mencionas surgió de la observación de que entre los autores que se ocupan de las normas (lógicos deónticos, filósofos jurídicos o morales) cabe distinguir dos concepciones básicas que hemos denominado concepción hilética y concepción expresiva. Todos están de acuerdo en que hay dos componentes en las normas: un componente descriptivo (una proposición prescriptivo de una acción o de un estado de cosas) y un componente descriptivo. El desacuerdo versa sobre la naturaleza de este último. Los partidarios de la concepción hilética consideran que el componente prescriptivo forma parte del contenido conceptual de la norma: la norma sería algo así como el significado de un enunciado descriptivo. Simbolizamos las normas en esta concepción con «O»: «Op» es un enunciado que *significa* que p debe ser.

En cambio, en la concepción expresiva, para la que usamos el símbolo «!» no hay significados prescriptivos: «!p» indica (pero no dice) que el enunciado descriptivo p fue *usado* para prescribir. El componente prescriptivo «!» no forma parte del contenido conceptual de la expresión «!p»; es un mero indicador pragmático de que el que emitió p realizó el acto de prescribir. En esta concepción las normas no son un tipo de enunciados, sino actos. En consecuencia, «!p» no expresa una proposición; no puede ser negada, ni unirse a otras expresiones mediante conectivas proposiciones. «-!p» o «!p.!q» son expresiones mal formadas, carentes de sentido. Un sistema normativo es caracterizado no como un conjunto de normas, sino como un conjunto de proposiciones que fueron ordenadas o prescriptas por la autoridad normativa.

Comprobamos además (no sin asombro) que a diferencia de los lógicos, los filósofos del derecho en su inmensa mayoría parecen compartir la concepción expresiva. Nos propusimos entonces explorar los alcances conceptuales y las limitaciones de esa concepción. De modo que no es del todo exacto decir que hemos *propuesto* una concepción expresiva como alternativa a la concepción hilética.

Esta exploración condujo a algunos descubrimientos interesantes. La forma más primitiva de la concepción expresiva es la teoría que concibe las normas como imperativos expresiva es la teoría que concibe las normas como imperativos u órdenes. Tal teoría, que cuenta con una tradición venerable en la Filosofía del Derecho por lo menos desde Austin, no puede dar cuenta del fenómeno de la derogación y de las normas permisivas. Esto nos llevó a la idea de postular el *acto de rechazo,* análogo al acto de prescribir o imperar. Enriquecida de esta manera (perfectamente compatible con el espíritu de la concepción expresiva) la teoría puede dar cuenta de ambos fenómenos. Mediante el acto de prescribir la autoridad manifiesta su voluntad de que nuevas proposiciones ingresen en el sistema; mediante el acto de rechazo la autoridad manifiesta su voluntad de que determinadas proposiciones no formen parte del sistema. Si tal proposición pertenece al sistema, debe ser eliminada; si no forma parte del sistema, no debe ser incorporada a él. La derogación puede ser caracterizada en términos de rechazo más eliminación de las proposiciones rechazadas. Y si bien no tiene sentido derogar las normas inexistentes, tiene perfecto sentido rechazarlas.

El acto de permitir puede ser explicado como rechazo de prohibiciones (existentes o futuras). La caracterización de permisiones en términos de derogación de normas prohibitivas ya ha sido explorada, por ejemplo, por Alf Ross (en *Directives and Norms*), pero en su teoría sólo es posible permitir actos prohibidos. La distinción entre derogación y rechazo hace posible la permisión de actos que no

están prohibidos. De esta manera cabe trazar una distinción entre permisos negativos (mera no prohibición) y permisos positivos (rechazo de la prohibición), análoga a la de permisos fuertes y débiles.

En definitiva llegamos a la conclusión de que las dos concepciones usan diferentes lenguajes, con capacidad de expresión similar: las distinciones conceptuales que aparecen en la concepción hilética pueden también ser expresadas en la concepción expresiva (pero esto, como veremos en seguida, no es del todo así).

La concepción expresiva parecía tener considerables ventajas, aunque algunas resultaron a la postre más aparentes que reales. *Una* ventaja que probablemente sea más aparente que real, pero que nos pareció tal cuando escribimos el artículo, es que permite eludir la principal dificultad de la lógica de normas: como las normas carecen de los valores de verdad (no son ni verdaderas ni falsas), no es claro cómo han de justificarse las relaciones de inferencia o consecuencia lógica entre las normas. En la concepción expresiva es suficiente una lógica de las proposiciones normativas, que tienen valores de verdad. Posteriormente, Alchourrón logró (a mi modo de ver con éxito) superar esta dificultad de fundamentación de una genuina lógica de normas, de modo que esto que nos parecía una importante ventaja perdió su importancia.

Una ventaja auténtica de la concepción expresiva se da en el plano ontológico, pues reduce la necesidad de postular entidades abstractas, como (enunciados con) significados prescriptivos. Pero así como la concepción expresiva tiene ventajas, tiene también sus problemas.

El principal problema consiste en las normas condicionales. Hasta ahora no se ha logrado una representación simbólica satisfactoria de tales normas. No se las puede simbolizar con «p ‣!q», porque esta expresión está mal formada (ya hemos visto que «!q», no expresa un enunciado y no puede entrar en combinaciones proposicionales con otros enunciados). En un artículo publicado en 1984 en el volumen de homenaje a Ota Weinberger, titulado «Bedingungsnormen - ein Prüfstein für Normenlogik» («Normas condicionales - piedra de toque para la lógica de normas») G. H. von Wright trató de defender la simbolización de las normas condicionales mediante «p ‣!q», pero su intento no resultó del todo satisfactorio, principalmente porque hace imposible el modus ponens: de la norma condicional «Si llueve, Manolo debe cerrar la ventana» y de la proposición de que llueve no se infiere que Manolo debe cerrar la ventana. Este resultado es incompatible con intuiciones nuestras muy firmes.

Tal fue el principal motivo para la vuelta a la concepción hilética. El otro motivo es que si bien esta concepción exige aceptar fuertes

presupuestos ontológicos, el simbolismo resultante es mucho más simple y más fácil de manejar en la práctica.

6. Uno de los temas de discusión, en la actual Filosofía del Derecho, es el que tiene que ver con el problema de la justificación de decisiones judiciales. En varias ocasiones tú has sostenido que el modelo deductivo de justificación es el único adecuado *para reconstruir la forma en que se justifican las sentencias de los jueces. En particular, te muestras totalmente escéptico acerca de la posibilidad de reemplazar ese modelo por uno que se sustente en la denominada teoría de la argumentación. Ello es así, primordialmente, porque entiendes que esta clase de enfoque pretende una sustitución de las reglas de inferencia lógica deductiva por reglas de discurso que habiliten una ampliación de las conclusiones que se pueden obtener a partir de determinadas premisas. Sin embargo, el propósito de una teoría de ese tipo puede ser entendido de otra manera, al menos desde el punto de vista de sus defensores. Hay casos (los denominados «casos difíciles») en los que el problema interesante, desde el punto de vista de la justificación de la decisión final, consiste en que el juez tiene que elegir entre premisas alternativas. En este sentido, es posible que las teorías de la argumentación pretendan suministrar criterios para el control racional de la elección de premisas. Como el punto de partida parece ser, precisamente, la ausencia de premisas, la lógica estándar no sería utilizable. ¿Qué opinas sobre esta manera de entender la pretensión de ese enfoque teórico de los problemas de justificación?*

En primer lugar, nunca dije que el modelo deductivo de justificación sea el único adecuado para la reconstrucción de las decisiones judiciales. Lo que sostuve y sostengo es que es un modelo adecuado, pero esto no excluye la posibilidad de elaborar otros.

El propósito de buscar criterios para el control racional de la elección de las premisas me parece muy loable. Lamentablemente la teoría de la argumentación no ha logrado hasta ahora suministrar reglas que permitan establecer relaciones jerárquicas entre las premisas y, de esta manera, proporcionar criterios racionales para la elección de las premisas mejores.

Por otra parte, si el punto de partida para la elaboración de tales reglas es la idea de que la lógica estándar no es utilizable debido a la ausencia de premisas, se trata de un error. La lógica es perfectamente utilizable: precisamente una manera (aunque ciertamente no la única) de suministrar pautas racionales para su evaluación y subsiguiente elección consiste en comparar las consecuencias lógicas que se siguen de unas y otras premisas. En otras palabras, *un* método para

elegir uno entre varios conjuntos de premisas alternativas consiste en derivar de cada uno de ellos sus consecuencias lógicas para elegir luego aquel conjunto que conduce a consecuencias mejores, más justas o más convenientes. Esta operación requiere, sin duda, el uso de las reglas de inferencia de la lógica deductiva. Creo que los jueces recurren con frecuencia a este método, aun cuando rara vez lo hacen en forma explícita.

Sigo siendo, pues, escéptico respecto de la utilidad de la teoría de argumentación para el problema de la justificación de las sentencias judiciales.

7. Con frecuencia, los teóricos de la argumentación asocian su propuesta con una revisión de las relaciones entre derecho y moral. Tú eres un partidario consecuente de una posición positivista según la cual no tienen por qué existir relaciones necesarias de tipo conceptual entre moral y derecho, lo que acompañas con un declarado escepticismo en materia de ética normativa. En alguna oportunidad has sostenido que existe una relación fuerte de coherencia entre ambas posiciones. Esto parece comprensible si se parte del escepticismo. Pero, ¿por qué pensar que sucede lo mismo en la dirección inversa? ¿Por qué no sería posible sostener que hay diferencias conceptuales *entre derecho y moral y, simultáneamente, admitir un cierto grado de objetividad en las discusiones morales de carácter normativo?*

Lo que tú llamas mi «positivismo consecuente» tiene dos ingredientes: la tesis de la separación (conceptual) entre el derecho y la moral y el escepticismo en materia de ética normativa. Y es cierto que la primera está basada en el segundo. Este último implica la negación del derecho natural o de una moral objetiva: no creo en la existencia de tales cosas, porque no creo que las normas (inclusive normas morales) puedan ser calificadas como verdaderas u objetivamente válidas. (En contextos de ética normativa el término «validez» es simplemente otra palabra para «verdad», pero tiene el mismo sentido). Mi escepticismo ético tiene, a su vez una base triple.

En primer lugar, la definición de verdad como correspondencia: una expresión (oración, enunciado, proposición) es verdadera si, y sólo si, corresponde al hecho que describe. Esta es la idea básica de la vieja teoría de la verdad como correspondencia de la tradición Aristóteles-Tarski. Creo firmemente en esta teoría; más aún, diría que las otras teorías que se presentan como rivales, como la de coherencia, no son en realidad teorías de la verdad, sino del conocimiento de la verdad. En lugar de suministrar una definición de la verdad, nos proporcionan criterios para afirmar que conocemos la verdad de una proposición.

En segundo lugar, mi escepticismo ético se basa en una tesis ontológica: creo que no existen hechos normativos (o razones objetivas para actuar, de acuerdo con la terminología hoy día en boga). Ahora bien, si las normas describen algo, tienen que describir hechos normativos o valorativos y si no existen tales hechos, las normas no pueden ser verdaderas, ya que no hay nada que puedan describir.

Esta conclusión es reforzada, en tercer lugar, por una tesis semántica: las normas no son descriptivas, sino prescriptivas. Su relación con la realidad es de tal naturaleza que el problema de la verdad ni siquiera se plantea.

De ahí se sigue que las normas morales no pueden ser calificadas como verdaderas u objetivamente válidas. Su aceptación se basa, en última instancia, en actitudes y preferencias individuales o sociales. Cabe subrayar que mi escepticismo no es meramente cognoscitivo (no se puede conocer verdades morales), sino ontológico (no hay verdades morales). Esto no quiere decir que no haya posibilidad de discrepancias éticas genuinas o que no se pueda aducir argumentos racionales en favor de una posición ética. Pero tales argumentos y discrepancias sólo son posibles dentro del marco común de ciertas normas o valores básicos compartidos.

Ahora bien, si no hay *un* derecho natural o *una* moral objetiva, no hay tal cosa como la relación necesaria entre el derecho y la moral. Puede haber muchos sistemas morales y no cabe duda de que de hecho todo orden jurídico positivo está basado en ciertas creencias y/o valoraciones morales, pero no está necesariamente (por razones conceptuales) ligado a algún sistema moral en particular.

Pero tu pregunta apunta en otra dirección: ¿acaso no se puede abandonar el escepticismo ético, pero mantener la tesis de la separación entre derecho y moral? O dicho en otros términos: ¿no se puede creer en la verdad moral y al mismo tiempo sostener que hay diferencias conceptuales entre derecho y moral? Creo que la respuesta depende de lo que ha de entenderse por «diferencias conceptuales». La tesis de la separación (o inexistencia de conexiones necesarias) entre derecho y moral puede formularse de diversos modos, pero la idea central parece ser ésta: una norma jurídica (o un orden jurídico) puede no ser moral e incluso puede ser inmoral, sin dejar de ser una norma jurídica (o un orden jurídico). En consecuencia, una conducta puede ser jurídicamente obligatoria sin ser moralmente obligatoria (para ciertos sistemas morales) e incluso pueden estar moralmente prohibida (en algún sistema moral). Ahora bien, si hay una moral privilegiada, cuyas normas son verdaderas, entonces uno debe hacer lo que esas normas prescriben, y si hay otras normas que prescriben algo incompatible con las normas morales, esto no se debe hacer.

Para esta posición sería contradictorio afirmar que, de acuerdo al derecho, p es obligatorio (en el sentido de que uno debe hacer p) y sostener al mismo tiempo que, conforme a la moral, p no es obligatorio o prohibido (uno no debe hacer p). No hay tal cosa como el acto de «hacer p conforme al derecho» o el acto de «hacer p conforme a la moral»; sólo hay actos de hacer p o de no hacer (= omitir). Por tanto, o bien uno debe, o bien uno no debe hacer p.

En este sentido, si «admitir cierto grado de objetividad en las discusiones morales de carácter normativo» significa aceptar que hay verdad moral, la distinción conceptual entre derecho y moral se vuelve insostenible. Más aún, la existencia del derecho (entendiendo por tal el derecho positivo) se torna problemática. ¿Para qué dictar normas jurídicas si ya sabemos qué debemos hacer? Como ya decía Kelsen, ¿acaso no es insensato pretender iluminar a la luz solar? Podría pensarse que la relación entre el derecho positivo y la moral sería en tal caso similar a la que se daba, según el califa Omar, entre la biblioteca de Alejandría y el Corán. Pero aun sin ser tan extremistas como Omar, tendríamos que admitir que el derecho positivo se reduce a un papel puramente supletorio; sólo tendría sentido legislar sobre materias moralmente indiferentes, como la dirección del tráfico o el color de la tinta en los escritos judiciales. Incidentalmente, el gran problema de los partidarios de la teoría de las razones para actuar (que es una forma larvada de jusnaturalismo) es la justificación del derecho positivo: véase al respecto el excelente artículo de Juan Carlos Bayón en **Doxa 10**.

Cabe concluir, pues, que el abandono del escepticismo ético obliga a abandonar la tesis de la separación entre derecho y moral. Y también vale la conversa: la tesis de la separación es incompatible con el objetivismo moral.

Quisiera agregar una advertencia. Mi respuesta a esta pregunta (y a las dos siguientes) adolece de excesiva simplificación; para no alargarla en exceso y por consideración a **Doxa** y sus lectores, tuve que pasar por alto algunos matices relevantes. Pero con esta reserva refleja mis puntos de vista sobre esta materia tan controvertida.

8. Una de tus propuestas es la distinción de varios sentidos en los que puede decirse que «existe» una norma. Uno de ellos se refiere a la «existencia fáctica», con respecto al cual admites la idea de Hart acerca del punto de vista interno como una característica definitoria. Los que adoptan ese punto de vista -en especial, los jueces- creen que las normas que aceptan son «obligatorias», esto es, normas que deben ser cumplidas. Como este «deber» no puede ser jurídico, un número importante de teóricos actuales concluyen que hay que admitir una asociación conceptual del derecho con la moral, al

menos, con las creencias morales de los jueces. En varias oportunidades has negado que se tenga que obtener esa conclusión. ¿De qué otra manera habría que entender, entonces, la «obligatoriedad» en la que creen los que asumen el punto de vista interno?

En primer lugar, no hay que confundir la moral con las creencias morales de los jueces. Los jueces, como todos los demás mortales, pueden (y a menudo suelen) tener creencias morales de diversa índole, muchas de ellas, equivocadas. En segundo lugar, esta tesis es peligrosamente ambigua: si por «moral» entendemos «alguna moral», la tesis es totalmente trivial e inocua. Sólo significa que para la existencia fáctica de un orden jurídico tiene que haber un cierto grado de coincidencia entre sus normas y las creencias morales de los jueces (y otros órganos). Pero si por «moral» entendemos el sistema de moral ideal (cuyas normas son verdaderas), la tesis es seguramente falsa por dos razones: primero, porque (en mi opinión) no existe tal sistema moral privilegiado; y segundo, porque para la existencia fáctica del derecho basta que éste coincida con las creencias morales que de hecho mantienen los jueces y otros órganos, aun cuando tales creencias no coincidan con la moral.

9. En numerosos trabajos admites que la justicia es un criterio sustantivo para evaluar sistemas normativos, en especial, sistemas jurídicos, a la par de los criterios puramente formales como lo son la consistencia y la completitud. Sin embargo, es notoria tu creencia acerca de la imposibilidad de determinar el contenido de ese criterio. En el ámbito de la filosofía analítica, a partir de «A Theory of Justice», de J. Rawls (1971), se sostiene que a partir de ciertos presupuestos -como en cualquier otra discusión teórica- es posible obtener de manera racional ciertas conclusiones acerca de criterios de justicia. Sería interesante que nos expongas tu opinión sobre esta manera de abordar un problema básico de ética normativa. En especial, ¿cuál sería el inconveniente -si es que lo hay- para la utilización de los resultados de discusiones como la de Rawls como criterios para evaluar los sistemas jurídicos desde el punto de vista de su justicia o injusticia?

Lo que dije respecto de las normas morales vale también para los principios de justicia. No hay principios de justicia verdaderos y, en consecuencia, no se puede determinar racionalmente cuáles son esos principios. Esto no hace imposible -como creen algunos- toda discusión racional sobre cuestiones de justicia; pero tal discusión sólo es posible dentro del marco de ciertos principios o varios «sistemas» de justicia y si bien no es posible decidir en forma racional cuál de

ellos es el «verdadero», es perfectamente posible determinar racionalmente qué consecuencias se siguen de adoptar tales o cuales principios básicos.

Desde este punto de vista el libro de Rawls y otros que siguen su línea son sumamente interesantes y valiosos. Rawls en particular ha explorado muy bien una cierta concepción de justicia (la concepción que se podría caracterizar como democrática y liberal) y ha mostrado sus implicaciones. (Con todo, creo que Rawls es excesivamente optimista. Cree, por ejemplo, que es posible derivar mediante «riguroso razonamiento deductivo» qué cursos de acción elegirían las personas en la posición originaria. Esta afirmación revela cierto grado de ingenuidad y la prueba es que en ningún lugar del libro de Rawls se encuentran deducciones formales, ya que sólo es posible hacer deducciones rigurosas en un lenguaje formalizado). Si, en cambio, el libro de Rawls es presentado como el desarrollo de la justicia, no puedo reprimir una leve sonrisa escéptica.

Se sigue de lo dicho que no hay ningún inconveniente en utilizar los resultados de discusiones como la de Rawls para evaluar los sistemas jurídicos desde el punto de vista de su justicia, siempre que uno esté consciente de sus límites. La concepción de la justicia de Rawls no es ciertamente la única posible y tampoco puede aspirar a revelarnos la verdadera justicia, porque no hay tal cosa. Pero para los que comparten ciertos valores básicos, la discusión de Rawls es muy fructífera y útil.

Por eso discrepo con tu formulación: los presupuestos de Rawls no son del mismo tipo que en «cualquier discusión teórica». El análisis de Rawls presupone la adopción de ciertos valores morales fundamentales, que no es necesario aceptar en una discusión científica.